

Verschenen in: Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2018-2019, onder redactie van prof. mr. drs. I.S. Wuisman, mr. Y. Borrius, mr. A.R.J. Croiset van Uchelen, prof. mr. dr. B. Bier, mr. A.J. Wolfs en mr. M. Lokin

Mr. H.J. ter Meulen, mr. drs. E.M. Soerjatin en mr. J.A.I. Verheul¹

KRONIEK ENQUÊTERECHT 2018

1. Inleiding

Het onderzoek ten behoeve van deze kroniek ziet op de periode 1 januari tot en met 31 december 2018. De in die periode door de OK gegeven beschikkingen vormen daarbij het uitgangspunt, met een enkele uitzondering. Wij hebben de OK² bereid gevonden om ons het voorlopige, nog niet openbare, jaarverslag 2018 van de OK ter beschikking te stellen met het oog op deze kroniek. Het in hoofdstuk 2 opgenomen kwantitatief overzicht is mede met behulp van de daarin opgenomen gegevens tot stand gekomen.

In de opbouw van deze kroniek volgen wij de indeling zoals die de laatste jaren zo langzamerhand is ontstaan. Hoofdstuk 3 bespreekt het formele enquêterecht, waartoe wij onder meer de toegang tot het enquêterecht, het onderzoek en de onmiddellijke voorzieningen rekenen. Het materiële enquêterecht komt aan de orde in hoofdstuk 4 (gegronde redenen) en hoofdstuk 5 (wanbeleid). Hoofdstuk 6 hebben we gewijd aan enkele aan het enquêterecht gerelateerde zaken die ons zijn opgevallen.

2. Kwantitatief overzicht

2.1 Uitspraken Hoge Raad

De Hoge Raad gaf in de kroniekperiode twee beschikkingen in een enquêteprocedure. Allereerst de *Leaderland* beschikking inzake kostenverhaal op de voet van artikel 2:354 BW, die verderop in deze kroniek wordt behandeld.³ De tweede beschikking gaat over de temporele werking van het overzeese enquêterecht.⁴ De Hoge Raad liet een beschikking in stand waarin het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba op verzoek van het Openbaar Ministerie aldaar wanbeleid vaststelde bij Integrated Utility Holding N.V. en Refineria di Korsou N.V. in de periode van 10 oktober 2010 tot 29 september 2012. De Hoge Raad verwierp de in het cassatiemiddel verdedigde stelling dat het Hof aan zijn oordeel dat sprake is van wanbeleid geen "anterieure feiten" ten grondslag mocht leggen. Dat wil zeggen: feiten en omstandigheden die hadden plaatsgevonden vóór 1 januari 2012, de datum van inwerkingtreding van de Curaçaose wettelijke regeling van het enquêterecht.⁵ De Hoge Raad overweegt voorts dat de regeling

¹ Hein-Jan ter Meulen, Ellen Soerjatin en Jonas Verheul zijn allen werkzaam bij Evers Soerjatin. Wij danken Vincent Valjavec, aankomend advocaat bij Evers Soerjatin, voor zijn hulp bij het onderzoek ten behoeve van deze kroniek. Volledigheidshalve vermelden wij dat verschillende zaken die in deze kroniek besproken worden, bij ons kantoor in behandeling zijn (geweest).

² Meer in het bijzonder mr. S.M. Govers, secretaris van de OK.

³ HR 13 april 2018, ARO 2018/52 (*Leaderland*); JOR 2018/171 m. nt. Overkleeft; NJ 2018/354 m. nt. P. van Schilfgaarde en besproken door P.H.M. Broere in *Ondernemingsrecht* 2018/62.

⁴ HR 6 juli 2018, ARO 2018/157 (*Aqualectra*).

⁵ HR: "het verlenen van onmiddellijke werking aan de art. 2:282 en 2:283 BWC [brengt] mee dat het daarin neergelegde rechtsgevolg (de bevoegdheid van het hof tot het vaststellen van wanbeleid, het aanwijzen van de daarvoor verantwoordelijke personen en het treffen van voorzieningen) mede kan berusten op feiten die zich voor de inwerkingtreding van die bepalingen hebben voorgedaan. Daarmee is van terugwerkende kracht geen sprake."

van het enquêterecht is gericht op het belang van de vennootschap en dat de mogelijkheden waarin die regeling voorziet, waaronder het treffen van voorzieningen, steeds dat belang dienen en een belangrijke rol voor de doeltreffendheid van die regeling vervullen. De Hoge Raad oordeelt ten slotte dat de regeling van het enquêterecht geen 'sanctiekarakter' heeft.

2.2 Beschikkingen Ondernemingskamer

2.2.1 Enquêteverzoeken

In 2018 heeft de OK 113 verzoeken in enquêtezaken ontvangen, waarvan 98 betrekking hadden op de eerste fase van de enquêteprocedure (2017:111). Het merendeel van de ingekomen verzoeken combineert een verzoek tot enquête met een verzoek om onmiddellijke voorzieningen; er waren 4 'kale' verzoeken (alleen onderzoek), en 5 verzoeken waarin alleen om onmiddellijke voorzieningen werd verzocht. Tot de ingekomen verzoeken behoorden 6 verzoeken aan de raadsheer-commissaris en verzoeken om inzage of machtiging. Van de 92 verzoeken tot het gelasten van een enquête en/of onmiddellijke voorzieningen zijn er 40 ingetrokken (12 vóór en 28 tijdens of na de zitting). In 16 gevallen werd tijdens de zitting een minnelijke regeling getroffen.

Het aantal beschikkingen in enquêteprocedures dat de OK in 2018 heeft gegeven bedraagt 198, waarvan 176 betrekking hebben op de eerste fase. De meeste daarvan zien op overige beschikkingen (121), zoals aanwijzing onderzoeker of tijdelijke functionaris, machtiging ex art. 2:353 lid 3 BW, vaststelling vergoeding onderzoeker, beslissingen raadsheer-commissaris en beëindiging. Van de resterende beschikkingen zijn er 31 (gedeeltelijke) toewijzingen en 24 afwijzingen. Het aantal (gedeeltelijke) toewijzingen ligt iets hoger dan in 2017 (29) en het aantal afwijzingen ligt iets lager dan in 2017 (28).

2.2.2 Verzoeken tot treffen van onmiddellijke voorzieningen

In 2018 heeft de OK in de eerste fase in 26 zaken het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen (waarvan 24 samen met een enquêteverzoek) toegewezen. In 26 gevallen is dit verzoek afgewezen, waarvan in 3 zaken het enquêteverzoek is toegewezen maar geen onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen.

De meest getroffen onmiddellijke voorzieningen zijn de benoeming van een tijdelijk bestuurder (22 keer), de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer (12 keer) en de schorsing van een bestuurder (8 keer). De commissaris komt aanmerkelijk minder vaak voor in de getroffen onmiddellijke voorzieningen (1 schorsing, 1 benoeming en 0 ontslagen).

In 2018 is in 4 zaken over het treffen van onmiddellijke voorzieningen beslist in de tweede fase: *Hepta G*, *Loda Holding*, *Energie Concurrent* en *DEM*. Die zullen verderop in deze kroniek worden besproken.

2.2.3 Verzoeken tot vaststellen van wanbeleid en treffen van voorzieningen

In 2018 zijn 15 verzoeken in de tweede fase van de enquêteprocedure bij de OK ingediend. Dat is één minder dan in 2017. Van de ingediende verzoeken betroffen er 4 een verzoek tot het vaststellen van wanbeleid en het treffen van voorzieningen ex art. 2:355 BW. In 7 gevallen ging het om verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, en er waren 4 overige verzoeken (wijziging geldingsduur van de getroffen voorziening ex art. 2:357 lid 2 BW).

De OK heeft in de tweede fase 22 beschikkingen gegeven, waarvan 6 tot wanbeleid concluderen en één het verzoek tot het vaststellen van wanbeleid afwijst.⁶

3. Formeel enquêterecht

3.1 Type rechtspersoon

Ook in de kroniekperiode zag het overgrote deel van alle verzoeken op een enquête in kapitaalvennootschappen (met de nadruk op de B.V.). Drie verzoeken richtten zich tegen een stichting. In *Stichting Pensioenfonds voor de Tandtechniek* ging het om een bij wet ingesteld verantwoordingsorgaan dat om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken verzocht bij de stichting.⁷ In *SRK* deed zich het vrij uitzonderlijke geval voor dat het bestuur van de stichting om een enquête bij zichzelf verzocht.⁸ Op beide uitspraken wordt hierna nog nader ingegaan. Het laatste geval betrof een stichting administratiekantoor (StAK), die door verzoeker naast een aantal B.V.'s in het verzoek was meegenomen. In lijn met eerdere jurisprudentie, oordeelt de OK dat een verzoek tot het gelasten van een enquête zich niet (mede) kan richten tot een StAK, aangezien een StAK (in de regel) geen onderneming in stand houdt waarvoor ingevolge de WOR een ondernemingsraad moet worden ingesteld, zie art. 2:344 sub b BW.⁹ Om diezelfde reden is een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen binnen een StAK evenmin toewijsbaar, aldus de OK in *Baars Beheer* (in casu was verzocht om schorsing van de bestuurder van de StAK).¹⁰ Opgemerkt zij dat een verzoeker de OK wel kan vragen om het handelen van een StAK in hoedanigheid van aandeelhouder in het te gelasten onderzoek te betrekken, en tevens onmiddellijke voorzieningen kan vragen ten aanzien van de StAK in die hoedanigheid (zoals overdracht van de door haar gehouden aandelen ten titel van beheer).¹¹

Voorts werd in *SRK* tevens een verzoek ingediend door het bestuur van een vereniging ten aanzien van zichzelf, en had het verzoek in *Coöperatie Den Ham* betrekking op een coöperatie.¹² Anders dan bij de stichting en vereniging (zie voornoemd artikel 2:344 sub b BW), is het enquêterecht van toepassing op alle coöperaties, groot en klein. Daarnaast werd eenmaal verzocht om een enquête bij een maatschap. De OK verklaarde verzoeker niet-ontvankelijk in dit verzoek, aangezien artikel 2:344 BW het enquêterecht beperkt tot de aldaar genoemde rechtspersonen.¹³ Dit wetsartikel brengt tevens met zich mee dat een verzoek met betrekking tot een buitenlandse rechtspersoon niet toewijsbaar is.¹⁴

3.2 Type verzoeker

In veruit de meeste gevallen wordt het enquêteverzoek ingediend door een aandeelhouder die daartoe op grond van artikel 2:346 lid 1 sub b en c BW bevoegd is. Dat is in de kroniekperiode niet anders. Soms wordt het aandelenbezit – en daarmee de ontvankelijkheid

⁶ Zie hoofdstuk 5 hierna.

⁷ OK 6 februari 2018, ARO 2018/95, JOR 2018/92, m. nt. R.H. Maatman (*Stichting Pensioenfonds voor de Tandtechniek*).

⁸ OK 31 oktober 2018, ARO 2019/14; JOR 2019/9, m. nt. M.W. Josephus Jitta (*SRK*).

⁹ OK 4 december 2018, ARO 2019/41 (*Korsten Holding*).

¹⁰ OK 28 maart 2018, ARO 2018/108 (*Baars Beheer*).

¹¹ Zie bijv. OK 5 maart 2015, ARO 2015/101 (*Global Middleware Consultancy*), waarin de aandelen van de StAK ten titel van beheer werden overgedragen vanwege een impasse in het bestuur van de StAK.

¹² OK 28 februari 2018, ARO 2018/203; JOR 2018/120, m. nt. H.J. ter Meulen (*Coöperatie Den Ham*).

¹³ OK 4 juni 2018, ARO 2018/138 (*Trifler Group of Companies c.s.*).

¹⁴ OK 1 februari 2018, ARO 2018/92, JOR 2018/93, m. nt. F. Eikelboom (*Europa Leasing*). Zie ook HR 13 mei 2005, NJ 2005/298 (*Zeelandia*).

– van de verzoeker betwist, bijvoorbeeld omdat de aandelen niet rechtsgeldig zouden zijn verkregen. Die situatie deed zich voor in *Setay Beheer*¹⁵ en *Europa Leasing*¹⁶. In laatstgenoemde zaak waren ten tijde van de behandeling van het verzoek reeds twee juridische procedures aanhangig bij de Luxemburgse rechter over de gestelde verkrijging van de aandelen door verzoeker. De OK ging er ‘veronderstellenderwijs’ van uit dat verzoeker, zoals hij stelde, 50% van de aandelen had verworven in de desbetreffende Luxemburgse vennootschap (om verzoeker vervolgens alsnog niet-ontvankelijk te verklaren, waarover par. 3.6.3 hierna). In *Setay Beheer* werd door verweerster aangevoerd dat de aandelenoverdracht aan verzoeksters nietig zou zijn, omdat kort gezegd de akte van aandelenoverdracht meerdere onjuistheden zou bevatten. Voorshands achtte de OK de kans dat de bevoegde civiele rechter zal beslissen dat de overdracht nietig is, ‘niet zodanig waarschijnlijk’ dat de bewuste aandelenoverdracht om die reden buiten beschouwing zou moeten blijven. Dit is in lijn met eerdere jurisprudentie; alleen in evidente gevallen honoreert de OK een dergelijk ontvankelijkheidsverweer.¹⁷ In *Museum Hotel* werd een andere route gevolgd: in die zaak werd een beroep gedaan op niet-ontvankelijkheid van verzoeker, omdat verzoeker zich in een minnelijke regeling zou hebben verbonden tot intrekking van het enquêteverzoek, maar daartoe vervolgens niet was overgegaan. De OK ging hier niet in mee. Zij overwoog dat de niet-nakoming door verzoeker van dit contractuele beding geen afbreuk doet aan haar wettelijke enquêtebevoegdheid.¹⁸

Daarnaast hebben zich ook enkele procedures voorgedaan waarin de rechtspersoon zelf een enquêteverzoek heeft ingediend conform art. 2:346 lid 1 sub d BW.¹⁹ Hiervoor zijn reeds de verzoeken genoemd die door de stichting en de vereniging tegen zichzelf zijn ingediend in de procedure inzake *SRK*. Op de wijze waarop de OK tot bevoegdheid van de vereniging is gekomen in deze procedure, wordt hierna in par. 3.6.2 nader ingegaan. Van belang is voorts de uitspraak van de OK inzake *Machinefabriek Heerlen*.²⁰ In die zaak was door de bestuurder van Machinefabriek Heerlen een enquêteverzoek ingediend enkele uren voordat hij door de algemene vergadering geschorst werd. Enkele dagen later werd door het nieuwe bestuur van Machinefabriek Heerlen het enquêteverzoek ingetrokken, reden waarom Machinefabriek Heerlen (in haar hoedanigheid van verweerster en vertegenwoordigd door het nieuwe bestuur) verzocht om zichzelf niet-ontvankelijk te verklaren. Hoe om te gaan met dergelijke situaties, waarin de rechtspersoon behept lijkt met een gespleten persoonlijkheid²¹, wordt in de literatuur verschillend gedacht. Enerzijds wordt betoogd dat aan de indiening van een verzoekschrift door het bestuur een bestuursbesluit ten grondslag zou moeten liggen²², anderzijds wordt betoogd om af te stappen van de toepasselijkheid van het wettelijke vertegenwoordigingsregime bij indiening van een enquêteverzoek.²³ De OK hanteert een andere benadering: zij oordeelde in *Machinefabriek Heerlen* dat de schorsing van de

¹⁵ OK 1 februari 2018, ARO 2018/90 (*Setay Beheer*).

¹⁶ OK 1 februari 2018, ARO 2018/92, JOR 2018/93, m. nt. F. Eikelboom (*Europa Leasing*).

¹⁷ Zie voor een voorbeeld hiervan OK 9 juli 1987, NJ 1989/269 (*Drukkerij Vlasveld*).

¹⁸ OK 27 september 2018, ARO 2018/197 (*Museum Hotel*).

¹⁹ OK 4 april 2018, ARO 2018/82; JOR 2018/179 m. nt. F. Eikelboom (*Machinefabriek Heerlen*); OK 17 oktober 2018, ARO 2019/8 (*Kaart in Actie c.s.*); OK 31 oktober 2018, ARO 2019/14; JOR 2019/9, m. nt. M.W. Josephus Jitta (*SRK*); OK 19 december 2018, ARO 2019/46 (*CWT Europe*).

²⁰ OK 4 april 2018, ARO 2018/82; JOR 2018/179 m. nt. F. Eikelboom (*Machinefabriek Heerlen*).

²¹ Zie ook Eikelboom in zijn annotatie bij *Machinefabriek Heerlen*, JOR 2018/179, die spreekt over de ‘vennootschappelijke variant van de multiple persoonlijkheidsstoornis’.

²² J. van Bekkum, ‘Bestuursbesluit zou vereist moeten zijn bij eigen enquêteverzoek rechtspersoon’, *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2015/1-2; en K. Spruitenburg, *De enquêtegerechtigde bij de NV en de BV*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut (diss.), deel 153, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 198-203.

²³ C.D.J. Bulten, ‘“Sesam, open u”, over de toegang tot het enquêterecht’, *Ondernemingsrecht* 2018/67.

bestuurder verband hield met de onderwerpen waarover een onderzoek werd verzocht, en dat de "*strekking van het enquêterecht*" in dergelijke gevallen meebrengt dat de intrekking geen effect sorteert. Tot een soortgelijke conclusie kwam de OK eerder al in *Bosal*.²⁴ Daarmee lijkt de OK aansluiting te zoeken bij de Slotervaart-beschikking, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat een verwaterde aandeelhouder, die als gevolg van een uitgifte niet langer aan de ontvankelijkheidseis van art. 2:346 lid 1 sub b of sub c BW voldoet, toch bevoegd is een verzoek tot enquête in te stellen, mits het verzoek (mede) betrekking heeft op de desbetreffende uitgifte.²⁵

In *SRK* en *Eneco* had (ook) de (centrale) ondernemingsraad een enquêteverzoek ingediend.²⁶ Die bevoegdheid komt de ondernemingsraad niet toe op grond van de wet, maar kan op grond van art. 2:346 lid 1 sub e BW wel bij statuten of overeenkomst met de rechtspersoon aan hem worden toegekend. In zowel *SRK* als *Eneco* was de bevoegdheid toegekend bij overeenkomst tussen (het bestuur van) de rechtspersoon en de (C)OR toegekend, overigens op een moment nadat de verhoudingen binnen de rechtspersoon al op scherp waren komen te staan. Interessant is het oordeel van de OK naar aanleiding van het door de raad van commissarissen van *Eneco* betrokken standpunt dat de COR misbruik van de aan hem verleende enquêtebevoegdheid zou maken. De OK verwierp dit standpunt, waarbij zij vooropstelde dat '*de aan de ondernemingsraad (onbetwist) toegekende enquêtebevoegdheid geen beperking bevat ten aanzien van de reikwijdte van die bevoegdheid*'.²⁷ In het bijzonder was die bevoegdheid niet beperkt tot medezeggenschapskwesties, zodat het de COR vrijstond om ook andere redenen voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken aan de OK voor te leggen. Met deze beschikking lijkt de OK kortom te bevestigen dat het mogelijk is om een contractueel of statutair verleende enquêtebevoegdheid onderhevig te maken aan nadere voorwaarden of beperkingen.²⁸

In *DeSeizoenen*²⁹ was het de centrale cliëntenraad die een enquêteverzoek had ingediend. *DeSeizoenen* is een toegelaten zorginstelling in de zin van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi). Op grond van art. 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi is een dergelijke zorginstelling, indien gegoten in de rechtsvorm van een stichting of vereniging, gehouden om het enquêterecht statutair toe te kennen aan een orgaan dat cliënten vertegenwoordigt. *DeSeizoenen* was evenwel een B.V., zodat zij strikt genomen niet was gehouden om de centrale cliëntenraad enquêtebevoegdheid te verlenen. Desalniettemin had *DeSeizoenen* in haar statuten enquêtebevoegdheid verleend aan de centrale cliëntenraad, onder de voorwaarde dat de cliëntenraad eerst in overleg is getreden met de directie van *DeSeizoenen* over de gerezen bezwaren en het wegnemen daarvan. Aan die voorwaarde, die naar inhoud en strekking doet denken aan de ontvankelijkheidseis van artikel 2:349 BW, was volgens de OK genoegzaam voldaan. Tevens oordeelde de OK dat de cliëntenraad niet buiten de reikwijdte van de toegekende enquêtebevoegdheid trad door ook bezwaren te uiten met betrekking tot onderwerpen die niet onder de wettelijke taak van de cliëntenraad (in enge zin) vielen.

²⁴ OK 4 april 2017, ARO 2018/48 (*Bosal*).

²⁵ HR 11 april 2014, ARO 2014/100 (*Slotervaartziekenhuis*).

²⁶ Voor de goede orde zij hier opgemerkt dat in *SRK* drie enquêteverzoeken waren ingediend: één door de stichting, één door de vereniging, en één door de OR van de stichting.

²⁷ OK 18 juli 2018, ARO 2018/165; JOR 2018/303, m. nt. D.-J.F.F.M. Duynstee; *Ondernemingsrecht* 2018/123, m. nt. T. Salemink en F.C.A. van de Bult (*Eneco*).

²⁸ Aldus ook T. Salemink, 'De contractuele enquêtebevoegdheid (z)onder voorwaarden', *Ondernemingsrecht* 2019/11. Zie verder K. Spruitenburg, *De enquêtegerechtigde bij de NV en de BV*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut (diss.), deel 153, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 389-390.

²⁹ OK 30 april 2018, ARO 2018/115; JOR 2018/211, m. nt. A.F.J.A. Leijten (*DeSeizoenen*).

Ten slotte ontleende de verzoeker in *Stichting Pensioenfonds voor de Tandtechniek*³⁰ zijn enquêtebevoegdheid rechtstreeks aan sectorspecifieke wetgeving. Het ging in die zaak om een verantwoordingsorgaan als bedoeld in artikel 115a Pensioenwet (Pw). Dit verantwoordingsorgaan, bestaande uit vertegenwoordigers van werknemers, pensioengerechtigden, en (eventueel) werkgevers, komt op grond van artikel 219 Pw enquêtebevoegdheid toe. Anders dan (thans nog³¹) in de zorg, is het dus niet nodig dat deze bevoegdheid in de statuten van de rechtspersoon wordt vastgelegd.

3.3 Kenbaar maken bezwaren ex art. 2:349 lid 1 BW

Indien een verzoeker niet (tijdig) schriftelijk van tevoren zijn bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken kenbaar heeft gemaakt, is hij ingevolge art. 2:349 lid 1 BW niet-ontvankelijk in zijn verzoek. Het voorschrift van art. 2:349 lid 1 BW strekt ertoe *'te waarborgen dat de rechtspersoon op de hoogte wordt gesteld van de bezwaren tegen het gevoerde beleid, zodat zij gelegenheid heeft die bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen; aldus wordt voorkomen dat zij rauwelijks in rechte wordt betrokken'*.³² Dit vereiste geldt (derhalve) niet indien het verzoek is gedaan door de rechtspersoon zelf, aldus de tweede volzin van art. 2:349 lid 1 BW. Desalniettemin wordt in de praktijk nog altijd met enige regelmaat een beroep gedaan op deze bepaling in situaties waarin de rechtspersoon zelf een enquêteprocedure entameert. Ook in de onderhavige kroniekperiode was dit 2 keer het geval.³³ Daarnaast brengt voornoemde strekking mee dat alleen de rechtspersoon zelf een beroep toekomt op art. 2:349 lid 1 BW. Dat is door de OK in *VDL Huizen Holding* nog eens herhaald.³⁴ In die zaak beriep een belanghebbende, Van der Laan, zich op het vereiste van art. 2:349 lid 1 BW. Van der Laan was naast aandeelhouder tevens (zelfstandig bevoegd) bestuurder van de vennootschap, maar was niet (ook) namens de vennootschap in het geding verschenen, met als gevolg dat hem geen beroep toekwam op art. 2:349 lid 1 BW.

Een beroep op art. 2:349 lid 1 BW is zelden succesvol. In 2016 en 2017 is in totaal 16 keer bij wijze van verweer een beroep gedaan op dit artikel, en niet een keer leidde dit tot niet-ontvankelijkheid.³⁵ Dat komt mede doordat de OK souplesse betoont in de toetsing aan art. 2:349 lid 1 BW en wars is van formalisme. Dat is ook terug te zien in de uitspraken uit de huidige kroniekperiode. In *Nijhuis Fabel* ging het om een nieuw verzoekschrift dat was ingediend nadat partijen eerder bij de OK een procedure hadden gevoerd en die procedure toen na een minnelijke regeling hadden beëindigd. Die minnelijke regeling hield echter geen stand. De OK verwierp het ontvankelijkheidsverweer van de rechtspersoon in de nieuwe enquêteprocedure met de overweging dat *'de door het verzoek aan de orde gestelde materie'* bij de betrokkenen bekend was en dat de bezwaren aan de orde waren gesteld in het vorige

³⁰ OK 6 februari 2018, ARO 2018/95, JOR 2018/92, m. nt. R.H. Maatman (*Stichting Pensioenfonds voor de Tandtechniek*).

³¹ In het aanhangige Wetsvoorstel medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018 (zie *Kamerstukken I* 2018/19, 34 858, A) wordt het enquêterecht ook rechtstreeks toegekend aan cliëntenraden van zorginstellingen met rechtspersoonlijkheid. Dit wetsvoorstel is op 20 november 2018 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer.

³² HR 11 november 2016, ARO 2016/164; NJ 2017/75 m. nt. P. van Schilfgaarde; JOR 2017/2 m. nt. K. Spruitenburg (*Cordia*).

³³ OK 4 april 2018, ARO 2018/82; JOR 2018/179 m. nt. F. Eikelboom (*Machinefabriek Heerlen*); OK 27 november 2018, ARO 2019/30 (*Casa Della Gioia*).

³⁴ OK 22 maart 2018, ARO 2018/105, JOR 2018/150, m. nt. D.J.F.F.M. Duynstee (*VDL Huizen Holding*).

³⁵ Zie P. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, p. 120.

enquêteverzoek.³⁶ Een afzonderlijke bezwarenbrief was gelet hierop niet nodig. In *JBNT & Alpha Group c.s.* kwam de OK tot het oordeel dat de bestuurder van JBNT had kunnen of moeten begrijpen dat eerdere correspondentie die was gericht aan zijn echtscheidingsadvocaat die hem in zijn echtscheidingsprocedure bijstond, tevens bezwaren bevatte tegen de gang van zaken van en het door JBNT gevoerde beleid.³⁷ Verzoekster was de voormalig echtgenote van de bestuurder en als deelgenoot in de huwelijksgemeenschap enquêtebevoegd (zie par. 3.6.3 hierna). Ten slotte oordeelde de OK in *SNS Reaal* dat de omstandigheid dat VEB (verzoekster) in haar bezwarenbrief geen onderscheid maakte tussen SNS Reaal en SNS Bank (dochter), niet in de weg stond aan het gelasten van een concernenquête.³⁸

Het soepele beleid van de OK kent grenzen. Waar de OK in *JBNT & Alpha Group c.s.* verzoekster ontvankelijk achtte ten aanzien van JBNT (zie hierboven), lag dat anders bij Alpha Group c.s. Met betrekking tot het verzoek tegen Alpha Group c.s. werd door de OK wél gewicht toegekend aan het feit dat de correspondentie was gericht aan de echtscheidingsadvocaat van de (indirect) bestuurder van Alpha Group c.s. (JBNT was enig bestuurder van de topholding van Alpha Group), in plaats van aan het bestuur van Alpha Group c.s. Samen met de constatering dat de desbetreffende correspondentie geen (expliciete) bezwaren bevatte tegen het beleid of de gang van zaken van Alpha Group c.s., bracht dit de OK tot de conclusie dat verzoekster niet had voldaan aan art. 2:349 lid 1 BW. In *Casa Della Gioia*³⁹ had verzoekster zowel in hoedanigheid van certificaathouder als namens de rechtspersoon een verzoek ingediend. In het verzoekschrift waren diverse (in totaal: acht) bezwaren opgenomen tegen het beleid en de gang van zaken van Casa Della Gioia. Omdat niet gebleken was dat die bezwaren schriftelijk van tevoren kenbaar waren gemaakt aan het bestuur, werd verzoekster als certificaathouder niet-ontvankelijk verklaard. De rechtspersoon werd wel ontvankelijk verklaard, aangezien voor haar het voorschrift van art. 2:349 lid 1 BW niet geldt, waarna het verzoek werd toegewezen.

Indien het verzoek wordt ingediend door de rechtspersoon, bepaalt de derde volzin van art. 2:349 lid 1 BW dat de raad van commissarissen onderscheidenlijk het bestuur (afhankelijk van welk (lid van het) orgaan het enquêteverzoek indient namens de rechtspersoon) en de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk op de hoogte worden gesteld van (het voornemen tot) het indienen van een enquêteverzoek. Dit vereiste geldt niet op straffe van niet-ontvankelijkheid. In *Machinefabriek Heerlen*⁴⁰ oordeelde de OK dat de bestuurder niet gehouden was om de indiening van het verzoekschrift kenbaar te maken nu de vennootschap geen raad van commissarissen en ondernemingsraad had. Het is kortom niet zo dat in dat geval de algemene vergadering geïnformeerd zou moeten worden. Dat zou ook afbreuk doen aan de rechtsbescherming die door het bestuur veelal wordt gezocht met het enquêteverzoek (zo stond de algemene vergadering in *Machinefabriek Heerlen* op het punt om de bestuurder te schorsen).

Onder omstandigheden verwacht de OK méér van een verzoeker dan alleen het kenbaar maken van zijn bezwaren op grond van art. 2:349 lid 1 BW. Dit kwam naar voren in *Coöperatie*

³⁶ OK 2 augustus 2018, ARO 2018/181, r.o. 3.4 (*Nijhuis Fabel*).

³⁷ OK 27 november 2018, ARO 2019/29 (*JBNT & Alpha Group c.s.*).

³⁸ OK 26 juli 2018, ARO 2018/168; JOR 2018/275, r.o. 3.19 m. nt. S.M. Bartman (*SNS Reaal*).

³⁹ OK 27 november 2018, ARO 2019/30 (*Casa Della Gioia*).

⁴⁰ OK 4 april 2018, ARO 2018/82; JOR 2018/179 m. nt. F. Eikelboom (*Machinefabriek Heerlen*).

Den Ham.⁴¹ In die zaak had een aantal leden (die gezamenlijk meer dan een tiende gedeelte van het ledental uitmaakten, zie art. 2:346 lid 1 sub a BW) een enquêteverzoek ingediend tegen de coöperatie waarvan zij lid waren. De OK achtte de leden ontvankelijk in hun verzoek, maar overwoog wel dat de ingevolge artikel 2:8 lid 1 BW jegens het bestuur, de raad van commissarissen, en de overige leden in acht te nemen redelijkheid en billijkheid met zich bracht 'dat eerst door middel van serieus inhoudelijk overleg wordt getracht tot een oplossing te komen'.⁴² Daarbij werd door de OK expliciet verwezen naar de bijzondere aard van de coöperatie, inhoudende (kort gezegd) dat een coöperatie bestaat om te voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden, welke leden naast een lidmaatschapsverhouding ook een contractuele verhouding met de coöperatie hebben en aldus nauw bij de ondernemingsactiviteiten betrokken zijn. Het ligt in de rede een dergelijke op artikel 2:8 lid 1 BW gestoelde inspanningsplicht om tot een minnelijke oplossing te komen ook van toepassing te achten bij andere ondernemingsvormen waarbij de onderlinge samenwerking voorop staat en sprake is van nauwe betrokkenheid, zoals joint ventures.⁴³

3.4 Rechtsverwerking

De OK heeft in de kroniekperiode één keer moeten oordelen over een beroep op rechtsverwerking. In *Sturio*⁴⁴ ging het om twee echtelieden die samen een onderneming dreven. Nadat de relatie strandde, en de man en vrouw verwickeld raakten in een echtscheidingsprocedure, werd door de vrouw een enquêteverzoek ingediend. Daarbij werden door de vrouw diverse bezwaren naar voren gebracht over de aanwending door de man van bedrijfsgelden voor privédoeleinden. Door de man werd daartegenin gebracht dat de vrouw hier al veel langer van op de hoogte was, maar pas nu – kennelijk in het kader van de echtscheiding – bezwaar maakte. Dit zou volgens de man moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid van de vrouw. De OK oordeelde anders. Het enkele feit dat de vrouw al eerder bekend was met hetgeen zij aan het verzoek ten grondslag legt, staat niet in de weg aan haar bevoegdheid om dit verzoek in te dienen, aldus de OK. Dit oordeel is in lijn met de Cordial-beschikking van de Hoge Raad uit 2016, waarin de Hoge Raad overwoog dat voor een geslaagd beroep op verwerking van het recht een enquête te verzoeken het enkele tijdsverloop op zichzelf onvoldoende is. Sprake dient te zijn van 'bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet meer geldend zal maken'.⁴⁵

3.5 Geschillen van louter vermogensrechtelijke aard

In de Unilever-beschikking heeft de Hoge Raad overwogen dat geschillen die louter vermogensrechtelijk van aard zijn, waarbij de doeleinden van een enquêteprocedure niet verwezenlijkt kunnen worden, buiten de reikwijdte van het enquêterecht vallen.⁴⁶ Wanneer een vermogensrechtelijk geschil echter tevens 'de positie van de vennootschap en het functioneren van haar organen raakt', valt dit geschil wel binnen de reikwijdte van het enquêterecht. Dat is al snel het geval, waardoor verweren gebaseerd op de Unilever-leer zelden slagen. De niet-naleving van een plan van aanpak waarin de samenwerking tussen twee joint venture partners is vastgelegd, is in beginsel een zuiver vermogensrechtelijk

⁴¹ OK 28 februari 2018, ARO 2018/203; JOR 2018/120, m. nt. H.J. ter Meulen (*Coöperatie Den Ham*).

⁴² OK 28 februari 2018, ARO 2018/203; JOR 2018/120, m. nt. H.J. ter Meulen, r.o. 3.24 (*Coöperatie Den Ham*).

⁴³ Zie verder hierover H.J. ter Meulen in zijn annotatie bij *Coöperatie Den Ham*, JOR 2018/120.

⁴⁴ OK 26 april 2018, ARO 2018/114 (*Sturio*).

⁴⁵ HR 11 november 2016, ARO 2016/164; NJ 2017/75 m. nt. P. van Schilfgaarde; JOR 2017/2 m. nt. K. Spruitenburg, r.o. 4.2 en 4.3 (*Cordial*).

⁴⁶ HR 18 november 2005, NJ 2006/173 (*Unilever*).

geschil. Wanneer echter tussen deze partners als gevolg hiervan een verstoorde verhouding ontstaat en besluitvorming binnen de algemene vergadering stopt, zoals het geval was in *Circom*, dan acht de OK zich bevoegd, ook al hangt het geschil ‘*nauw samen met een vermogensrechtelijk geschil*’.⁴⁷ Tot een soortgelijk oordeel kwam de OK in *Museum Hotel*, waarin het niet alleen ging om de nakoming van een tussen partijen gesloten minnelijke regeling, maar door verzoekster ook bezwaren waren geuit met betrekking tot de naleving van statutaire voorschriften aangaande het houden van algemene vergaderingen, de vaststelling van jaarrekeningen, en het informeren van de minderheidsaandeelhouder.⁴⁸

Ook in *Ambulance Amsterdam*⁴⁹ werd het verweer dat sprake was van een zuiver vermogensrechtelijk geschil door de OK van de hand gewezen. In die procedure, die was geëntameerd door FNV (zie art. 2:347 BW), had FNV diverse bezwaren aan de orde gesteld ten aanzien van de niet-nakoming van afspraken tussen de vennootschap en FNV over de arbeidsomstandigheden (o.a. met betrekking tot vermindering van de werkdruk, het terugdringen van structureel overwerk, en naleving van bepaalde cao-afspraken). De OK oordeelde dat de bezwaren van FNV ‘*ook waar zij betrekking hebben op de schending van de afspraken*’ tevens op het beleid en de gang van zaken binnen de onderneming zien. Wanneer het niet (kunnen) nakomen van deze afspraken zou zijn veroorzaakt door tekortschietend optreden door de bestuurders van de rechtspersoon, zou dat gegronde redenen kunnen opleveren om te twifelen aan een juist beleid, aldus de OK.

Evenmin is sprake van een zuiver vermogensrechtelijk geschil indien een verzoek (mede) is ingegeven met het oog op een mogelijk opvolgende aansprakelijkheidsprocedure, zo oordeelde de OK in *SNS Reaal*.⁵⁰ Volgens de OK staat een dergelijk motief niet in de weg aan de verwezenlijking van de doeleinden van het enquêterecht.

Eénmaal heeft de OK in de kroniekperiode geoordeeld dat een geschil geen grond kon zijn voor het gelasten van een enquête vanwege de zuiver vermogensrechtelijke aard daarvan.⁵¹ Dit geschil – waarover ook reeds een (andere) procedure aanhangig was – zag op de afwikkeling van het dienstverband van verzoeker en de pensioenverplichtingen van de rechtspersoon jegens verzoeker nadat hij teruggetreden was als statutair bestuurder en algemeen directeur. Dit resulteerde evenwel niet in niet-ontvankelijkheid, omdat verzoeker ook nog andere (niet-vermogensrechtelijke) bezwaren naar voren had gebracht in zijn verzoekschrift.

3.6 Enquêtebevoegdheid

3.6.1 Concernenquête

Bij de beoordeling van een verzoek tot het gelasten van een concernenquête, worden door de OK (nog altijd) de criteria gehanteerd uit de Landis-beschikking van de Hoge Raad.⁵² Illustratief is *ADW Accountants*.⁵³ De OK stelde in die zaak voorop dat het verzoek tot een concernenquête was gebaseerd op de omstandigheid dat ADW Accountants en haar dochtervennootschappen tezamen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden. Vervolgens constateerde de OK achtereenvolgens dat

⁴⁷ OK 8 februari 2018, ARO 2018/56 (*Circom*).

⁴⁸ OK 27 september 2018, ARO 2018/197 (*Museum Hotel*).

⁴⁹ OK 19 oktober 2018, ARO 2019/11 (*Ambulance Amsterdam*).

⁵⁰ OK 26 juli 2018, ARO 2018/168, r.o. 3.120; JOR 2018/275 m. nt. S.M. Bartman (*SNS Reaal*).

⁵¹ OK 4 december 2018, ARO 2019/41 (*Korsten Holding*).

⁵² HR 4 februari 2005, NJ 2005/127 (*Landis*).

⁵³ OK 6 april 2018, ARO 2018/63 (*ADW Accountants*).

ADW Accountants alle aandelen hield in de desbetreffende dochtervennootschappen, dat de besturen van ADW Accountants en deze dochtervennootschappen een volledige personele unie vormden, en dat niet was gebleken van enig binnen de dochtervennootschappen zelfstandig bepaald bestuursbeleid. Dit bracht de OK tot de conclusie dat ‘derhalve’ het beleid en de gang van zaken van de dochtervennootschappen de belangen van de aandeelhouders van ADW Accountants evenzeer en op gelijke wijze raakten als het beleid en de gang van zaken van ADW Accountants zelf, waarna het verzoek werd toegewezen. Dat is volledig in lijn met de overwegingen van de Hoge Raad in *Landis*. Overigens voegde de OK hier nog aan toe dat niet relevant was dat de aandelen inmiddels door ADW Accountants waren overgedragen, omdat het verzoek betrekking had op de periode tot en met de aandelenoverdracht.

In (de meest recente) beschikking inzake *SNS Reaal* heeft de OK zich aan een nadere uitleg van de overwegingen van de Hoge Raad in *Landis* gewaagd. Door verzoekers was verzocht om een concernenquête te gelasten bij SNS Bank, dochter van SNS Reaal. Door verweersters was daar (onder meer) tegenin gebracht dat SNS Bank gedeeltelijk zelfstandig haar beleid bepaalde, en dus aan de vereisten voor toewijzing van een concernenquête niet zou zijn voldaan. Naar aanleiding hiervan werd door de OK vooropgesteld:

‘De Ondernemingskamer deelt niet de opvatting van SNS Reaal c.s. dat een concernenquête slechts mogelijk is indien SNS Bank in geen enkel opzicht een zelfstandig bestuursbeleid zou hebben gevoerd. De Ondernemingskamer begrijpt de door de Hoge Raad in de zaak Landis (...) geformuleerde maatstaf aldus dat het aankomt op de vraag of – toegesneden op het onderhavige geval – het beleid en de gang van zaken van SNS Bank de belangen van de aandeelhouders van SNS Reaal evenzeer en op gelijke wijze raken als de gang van zaken van SNS Reaal zelf en dat dat ook het geval kan zijn indien SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van een eigen beleid.’⁵⁴

Kortom: de OK acht van doorslaggevende betekenis of het beleid en de gang van zaken op dochterniveau de aandeelhouders in de moeder ‘evenzeer en op gelijke wijze’ raakt. Daarvan zal in de regel sprake zijn indien geen sprake is van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid, maar noodzakelijk is dat niet. Vervolgens somt de OK in *SNS Reaal* diverse feitelijke omstandigheden op waaruit naar haar oordeel volgt dat aan voornoemd criterium is voldaan (o.a. 100% aandelenbezit, een gedeeltelijke personele unie, en de financieel sterke verbondenheid en afhankelijkheid tussen SNS Reaal, SNS Bank, en Property Finance). Een andere uitkomst zou volgens de OK ‘gekunsteld’ zijn en ‘ernstig afbreuk’ doen aan de doeleinden van het enquêterecht.⁵⁵ Tegen de beschikking loopt cassatieberoep. Opmerkelijk is dat de OK eerder, in 2015, verzoekers niet-ontvankelijk verklaarde in hun verzoek tot het gelasten van een concernenquête ten aanzien van Property Finance, juist omdat het bestuur van Property Finance ‘een zekere beleidsvrijheid’ zou hebben gehad ten opzichte van moeder SNS Bank en grootmoeder SNS Reaal.⁵⁶ De OK lijkt aldus te bewegen naar een soepelere invulling van de criteria voor het gelasten van een concernenquête.

⁵⁴ OK 26 juli 2018, ARO 2018/168, r.o. 3.14, JOR 2018/275, m. nt. S.M. Bartman (*SNS Reaal*).

⁵⁵ OK 26 juli 2018, ARO 2018/168, r.o. 3.18, JOR 2018/275, m. nt. S.M. Bartman (*SNS Reaal*).

⁵⁶ OK 8 juli 2015, JOR 2015/260, r.o. 3.30 m. nt. C.D.J. Bulten (*SNS Reaal*).

Ten slotte wordt hier nog verwezen naar *Europa Leasing*⁵⁷, waarin het verzoek om een concernenquête door de OK werd afgewezen omdat de moedervenootschap was gevestigd in Luxemburg. De enquêtebevoegdheid in de dochtermaatschappij is een afgeleide van de enquêtebevoegdheid in de moedervenootschap. Indien enquêtebevoegdheid bij de moeder ontbreekt, en dat is het geval wanneer de moeder een buitenlandse vennootschap is (zie ook par. 3.1 hiervoor), strandt tevens het verzoek bij de dochter.

3.6.2 Medeondernemerschap

In *SRK*⁵⁸ heeft de OK voor het eerst een beroep op medeondernemerschap gehonoreerd in het kader van de enquêtebevoegdheid. Zoals hiervoor opgemerkt, werd in *SRK* door zowel een stichting (*SRK*) als een vereniging ("de Vereniging") een enquêteverzoek bij zichzelf ingediend. *SRK* was op grond van art. 2:344 sub b BW zonder meer bevoegd daartoe: zij hield een onderneming in stand met ruim 400 werknemers en had een wettelijke verplichte ondernemingsraad ingesteld. Voor de Vereniging lag dat anders: zij voldeed formeel niet aan het vereiste van art. 2:344 sub b BW, althans niet op zichzelf. Door de Vereniging was evenwel aangevoerd dat zij (toch) ontvankelijk was, omdat zij de onderneming van *SRK* mede in stand hield. De OK volgde de Vereniging in dit standpunt. Zij overwoog dat *SRK* en de Vereniging economisch en organisatorisch onlosmakelijk met elkaar waren verbonden en in wezen deel uitmaakten van één samenhangende structuur waarin de governance van *SRK* was vastgelegd. De OK kwam tot dit oordeel onder verwijzing naar een samenstel van statutaire bepalingen van *SRK* en de Vereniging, waaruit volgde dat de Vereniging vergaande invloed uitoefende over het beleid van *SRK*. Zo was het statutair de ALV van de Vereniging die de raad van commissarissen van *SRK* benoemde, terwijl de raad van commissarissen het bestuur van *SRK* benoemde. Door de OK werd hier nog aan toegevoegd dat de raad van commissarissen van *SRK* en het bestuur van de Vereniging een personele unie vormden, en dat gebleken was dat de leden van de Vereniging (ook) feitelijk in belangrijke mate het beleid en de strategie van *SRK* bepaalden. Naar aanleiding van dit alles, concludeerde de OK:

*'De geconstateerde economische en organisatorische verbondenheid van SRK en de Vereniging in combinatie met de feitelijke invloed van (de leden van) de Vereniging op het beleid en de continuïteit van SRK, leidt tot de conclusie dat SRK en de Vereniging de formeel door SRK uitgeoefende onderneming gezamenlijk in stand houden. Nu derhalve ook de Vereniging een onderneming als bedoeld in artikel 2:344 aanhef en onder b BW in stand houdt, is zij ontvankelijk in haar enquêteverzoek.'*⁵⁹

De toetsingsmaatstaf die de OK aanlegt in *SRK* voor het aannemen van medeondernemerschap, doet denken aan de criteria die gelden voor een concernenquête (waarover hiervoor). Inhoudelijk lijken de maatstaven elkaar grotendeels te overlappen, met als (formeel) verschil dat het bij een concernenquête gaat om de uitleg van het bepaalde in art. 2:346 lid 1 sub b en c BW en bij medeondernemerschap om de uitleg van het bepaalde in art. 2:344 sub b BW. Ook voor wat betreft de toepassing van dit laatste wetsartikel laat de OK dus zien bereid te zijn een ruimharige interpretatie te hanteren, indien en voor zover de economische werkelijkheid daartoe aanleiding geeft.

⁵⁷ OK 1 februari 2018, *ARO* 2018/92, *JOR* 2018/93, m. nt. F. Eikelboom (*Europa Leasing*).

⁵⁸ OK 31 oktober 2018, *ARO* 2019/14; *JOR* 2019/9, m. nt. M.W. Josephus Jitta (*SRK*).

⁵⁹ OK 31 oktober 2018, *ARO* 2019/14, r.o. 4.4, *JOR* 2019/9, m. nt. M.W. Josephus Jitta (*SRK*).

3.6.3 Economische gerechtigdheid

De economische werkelijkheid speelt ook een belangrijke rol in de jurisprudentie van de OK en de Hoge Raad over het leerstuk van economische gerechtigdheid. Volgens deze jurisprudentie brengt de strekking van het enquêterecht met zich dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft in sommige gevallen gelijkgesteld kan worden met de aandeelhouder of certificaathouder bedoeld in artikel 2:346 BW. Voor een dergelijke gelijkstelling is slechts plaats indien en voor zover op grond van de feiten en omstandigheden van het geval kan worden geoordeeld dat het eigen economische belang van de verschaffer van risicodragend kapitaal in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft van dien aard is dat het op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of een certificaathouder van die vennootschap. Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt deze gelijkstelling door de OK aanvaard. De laatste keer gebeurde dit in *FEIST*.⁶⁰

In *Europa Leasing*⁶¹ was door verzoeker een verzoek ingediend tegen een Nederlandse vennootschap (Europa Leasing) van wie een Luxemburgse vennootschap (Proma) alle aandelen hield. Verzoeker hield op zijn beurt (naar eigen zeggen) 50% van de aandelen in Proma. De OK verwierp het beroep van verzoeker op gelijkstelling wegens economische gerechtigdheid. Daartoe overwoog de OK dat (a) Europa Leasing om fiscale redenen bewust was ingebed in een constructie met (o.a.) een Luxemburgse vennootschap, (b) een structurele aanspraak van verzoeker jegens Europa Leasing (via Proma) ter zake van dividenduitkeringen niet was komen vast te staan, en (c) Proma door andere personen werd bestuurd dan Europa Leasing. Aldus kon volgens de OK niet worden aangenomen dat het economisch belang van verzoeker in Europa Leasing van dien aard was dat dit op één lijn kon worden gesteld met het belang van een aandeelhouder van Europa Leasing. Daaraan deed niet af dat binnen Proma nooit bedrijfsactiviteiten hadden plaatsgevonden, zij niet beschikte over een bedrijfsruimte en geen werknemers in dienst had.

Tegen dit oordeel van de OK is cassatieberoep ingesteld door verzoeker. Nog binnen de kroniekperiode heeft AG Timmerman geconcludeerd tot verwerping van dit beroep.⁶² In zijn conclusie behandelt en analyseert AG Timmerman eerst de relevante wetsgeschiedenis en jurisprudentie over de toegang van economisch gerechtigden tot het enquêterecht. Naar aanleiding hiervan, komt hij tot de conclusie dat verzoeker in Europa Leasing moet aantonen dat: (1) de aandelen voor zijn rekening en risico worden gehouden en hij een vorderingsrecht op de opbrengst van die stukken heeft; en (2) dat aan de tussenliggende entiteit Proma geen reële betekenis toekomt.⁶³ Het oordeel van de OK dat verzoeker hier niet in was geslaagd, is begrijpelijk en getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting, aldus AG Timmerman. Alhoewel net buiten de kroniekperiode, wordt hier volledigheidshalve opgemerkt dat de Hoge Raad vervolgens bij beschikking van 1 februari 2019 het cassatieberoep onder verwijzing naar art. 81 RO heeft verworpen.⁶⁴

⁶⁰ OK 19 juli 2016, *JOR* 2016/272, m. nt. K. Spruitenburg (*FEIST*).

⁶¹ OK 1 februari 2018, *ARO* 2018/92, *JOR* 2018/93, m. nt. F. Eikelboom (*Europa Leasing*).

⁶² Conclusie AG Timmerman 7 december 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1354.

⁶³ In navolging van Spruitenburg spreekt Timmerman hierover respectievelijk de gelijkstellingsbenadering en de substance-benadering. Zie randnummer 3.27 van de conclusie; zie voorts K. Spruitenburg, *De enquêtegerechtigde bij de NV en de BV*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut (diss.), deel 153, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 103.

⁶⁴ HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*).

In de hiervoor al aan bod gekomen procedure inzake *JBNT & Alpha Group c.s.*⁶⁵ oordeelde de OK dat een deelgenoot in een ontbonden onverdeelde huwelijksgoederengemeenschap waarvan de aandelen deel uitmaakten, voor de toepassing van het enquêterecht op een lijn te stellen is met een aandeelhouder. Derhalve achtte de OK de voormalig echtgenote van de enig aandeelhouder van de rechtspersoon bevoegd om een verzoek in te dienen.

3.7 Verandering, vermeerdering, of intrekking verzoek

Een verzoekende partij kan ingevolge art. 283 jo 130 Rv zijn verzoek of de gronden daarvan veranderen of vermeerderen zolang de rechter nog geen eindbeschikking heeft gegeven. Die bevoegdheid wordt wel begrensd door de eisen van een goede procesorde. In *CWT Europe*⁶⁶ liep verzoekster tegen die grenzen aan. Verzoekster had in haar verzoekschrift haar pijlen gericht op de schorsing van twee van de bestuurders van CWT Europe, welke schorsing volgens verzoekster schadelijke gevolgen met zich meebracht voor de onderneming. Ter zitting had verzoekster vervolgens de grondslag van haar verzoek vermeerderd door daaraan mede ten grondslag te leggen dat de *governance* van CWT Europe gebrekkig was, en had zij tevens haar verzoek om onmiddellijke voorzieningen uitgebreid. Door (o.a.) verweerster werd tegen deze vermeerdering bezwaar gemaakt. Dit bezwaar werd door de OK gehonoreerd. De OK achtte de vermeerdering van het verzoek ter zitting in strijd met een goede procesorde, nu de vermeerdering voorafgaand aan de zitting niet was aangekondigd, terwijl de feiten en omstandigheden die door verzoekster aan die vermeerdering ten grondslag werden gelegd reeds ruimschoots voor de zitting bij verzoekster bekend waren.

Uit art. 283 Rv volgt voorts dat een verzoeker zijn verzoek eveneens kan intrekken tot het moment dat de OK een eindbeschikking heeft gegeven. De intrekking wordt beschouwd als een “vermindering tot niets” en de OK dient de verzoeker in dat geval niet-ontvankelijk te verklaren, zo overwoog de Hoge Raad in de *EMBA*-beschikking.⁶⁷ Wanneer de intrekking plaatsvindt na indiening van een verzoekschrift en/of na de mondelinge behandeling, veroordeelt de OK de verzoeker in de proceskosten ontstaan aan de zijde van verweerster en eventuele belanghebbenden. Die situatie deed zich in de onderhavige kroniekperiode twee keer voor.⁶⁸ In beide gevallen werd door verzoekster tevergeefs verzocht geen kostenveroordeling uit te spreken, althans de kosten te compenseren.

3.8 Belanghebbenden

De kroniekperiode brengt weinig nieuws onder de zon voor de invulling van het belanghebbendenbegrip. Alleen in *SNS Reaal* heeft de OK zich gemotiveerd uitgelaten over de vraag of in die procedure verschenen partijen konden worden aangemerkt als belanghebbenden in de zin van art. 283 Rv. Het ging om ROOS, een stichting die blijkens haar statuten de belangen van de onteigende obligatiehouders van SNS behartigt, en twee voormalige obligatiehouders (ROOS c.s.). Indachtig de norm die door de Hoge Raad is geformuleerd in *Scheipa*⁶⁹, kwam de OK tot de conclusie dat ROOS c.s. kwalificeren als

⁶⁵ OK 27 november 2018, ARO 2019/29 (*JBNT & Alpha Group c.s.*).

⁶⁶ OK 19 december 2018, ARO 2019/46 (*CWT Europe*).

⁶⁷ Zie HR 8 juli 2011, JOR 2011/286, r.o. 3.3, m. nt. R.G.J. de Haan (*EMBA*).

⁶⁸ OK 9 februari 2018, ARO 2018/96 (*Mitralis*); OK 1 mei 2018, ARO 2018/117 (*HnL Group*).

⁶⁹ HR 6 juni 2003, NJ 2003/486 (*Scheipa*), r.o. 3.3.2: ‘Bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is, zal een rol spelen in hoeverre deze door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of in hoeverre deze anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen’.

belanghebbenden. De OK overwoog dat de ingediende enquêteverzoeken in overwegende mate betrekking hebben op het beleid en de gang van zaken ten aanzien van omstandigheden die er uiteindelijk toe hebben geleid dat de minister van Financiën is overgegaan tot onteigening, ook van de obligatiehouders van SNS. Derhalve zijn ROOS c.s. dermate nauw betrokken bij het onderwerp dat in de procedure aan de orde wordt gesteld, dat daarin een toereikend belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.⁷⁰ Over de bevoegdheden van ROOS c.s. als belanghebbenden wordt door de OK volledigheidshalve nog eens benadrukt dat die zich niet uitstrekken tot het doen van een eigen, zelfstandig enquêteverzoek. Zij behoren immers niet tot de kring van enquêtegerechtigden zoals gedefinieerd in art. 2:346 BW. Wel staat het ROOS c.s. vrij om zich uit te laten over de aard en omvang van een eventueel te gelasten onderzoek en de periode waarop dat betrekking moet hebben, zo overwoog de OK onder verwijzing naar de *ATR*-beschikking van de Hoge Raad.⁷¹

3.9 Het onderzoek

3.9.1 Reikwijdte onderzoek

De eerste fase beschikking van de OK waarbij het onderzoek wordt gelast is bepalend voor de reikwijdte van het onderzoek. Het dictum van die beschikking bepaalt ten aanzien van het onderzoek (meestal) niet méér dan dat een onderzoek wordt bevolen naar het beleid en de gang van zaken van rechtspersoon X over periode Y. Dit betekent niet dat de onderzoeker verplicht is om alle aspecten van het beleid van de rechtspersoon in de onderzoeksperiode te onderzoeken.⁷² Het enquêterecht heeft immers niet als doelstelling uitputtend vast te leggen wat (mogelijk) allemaal is misgegaan binnen een vennootschap.⁷³ Om de reikwijdte van het onderzoek te bepalen moet het dictum van de eerste fase beschikking gelezen worden in samenhang met de overwegingen waarop de beslissing berust.⁷⁴ Met het oog op de zojuist beschreven uitgangspunten is vermeldenswaardig dat de OK, onder verwijzing naar de bewoordingen van art. 2:345 lid 1 BW, in *Xeikon* heeft overwogen dat de '*gegronde redenen*' in de eerste fase beschikking weliswaar de grondslag vormen voor het gelasten van het onderzoek, maar dat het onderzoek niet op voorhand tot die gegronde redenen is beperkt.⁷⁵

Het onderzoek kan zich alleen uitstrekken over feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan tot aan de datum van indiening van het verzoek.⁷⁶ Aan hetgeen zich met betrekking tot die feiten en omstandigheden nadien heeft voorgedaan, mag de onderzoeker volgens vaste jurisprudentie aandacht besteden mits dat licht kan werpen op het voorwerp en de periode van onderzoek zoals die zijn bepaald bij het bevel tot onderzoek. In *Prien Holding* is bepaald dat de onderzoeker aan zulke omstandigheden (ongeacht of die zich voor of na de

⁷⁰ OK 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m. nt. C.D.J. Bulten, r.o. 3.30 (*SNS Reaal*).

⁷¹ HR 30 maart 2007, *JOR* 2007/138, m. nt. M.W. Josephus Jitta (*ATR*).

⁷² OK 4 juli 2007, *ARO* 2007, 126 (*Samlerhuset Group*).

⁷³ OK (raadsheer-commissaris) 8 februari 2018, *ARO* 2018/118 (*Eshuis Holding*):

⁷⁴ OK (raadsheer-commissaris) 10 november 2014, r.o. 2.5, *JOR* 2015/98 m.nt. M. Holtzer, en *Ondernemingsrecht* 2015/11 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Xeikon*).

⁷⁵ OK 6 februari 2018, *ARO* 2018/85, r.o. 5.6; ook besproken in *JOR* 2018/94 m.nt. M.W. Josephus Jitta en *Ondernemingsrecht* 2018/62 met commentaar van P.H.M. Broere (*Xeikon*). In dit opzicht is 'vers van de pers' de uitspraak van de Hoge Raad over de vraag of het onderzoek ook andere bezwaren kan omvatten dan die waarop het oordeel berust dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen (HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:316), vervolg van HR 11 november 2016, *JOR* 2017/2 m.nt. K. Spruitenburg (*Cordial*). De opgeworpen vraag is bevestigend beantwoord met verwijzing naar de grote vrijheid die de OK toekomt bij het bepalen van de omvang van een onderzoek. Hierover meer in de kroniek volgend jaar.

⁷⁶ HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 m.nt. M.J. Van Ginneken, en *NJ* 2010/544 m.nt. P. Van Schilfgaarde (*ASMI*).

begin-/einddatum van het onderzoek hebben voorgedaan) ook aandacht mag besteden als dat voor een goed begrip van het voorwerp van het onderzoek nodig is.⁷⁷

Het dictum van de toewijzende beschikking verwijst voor de reikwijdte van het onderzoek steeds vaker naar specifieke overwegingen omschreven in de paragraaf '*De gronden van de beslissing*'.⁷⁸ Die paragraaf bespreekt de omstandigheden die leiden tot het oordeel van de OK dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen. Tijdens de vorige kroniekperiode bepaalde de OK wel eens dat het gelaste onderzoek '*zich in ieder geval dient te richten op*' in de beschikking specifiek omschreven omstandigheden.⁷⁹ Een aantal van de toewijzende beschikkingen die in 2018 zijn geweest bevat een iets engere formulering, nl. dat het gelaste onderzoek '*zich met name [of: 'in het bijzonder'] richt op*' in de beschikking specifiek omschreven omstandigheden.⁸⁰ Mogelijk bedoelt de OK een rangorde aan te brengen in de omstandigheden die een onderzoek rechtvaardigen. Het is echter onduidelijk of (en zo ja welke) betekenis aan zo'n rangorde moet worden gehecht in het kader van het onderzoek (en het eventueel daarop volgende verzoek tot het vaststellen van wanbeleid ex art. 2:355 BW). Gezien de hierboven beschreven uitgangspunten, lijkt het vooralsnog niet aannemelijk dat de OK het gelaste onderzoek aldus bedoelt te beperken. Dat kan ook afgeleid worden uit passages over het gelaste onderzoek in enkele andere beschikkingen. Het komt regelmatig voor dat de OK slechts ten aanzien van enkele door de verzoeker aangedragen gronden vaststelt dat deze een onderzoek rechtvaardigen, en niet alle aangedragen gronden individueel bespreekt. In die gevallen bevatten de beschikkingen regelmatig de toevoeging dat de onderzoeker ook andere geschilpunten, omstandigheden of door verzoeker naar voren gebrachte bezwaren '*tot zijn onderzoeksterrein mag rekenen*',⁸¹ of '*in het onderzoek kan betrekken*',⁸² of wordt de onderzoeker '*in overweging gegeven*'⁸³ om bepaalde aspecten in het onderzoek mee te nemen, of dat het de onderzoeker vrijstaat '*ook aandacht te besteden aan*' de overige in de beschikking beschreven bezwaren van verzoeker.⁸⁴ In één van de uitspraken waarin dat het geval is (*Nijhuis Fabel*), heeft de OK de onderzoeker overigens expliciet toegestaan onderzoek te doen naar een bezwaar van verzoeker waarvan niet is vastgesteld dat (nl. in het midden gelaten of) dit een (zelfstandige) gegronde reden is voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van de vennootschap. Dat het de onderzoeker '*vrijstaat*' om bepaalde onderwerpen in het onderzoek te betrekken, betekent volgens de OK overigens niet dat de onderzoeker verplicht is om dat te doen.⁸⁵

Incidenteel beperkt de OK de omvang van het onderzoek. Er moet dan sprake zijn van bijzondere omstandigheden. In *Prien Holding* waren de partijen het erover eens dat de

⁷⁷ OK 18 oktober 2018, ARO 2019/10, r.o. 2.3 (*Prien Holding*).

⁷⁸ Bijvoorbeeld: OK 22 maart 2018, ARO 2018/105 (*VDL Huizen Holding*); OK 6 april 2018, ARO 2018/83 (*ADW Accountants*).

⁷⁹ Bijvoorbeeld: OK 26 oktober 2017, ARO 2018/17, r.o. 3.7 (*FTB*).

⁸⁰ Bijvoorbeeld: OK 1 februari 2018, ARO 2018/90, r.o. 3.6 (*Setay Beheer*); OK 22 maart 2018, ARO 2018/105, r.o. 3.7 (*VDL Huizen Holding*); OK 28 maart 2018, ARO 2018/108, r.o. 3.18 (*Baars Beheer*); OK 26 april 2018, ARO 2018/14, r.o. 3.11 (*Sturio*); OK 30 april 2018, ARO 2018/115, r.o. 3.38, *JOR* 2018/211, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*DeSeizoenen*); OK 7 juni 2018, ARO 2018/140, r.o. 3.9 (*DMBH Vastgoed*); OK 18 juli 2018, ARO 2018/165, r.o. 3.53 (*Eneco*); OK 24 september 2018, ARO 2018/194, r.o. 3.12 (*Monitus*); OK 26 juli 2018, ARO 2018/168, r.o. 3.133 (*SNS Reaal*); OK 19 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4679, r.o. 3.10 (*Steelframe*).

⁸¹ Bijvoorbeeld: OK 30 juli 2018, ARO 2018/172, r.o. 3.4 (*O&T Kindercentra*), OK 2 augustus 2018, ARO 2018/181 r.o. 3.10 (*Nijhuis Fabel*).

⁸² Bijvoorbeeld: OK 27 november 2018, ARO 2019/30, r.o. 3.9 en 3.10 (*Casa Della Gioia*).

⁸³ Bijvoorbeeld: OK 26 juli 2018, ARO 2018/168, r.o. 3.42, slot (*SNS Reaal*).

⁸⁴ Bijvoorbeeld: OK 6 april 2018, ARO 2018/83, r.o. 3.9 (*ADW Accountants*).

⁸⁵ OK 23 januari 2018, ARO 2018/61, r.o. 3.2, ook besproken in *JOR* 2018/148 m.nt. J. de Bie Leuveling Tjeenk (*DEM*).

vennootschappen vooral belang hebben bij duidelijkheid over de onderlinge financiële verhoudingen. Omdat bovendien het budget beperkt was, heeft de OK het onderzoek daartoe beperkt, maar wel enige manoeuvreerruimte voor de onderzoeker opengelaten.⁸⁶ In *Aeon Plaza Hotel Holdings* waren meer dan tien bezwaren aan de orde. De OK heeft van enkele daarvan vastgesteld dat deze een onderzoek rechtvaardigen, en ten aanzien van de overige bezwaren vastgesteld dat deze geen 'aanvullende' gegronde redenen opleveren, dan wel 'onvoldoende rechtvaardiging [bieden] het te gelasten onderzoek daartoe te doen uitstrekken, mede gelet op de belasting die een onderzoek meebrengt voor [de vennootschap].'⁸⁷

3.9.2 De onderzoeksperiode

Alle beschikkingen in de kroniekperiode waarbij een onderzoek is gelast noemen een begindatum voor het onderzoek. De gebruikelijk gehanteerde bewoordingen daarbij zijn: 'zal een onderzoek gelasten naar het beleid en de gang van zaken van [vennootschap] over de periode vanaf [datum]'. *Eneco* wijkt hier enigszins van af. Zonder de bewoordingen 'over een periode vanaf [datum]') benoemt de beschikking een aantal omstandigheden die 'in het bijzonder' onderzocht moeten worden met specifieke tijdsaanduiding per omstandigheid.⁸⁸

Enkele beschikkingen van de OK noemen ook een einddatum voor het onderzoek, met nu eens wel en dan weer geen (expliciete) redengeving van die einddatum.⁸⁹ In *ADW Accountants* is de onderzoeksperiode ruimer vastgesteld dan verzoekster heeft verzocht om ruimte te creëren voor onderzoek naar de overige bezwaren van verzoekster. De einddatum van het onderzoek in *DeSeizoenen* is gerelateerd aan de datum van verwerving van het vastgoed (de kern van de naar voren gebrachte bezwaren). In *Museum Hotel* is de reden voor de opgenomen einddatum niet direct herleidbaar tot de omstandigheden die aan het gelasten van het onderzoek ten grondslag zijn gelegd, en evenmin te ontleen aan de datum van de mondelinge behandeling van het verzoek. Voor de vaststelling van de einddatum van het onderzoek in *SNS Reaal* op de datum van de onteigening heeft de OK verwezen naar de beschikkingen van de Hoge Raad,⁹⁰ waarin is overwogen dat voor de ontvankelijkheid in het onderhavige geval voldoende is dat de verzoeker stelt dat er gegronde redenen zijn om te twifelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken met betrekking tot de aan de onteigening voorafgaande periode.

3.9.3 Positie en werkwijze onderzoeker

Het komt voor dat de OK bij het gelasten van het onderzoek overweegt dat de aan te wijzen onderzoeker het tot zijn taak mag rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven, zo ook een enkele keer in de kroniekperiode.⁹¹ De daarop in de literatuur geuite kritiek veronderstellen wij bekend.⁹² Dat een bemiddelende rol van de onderzoeker aanleiding tot problemen kan geven, blijkt uit *MKA Chirurgen*.

⁸⁶ OK 18 oktober 2018, ARO 2019/10, r.o. 2.3 (*Prien Holding*).

⁸⁷ OK 10 april 2018, ARO 2018/112 (*Aeon Plaza Hotel Holdings*).

⁸⁸ OK 18 juli 2018, ARO 2018/165; verder besproken in: JOR 2018/165 m.nt. D.-J.F.F.M. Duynstee; *Ondernemingsrecht* 2018/123 met commentaar van T. Salemink en F.C.A van de Bult (*Eneco*). Zie vorige paragraaf over de toevoeging 'in het bijzonder'.

⁸⁹ OK 6 april 2018, ARO 2018/83, r.o. 3.9 (*ADW Accountants*); OK 30 april 2018, ARO 2018/115, JOR 2018/211, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*DeSeizoenen*); OK 27 september 2018, ARO 2018/197 (*Museum Hotel*); OK 26 juli 2018, ARO 2018/168, r.o. 3.129 e.v., verder besproken in: JOR 2018/275 m.nt. S.M. Bartman (*SNS Reaal*).

⁹⁰ HR 4 november 2016, ARO 2016/148 en 149; ook besproken in onder meer JOR 2017/1 m.nt. K. Spruitenburg (*SNS Reaal*).

⁹¹ OK 6 april 2018, ARO 2018/83, r.o. 3.9 (*ADW Accountants*).

⁹² Bijvoorbeeld: R.M. Hermans, 'Het onderzoek in de enquêteprocedure', Serie vanwege het Van der Heijden

De betrokkenheid van de onderzoeker bij schikkingsonderhandelingen tussen partijen leidde tot een verzoek van één van de partijen tot ontheffing van de onderzoeker. Een van de aangevoerde gronden was, samengevat, dat de werkzaamheden van de onderzoeker als bemiddelaar afbreuk doen aan zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De OK heeft het verzoek tot ontheffing van de onderzoeker afgewezen.⁹³ Datzelfde lot trof een nieuw verzoek tot vervanging van de onderzoeker. De beschikking formuleert enkele uitgangspunten over de vrijheid van de onderzoeker in het licht van de verwijten over het gebrek aan onpartijdigheid: *'Het staat de onderzoeker vrij niet slechts de feiten te schetsen, maar hierover ook zijn opvatting te laten blijken. Waar de onderzoeker dat in deze zaak heeft gedaan, maakt dat hem niet partijdig, noch wekt dit naar objectieve maatstaven bezien schijn van partijdigheid op. Ditzelfde geldt voor de keuzes die hij bij de verslaglegging heeft gemaakt.'*⁹⁴

Ook het ontheffingsverzoek met betrekking tot een onderzoeker in *SNS Reaal* was ingegeven door zorgen over zijn onpartijdigheid.⁹⁵ Ter zake *SNS Reaal* is bij de OK zowel een schadeloosstellingsprocedure na de onteigening als een enquêteprocedure aanhangig. De OK heeft één van de door haar in de schadeloosstellingsprocedure benoemde deskundigen ook aangewezen als onderzoeker in de enquêteprocedure. *SNS Reaal* en de Staat verzochten de OK om de desbetreffende onderzoeker te vervangen. De basis voor dat verzoek was in de kern de volgende: de eerdere benoeming en werkzaamheden van de onderzoeker als deskundige in de schadeloosstellingsprocedure en de standpunten die hij en zijn mededeskundigen in die procedure hebben ingenomen (over diverse onderwerpen die ook in de enquêteprocedure aan de orde zijn) doen twijfelen of (voldoende gewaarborgd is dat) hij zijn taak als onderzoeker onbevangen en onbevooroordeeld zal kunnen uitvoeren. De OK wees het ontheffingsverzoek af met verwijzing naar de wezenlijke verschillen tussen de twee procedures. Voor zover het deskundigenbericht in de schadeloosstellingsprocedure passages bevat die (in)direct (mede) betrekking hebben op onderwerpen die in het enquêteonderzoek aan de orde zijn, gaat het, aldus de OK, bovendien om niet meer dan een achtergrondschets, waarmee niet zodanig is vooruitgelopen op het enquêteonderzoek dat de betrokken onderzoeker niet meer geschikt is om als onderzoeker op te treden. Het ontheffingsverzoek is afgewezen.

Afgezien van de aanwijzingen die de raadsheer-commissaris aan de onderzoeker kan geven, heeft de OK de bevoegdheid om specifieke 'instructies' op te nemen in de opdracht aan de onderzoeker.⁹⁶ De OK maakt daar ook met enige regelmaat gebruik van, zoals hierboven in par. 3.9.1 over de reikwijdte van het onderzoek is gebleken, waarbij de OK specifieke onderwerpen benoemt die de onderzoeker 'met name' of 'in het bijzonder' tot zijn onderzoeksterrein kan rekenen. Zo bevat ook *SNS Reaal* een opsomming van onderwerpen waarop het onderzoek 'in het bijzonder' betrekking moet hebben. Daarnaast wijdt de OK een aparte overweging aan een aspect waaraan de onderzoekers bij hun onderzoek aandacht zullen kunnen besteden, nl. (samengevat) de vraag in welke mate *SNS Bank* in de onderzoeksperiode zelfstandig beleid heeft gevoerd.⁹⁷ Hoewel vrijblijvend verwoord zou dit

Instituut (diss.), deel 145, Deventer: Wolters Kluwer 2017, paragraaf 2.3.5.4.

⁹³ OK 26 maart 2018, ARO 2018/107 (*MKA Chirurgen*).

⁹⁴ OK 26 juli 2018, ARO 2018/169 (*MKA Chirurgen*).

⁹⁵ OK 21 september 2018, ARO 2018/193 (*SNS Reaal*).

⁹⁶ HR 13 juni 2014, NJ 2014/358 m.nt. P. van Schilgaarde, ook besproken in JOR 2014/261 m.nt. Blanco Fernández, r.o. 3.5.2 (*Greenchoice*).

⁹⁷ OK 26 juli 2018, ARO 2018/168, r.o. 3.134, verder besproken in: JOR 2018/275 m.nt. S.M. Bartman (*SNS*).

opgevat kunnen worden als een instructie aan de onderzoekers over de reikwijdte van het onderzoek.

In de kroniekperiode hebben we één uitspraak gevonden waarin de OK de onderzoeker een specifieke instructie geeft met betrekking tot de werkwijze. In *Prien Holding* heeft de OK een onderzoek gelast met een beperkte reikwijdte, nl. de onderlinge financiële verhoudingen, onder meer vanwege het beperkte onderzoeksbudget. Met verwijzing naar de precaire financiële situatie van de vennootschappen heeft de OK overwogen dat de onderzoeker (zelf geen accountant),⁹⁸ ter beperking van de kosten, naar eigen inzicht gebruik kan maken van de bevindingen van de door de tijdelijk bestuurder ingeschakelde registeraccountant over het onderzoeksonderwerp.⁹⁹

In de tweede fase van de enquêteprocedure (het verzoek tot vaststellen van wanbeleid ex art. 2:355 BW) uiten de partijen met enige regelmaat kritiek op het onderzoeksverslag en de wijze waarop het onderzoek is verricht. In *DEM* doet de OK de bezwaren tegen het onderzoek(sverslag) af met de min of meer gebruikelijke overwegingen over de vrijheid van de onderzoeker (om keuzes te maken in de onderwerpen van het onderzoek en in de inrichting van het onderzoek), en de opmerking dat partijen akkoord zijn gegaan met het plan van aanpak van de onderzoeker.¹⁰⁰ In *Xeikon* en *Hepta G* bespreekt de OK de door partijen tegen het onderzoek geuite bezwaren wat meer specifiek waarna de OK deze bezwaren verwerpt.¹⁰¹

3.9.4 Terinzagelegging onderzoeksverslag en machtiging ex art. 2:353 lid 3 BW

Terinzagelegging

Na indiening door de onderzoeker van het onderzoeksverslag, beslist de OK of het verslag geheel of gedeeltelijk ter inzage ligt voor andere partijen dan de rechtspersoon en de verzoeker (en hun advocaten), en de Advocaat-Generaal. Is de onderzochte rechtspersoon een beursvennootschap, dan wordt het verslag voor eenieder ter inzage gelegd (en ook op de website van de OK gepubliceerd). Bij andere dan beursvennootschappen wordt het verslag in de regel voor belanghebbenden ter inzage gelegd. Op het punt van de terinzagelegging van het onderzoeksverslag zijn in de kroniekperiode geen bijzonderheden te melden.

Machtiging ex art. 2:353 lid 3 BW

De enquêteprocedure in boek 2 BW maakt onderscheid tussen het concept-onderzoeksverslag en het eindverslag. Het is eenieder verboden mededelingen te doen uit het conceptverslag (art. 2:351 lid 4 BW). Als het eindverslag niet voor eenieder ter inzage is gelegd, dan is het aan anderen dan de rechtspersoon, zonder machtiging van de voorzitter van de OK, verboden daaruit mededelingen te doen (art. 2:353 lid 3 BW). Het vermelden waard is de uitspraak van de voorzitter van de OK in *ECC-Bimas* waarin het machtigingsverzoek van art. 2:353 lid 3 BW naar analogie is toegepast op het conceptverslag.¹⁰² De machtiging is na een

Reaal).

⁹⁸ Omdat in dit geval ook voorstelbaar was geweest dat de OK een RA had benoemd als onderzoeker, gelet op het voorwerp van onderzoek.

⁹⁹ OK 18 oktober 2018, ARO 2019/10 (*Prien Holding*).

¹⁰⁰ OK 23 januari 2018, r.o. 3.1 en 3.2, ARO 2018/61, ook besproken in JOR 2018/148 m.nt. J. de Bie Leuveling Tjeenk (*DEM*).

¹⁰¹ OK 6 februari 2018, r.o. 5.9, ARO 2018/85, ook besproken in JOR 2018/94 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Xeikon*); OK 2 mei 2018, r.o. 4.1 t/m 4.5, ARO 2018/130, ook besproken in JOR 2018/241 m.nt. F. Eikelboom (*Hepta G*).

¹⁰² Vz OK 13 februari 2018, JOR 2018/151 m.nt. P.D. Olden (*ECC-Bimas*).

belangenafweging niet verleend, waarbij een grote rol speelt dat het hier gaat om een *concept*verslag. Bij die belangenafweging blijkt de kring van belanghebbenden met wiens belang rekening moet worden gehouden overigens breder dan wanneer het gaat om een machtigingsverzoek ten aanzien van het eindverslag. Die belanghebbenden zijn de onderzoeker, de rechtspersoon, de personen over wie het conceptverslag wezenlijke bevindingen bevat (die mogelijk na wederhoor nog gecorrigeerd kunnen worden), en degene die om de machtiging verzoekt (deze verzoeker zal moeten toelichten waarom een uitzondering op de geheimhouding van art. 2:351 lid 4 BW gerechtvaardigd is). In de uitspraak wordt trouwens ook nog een ander type verslag genoemd, nl. het *tussentijds* conceptverslag: een machtigingsverzoek ten aanzien van zo'n concept zal hoe dan ook moeten sneuvelen als het inmiddels is ingehaald door een nieuw concept, omdat het niet de actuele bevindingen van de onderzoeker bevat.

3.9.5 Raadsheer-commissaris

De raadsheer-commissaris kan een bevel opleggen als de onderzoeker geen of onvoldoende medewerking krijgt aan het onderzoek (art. 2:352 lid 1 BW). Op verzoek van de partijen kan de raadsheer-commissaris, indien de goede gang van zaken van het onderzoek dit vereist, de onderzoeker aanwijzingen geven over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd (art. 2:350 lid 4 BW). Inmiddels weten partijen de raadsheer-commissaris steeds vaker te vinden. In de kroniekperiode is de raadsheer-commissaris 5 keer in actie gekomen.

In *Eshuis Holding* en *Coöperatie Den Ham* betreffen de door een partij verlangde aanwijzingen aan de onderzoeker de omvang van het onderzoek.¹⁰³ De beschikkingen van de raadsheer-commissaris bevestigen de terughoudendheid bij de toewijzing van zo'n verzoek: *'Een dergelijk verzoek is [...] in beginsel slechts toewijsbaar, indien aanstonds duidelijk is dat zonder verder onderzoek naar die feiten en omstandigheden het onderzoek in wezenlijke mate onvolledig of anderszins ontoereikend zal zijn. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat de onderzoeker nalaat (een van de) onderwerpen waarop het onderzoeksbevel betrekking heeft, te onderzoeken.'* Ook wijst de raadsheer-commissaris er (zoals vaker in dit soort beschikkingen) op dat de tweede fase van de enquêteprocedure de geëigende gelegenheid is voor een (uitvoerig) partijdebat over het door de onderzoekers verrichte onderzoek en het onderzoeksverslag, en dat pas aan de hand van dat verslag en partijdebat goed beoordeeld kan worden of en in hoeverre het onderzoek heeft beantwoord aan de door de OK verwoorde onderzoeksopdracht. Alleen de OK kan (op daartoe strekkend verzoek) het onderzoek nader invullen of uitbreiden.¹⁰⁴

Zo'n beoordeling is aan de orde geweest in *Xeikon*.¹⁰⁵ Lopende het onderzoek heeft de verzoeker de raadsheer-commissaris verzocht de onderzoeker een aanwijzing op te leggen tot uitbreiding van het onderzoek. Dat verzoek is afgewezen met een vergelijkbare motivering als hierboven omschreven.¹⁰⁶ Het verzoek om uitbreiding van het onderzoek is in de tweede fase van de enquêteprocedure herhaald. Aangezien de eerste fase beschikking van de OK

¹⁰³ OK (raadsheer-commissaris) 8 februari 2018, ARO 2018/118 (*Eshuis Holding*); OK (raadsheer-commissaris) 20 juni 2018, ARO 2018/150 (*Coöperatie Den Ham*).

¹⁰⁴ OK (raadsheer-commissaris) 20 juni 2018, ARO 2018/150 (*Coöperatie Den Ham*). Zie ook: HR 30 maart 2007, JOR 2007/138 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Stichting Jan Rebel*).

¹⁰⁵ OK 6 februari 2018, r.o. 5.64 t/m 5.65, ARO 2018/85, ook besproken in: JOR 2018/94 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Xeikon*).

¹⁰⁶ OK (raadsheer-commissaris) 1 augustus 2016, ARO 2016/154, ook besproken in JOR 2016/300 m.nt. P.D. Olden (*Xeikon*).

geen einddatum bevat voor het onderzoek, heeft de onderzoeker zelf een afbakening aangebracht. Aan het verzoek tot nader onderzoek ligt ten grondslag dat daardoor een in de visie van verzoeker relevante omstandigheid buiten beschouwing is gebleven. De OK constateert echter dat verzoeker in haar enquêteverzoek terzake geen bezwaren naar voren heeft gebracht, en de OK acht de door de onderzoeker aangebrachte afbakening overigens juist. Het verzoek tot uitbreiding van het onderzoek is afgewezen.

Een verlangde aanwijzing over de inrichting van het onderzoek was aan de orde in *MKA Chirurgen*.¹⁰⁷ Het ging om een subsidiair verzoek aan de raadsheer-commissaris voor het geval de OK het verzoek tot vervanging van de onderzoeker zou afwijzen.¹⁰⁸ De gevraagde aanwijzing ziet op de aanpassing van het concept-onderzoeksverslag en het geven van gelegenheid voor commentaar op het aangepaste concept-onderzoeksverslag.¹⁰⁹ De door de raadsheer-commissaris aangelegde norm sluit aan op de uitgangspunten die de raadsheer-commissaris eerder ter zake de toepassing van hoor en wederhoor door de onderzoeker uiteen heeft gezet.¹¹⁰ Alleen als verwerking van het commentaar van partijen de onderzoeker tot wezenlijk andere bevindingen brengt over reeds in het (eerste) concept besproken onderwerpen, ligt het voor de hand om partijen in de gelegenheid te stellen om daarover opmerkingen te maken. Die verplichting heeft de raadsheer-commissaris de onderzoeker opgelegd met ook de aanwijzing om de reacties op het concept-onderzoeksverslag als bijlagen bij het definitieve onderzoeksverslag te voegen.

De cliëntenraad van DeSeizoenen wilde via een aanwijzing de vennootschap en de onderzoeker dwingen bepaalde documentatie aan hem beschikbaar te stellen. De in art. 2:350 lid 4 BW vastgelegde bevoegdheid die ziet op de uitvoering van het onderzoek door de onderzoeker '*laat zich [er] niet [mee] verenigen dat de raadsheer-commissaris een partij een aanwijzing geeft bepaalde stukken aan een andere partij te verschaffen*'.¹¹¹ De beschikking bevat de gebruikelijke overwegingen over de vrijheid van de onderzoeker, waaronder de vrijheid om eerst de relevantie van opgevraagde en aangeleverde informatie te beoordelen. De raadsheer-commissaris overweegt dat als de desbetreffende informatie relevant is en de onderzoeker daarop mede zijn bevindingen baseert, het concept-onderzoeksverslag daarvan blijk zal geven, zodat er vóór die tijd in het algemeen geen plaats zal zijn voor het geven van een dergelijke aanwijzing.

In *Nijhuis Fabel* was het de onderzoeker die de raadsheer-commissaris verzocht een bevel ex art. 2:352 lid 1 BW op te leggen aan de door de OK geschorste bestuurder.¹¹² Sinds de introductie van de raadsheer-commissaris in het enquêterecht is dit de derde keer dat om zo'n bevel is gevraagd.¹¹³ De beschikking bevat de in dit kader bekende uitgangspunten: de

¹⁰⁷ OK (raadsheer-commissaris) 26 juli 2018, ARO 2018/170 (*MKA Chirurgen*). Zie over het horen van personen: OK (raadsheer-commissaris) 20 juni 2018, ARO 2018/150 (*Coöperatie Den Ham*).

¹⁰⁸ OK 26 juli 2018, ARO 2018/169 (*MKA Chirurgen*).

¹⁰⁹ OK (raadsheer-commissaris) 26 juli 2018, ARO 2018/170 (*MKA Chirurgen*).

¹¹⁰ OK (raadsheer-commissaris) 31 maart 2016, ARO 2016/96 (*De Jong Holding*) en OK (raadsheer-commissaris) 13 juni 2016, ARO 2016/151 (*ZED+*). Ook besproken door E.M. Soerjatin, 'De raadsheer-commissaris in actie in het enquêterecht' in *Ondernemingsrecht* 2017/2 en door R. Verheggen, 'Ervaringen met de raadsheer-commissaris in het enquêterecht', in de Geschriften vanwege de *Vereniging Corporate Litigation* 2017-2018, p. 465-487.

¹¹¹ OK 16 oktober 2018, ARO 2019/17 (*DeSeizoenen*).

¹¹² OK (raadsheer-commissaris) 24 december 2018, JOR 2019/57 m.nt. R.M. Hermans (*Nijhuis Fabel*).

¹¹³ OK (raadsheer-commissaris) 23 april 2015, ARO/2015/124; OK (raadsheer-commissaris) 31 maart 2016, ARO 2016/55 (*Xeikon*).

onderzoeker bepaalt welke informatie hij dienstig acht ten behoeve van het onderzoek en degenen die bij de vennootschap zijn betrokken zijn verplicht hieraan hun medewerking te verlenen. Niet vereist is dat op voorhand vaststaat dat de gevraagde informatie relevant is. Een grond om de onderzoeker geen toegang te verlenen tot de gevraagde informatie kan zijn dat de onderzoeker zich daarmee buiten de grenzen van het gelaste onderzoek begeeft. Het verzochte bevel is verleend. De door de onderzoeker opgevraagde informatie gaat de grenzen van de onderzoeksopdracht niet te buiten. De raadsheer-commissaris overweegt dat hij '*bij gebreke van een daartoe strekkend verzoek van de onderzoeker nog geen aanleiding [ziet] om aan het bevel een dwangsom te verbinden*'. Dat de OK op verzoek een dwangsom kan opleggen aan een (bij wijze van onmiddellijke voorziening gegeven) bevel tot medewerking is al eerder gebleken.¹¹⁴ Ook de raadsheer-commissaris kan dit *op verzoek* doen. Hermans zet enkele vraagtekens bij onder meer de reikwijdte van het gegeven bevel. Wij verwijzen naar zijn noot bij deze beschikking.

Hoewel de door de raadsheer-commissaris gegeven bevelen in *SNS Reaal* dateren van februari 2019, besteden we daar, vanwege het belang voor de praktijk, enige aandacht aan.¹¹⁵ De desbetreffende beschikking zal in de volgende kroniek, verwachten wij, uitgebreid(er) besproken worden. De door de raadsheer-commissaris gegeven bevelen betreffen documenten ten aanzien waarvan door SNS Reaal een beroep op een afgeleid verschoningsrecht wordt gedaan. De beschikking maakt (in ieder geval) duidelijk dat de wettelijke bepalingen met betrekking tot het enquêterecht er niet toe strekken om in het kader van het onderzoek het verschoningsrecht van advocaten of notarissen buiten werking te stellen. Voorts blijkt dat het door een partij in de enquêteprocedure ingenomen standpunt ter zake van welke informatie een beroep op een afgeleid verschoningsrecht rechtvaardigt, niet aan rechterlijke toetsing is onttrokken.

3.9.6 Beëindiging onderzoek en procedure

In 2018 waren er 16 gevallen waarin de OK op verzoek van partijen het onderzoek (en de getroffen onmiddellijke voorzieningen) beëindigde. In de meeste van deze zaken gebeurde dat na een tussen partijen getroffen minnelijke regeling. In de gevallen waarin die regeling leidde tot intrekking van het verzoek heeft de OK de procedure beëindigd door – zoals gewoonlijk – de verzoeker niet ontvankelijk te verklaren. In de overige gevallen wees de OK een beschikking waarin de beëindiging werd vastgelegd (zonder niet ontvankelijk verklaring van de verzoeker). In 4 van de beëindigde zaken was de aanleiding een gebrek aan financiële middelen om zekerheid te stellen voor de kosten van het onderzoek, en de getroffen onmiddellijke voorziening te financieren.

3.9.7 Kosten onderzoek

Met grote regelmaat blijkt dat het door de OK vastgestelde maximumbedrag dat het onderzoek mag bedragen in de praktijk niet toereikend is om het onderzoek zoals gelast te verrichten. Verzoeken van de onderzoeker tot verhoging van de onderzoekskosten worden in de regel zonder veel omhaal toegewezen. Vermeldenswaardig in dit verband is *MKA Chirurgen* waarin de onderzoeker betrokken is geweest bij schikkingsonderhandelingen tussen partijen.¹¹⁶ Een van de partijen heeft bezwaar gemaakt tegen de door de onderzoeker gemaakte kosten die betrekking hebben op zijn bemiddelende rol. Dat zou niet ten laste van het onderzoeksbudget

¹¹⁴ OK 11 juli 2014, ARO 2014/139 (*Leaderland*).

¹¹⁵ OK (raadsheer-commissaris) 26 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:644 (*SNS Reaal*).

¹¹⁶ OK 26 maart 2018, ARO 2018/107 (*MKA Chirurgen*).

mogen komen. De OK heeft echter overwogen dat een uitsplitsing tussen kosten van bemiddeling en de onderzoekskosten – hoewel denkbaar – geen redelijk doel zou treffen, enerzijds omdat de partijen met de bemiddelende rol van de onderzoeker hebben ingestemd, en anderzijds omdat niet is gebleken dat de vennootschap niet bereid zou zijn om de daarmee gemoeide kosten niet te vergoeden.

Het komt voor dat een partij bezwaar maakt tegen het door de onderzoeker ingediende verzoek tot verhoging van het onderzoeksbudget.¹¹⁷ Bezwaren worden (meestal) wel gemotiveerd besproken maar in de regel verworpen. Zo ook in *Rabat Beheer* waarin onder meer bezwaar was gemaakt vanwege de timing van het verhogingsverzoek (na verzending van declaraties waarvan later bleek dat die niet meer uit het betaalde voorschot konden worden voldaan). De OK overwoog dat '*het in de rede [ligt] dat de onderzoeker, eerder dan hij thans heeft gedaan, om verhoging van het onderzoeksbudget vraagt, zodra hij voorziet dat het vastgestelde onderzoeksbudget niet toereikend is*'. Het verzoek is echter niet zodanig laat gedaan dat het niet meer behandeld kon worden. In *DeSeizoenen* menen enkele partijen dat de onderzoeker het onderzoek in minder uren moet kunnen verrichten dan de onderzoeker bij zijn verhogingsverzoek aangeeft, vanwege de beperkte reikwijdte van het onderzoek, en de beperkte omvang van de onderneming en haar financiële middelen. De OK verwijst naar de vrijheid van de onderzoeker, en overweegt: '*Bij de vaststelling van het onderzoeksbudget heeft de [OK] zich slechts een globaal beeld gevormd van een bedrag dat mogelijk toereikend zou kunnen zijn. De onderzoeker heeft, na inventarisatie van de te verrichten werkzaamheden, echter op voorhand voorzien dat hij zijn werkzaamheden niet zonder aanzienlijke overschrijding van dit budget zal kunnen verrichten*'. De OK wijst het verhogingsverzoek toe, na een globale beoordeling van het verzoek en de daaraan gehechte begroting.

In *Eneco* en *SNS Reaal* heeft de OK ter zake de onderzoekskosten een praktische aanpak gekozen. In plaats van in de toewijzende beschikking het onderzoeksbedrag vast te stellen, zijn de onderzoekers gevraagd om een plan van aanpak en een begroting van de onderzoekskosten te maken.¹¹⁸ Vervolgens zijn de partijen in de gelegenheid gesteld zich over de begroting uit te laten. Bij gebreke van een reactie van de partijen op de begroting van de onderzoekers, heeft de OK in *Eneco* vastgesteld dat deze begroting haar niet onredelijk voorkomt, en het onderzoeksbudget op die basis vastgesteld.¹¹⁹ *SNS Reaal* heeft enkele opmerkingen gemaakt bij het plan van aanpak van de onderzoekers in de *SNS Reaal* enquête. Deze betreffen de geringe inzet van secretarissen en de uurtarieven van de onderzoekers. Tegen de achtergrond van de vrijheid van de onderzoekers bij de inrichting en uitvoering van het onderzoek heeft de OK de keuze van de onderzoekers voor hun aanpak niet ontoelaatbaar geacht. Ten aanzien van hun uurtarieven heeft de OK vastgesteld dat deze haar niet onredelijk voorkomen, gezien de aard en omvang van de zaak en de te verrichten werkzaamheden, en de kennis en ervaring van de onderzoekers. De OK heeft het onderzoeksbudget op basis van de begroting van de onderzoekers vastgesteld.¹²⁰

¹¹⁷ Bijvoorbeeld: OK 27 juni 2018, ARO 2018/149, zie ook *JOR* 2018/245 (*DeSeizoenen*); OK 1 juni 2018, ARO 2018/147, zie ook *JOR* 2018/244 (*Rabat Beheer*). Gezamenlijk in één noot besproken door R.M. Hermans.

¹¹⁸ OK 18 juli 2018, ARO 2018/165, ook besproken in: *JOR* 2018/303 m.nt. D.-J.F.F.M. Duynstee; *Ondernemingsrecht* 2018/123 met commentaar van T. Salemink en F.C.A van de Bult (*Eneco*); OK 26 juli 2018, ARO 2018/168, r.o. 3.134, verder besproken in: *JOR* 2018/275 m.nt. S.M. Bartman (*SNS Reaal*).

¹¹⁹ OK 30 oktober 2018, ARO 2019/16 (*Eneco*).

¹²⁰ OK 7 november 2018, ARO 2019/28 (*SNS Reaal*).

Voor wat betreft het verhaal van de kosten van het onderzoek op de voet van artikel 2:354 BW verdient de beschikking van de Hoge Raad inzake *Leaderland* aandacht.¹²¹ De Hoge Raad bevestigt dat een veroordeling tot betaling van de kosten van het onderzoek ook kan worden uitgesproken tegen personen die geen formele functie binnen de vennootschap hadden. Waar eerder de '*strekking van het enquêterecht*' ten grondslag lag aan de door de Hoge Raad gesanctioneerde extensieve uitleg van artikel 2:346 BW,¹²² is het thans de '*strekking van artikel 2:354 BW*' die leidt tot een verruiming van de personen tegen wie een veroordeling tot betaling van de kosten van het onderzoek kan worden uitgesproken. Naar het oordeel van de Hoge Raad strookt het met de strekking van artikel 2:354 BW om deze bepaling van toepassing te achten op alle personen die '*in de sfeer van de rechtspersoon*' zijn opgetreden en verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het slecht functioneren van de rechtspersoon, ook zonder dat zij een formele verantwoordelijkheid droegen, met andere woorden de "feitelijke bestuurders". Dit arrest maakt een einde aan de onduidelijkheid die op dit punt bestond.¹²³ Wij zijn benieuwd wat de strekking van het enquêterecht of specifieke wetsartikelen de praktijk nog meer gaat brengen.

Eind 2018 heeft de OK de door de Hoge Raad in *Leaderland* gegeven ruimte nogmaals benut. In *Parlevliet* veroordeelde zij feitelijke beleidsbepaler E, met bestuurder en vertegenwoordiger van de prioriteitsaandeelhouder C, hoofdelijk om de onderzoekskosten aan verzoeker (niet: aan de vennootschap) te voldoen.¹²⁴ Sinds *Meavita* is het (definitief) mogelijk dat ook de verzoekers van de enquête kunnen verzoeken de door hen betaalde kosten van het onderzoek op de voet van deze bepaling te mogen verhalen.¹²⁵ In casu had de verzoeker de onderzoekskosten dan ook voorgeschoten, en kon hij het verzoek derhalve doen. Dat A op zijn beurt zelf het geld had geleend van een derde, deed daaraan niets af. Anders lag de situatie in *Xeikon*: daar had de vennootschap de onderzoekskosten geheel zelf gedragen, maar deed zij geen verzoek tot kostenverhaal.¹²⁶ De OK oordeelt dat deze omstandigheid niet rechtvaardigt dat verzoeker dan wel met succes een verzoek kan doen tot verhaal van de door *Xeikon* gemaakte onderzoekskosten. Het verzoek tot verhaal van onderzoekskosten wordt in *Loda Holding* conform de in *Meavita* geformuleerde maatstaf toegewezen.¹²⁷ In *DEM* werd tevergeefs om een veroordeling verzocht omdat het verzoek niet door DEM zelf, maar door de minderheidsaandeelhouder werd gedaan.¹²⁸ Ook in *Hepta G* strandde het verzoek, omdat het niet op de wet berustte.

3.10 Onmiddellijke voorzieningen

In het oog springende onmiddellijke voorzieningen trof de OK in *SRK*, *Nijhuis Fabel en Nordeongroup*. In *SRK* schortte de OK de rechtsgevolgen van opzeggingen van lidmaatschappen van de Vereniging door NN en Aegon op en bepaalde zij, in afwijking van

¹²¹ HR 13 april 2018, ARO 2018/52 (*Leaderland*); JOR 2018/171 m. nt. F.G.K. Overkleeft; NJ 2018/354 m. nt. P van Schilfgaarde en besproken door Broere in *Ondernemingsrecht* 2018/62.

¹²² HR 11 april 2014; ARO 2014/100 (*Slotervaartziekenhuis*); JOR 2014/259 m. nt. P.D. Olden; NJ 2014/296 m. nt. P van Schilfgaarde en HR 4 november 2016, ARO 2016/148 (*SNS Reaal*); JOR 2017/1 m. nt. Spruitenbergh; NJ 2017/74 m. nt. P. van Schilfgaarde.

¹²³ Zie voor die onduidelijkheid par. 2.9-2.19 van de conclusie van A-G Wesselink van Gent.

¹²⁴ OK 20 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4767, r.o. 4.1.4 (*Parlevliet*).

¹²⁵ HR 18 november 2016, ARO 2016/184; JOR 2017/30 m. nt. A. Hammerstein; NJ 2017/202 m. nt. P. van Schilfgaarde.

¹²⁶ OK 6 februari 2018, ARO 2018/85; JOR 2018/94 m. nt. M.W. Josephus Jitta en besproken door P.H.M.

Broere in *Ondernemingsrecht* 2018/62 (*Xeikon*).

¹²⁷ OK 7 september 2018, ARO 2018/210 (*Loda Holding*).

¹²⁸ OK 23 januari 2018, ARO 2018/61; JOR 2018/148 m. nt. J. De Bie Leuveling Tjeenk (*DEM*).

de statuten, dat bepaalde leden van de Vereniging rechtsgeldig hun lidmaatschap konden opzeggen tegen een bepaalde datum. Deze bijzondere onmiddellijke voorzieningen beoogden te voorzien in een *standstill* van zes maanden gedurende welke een minnelijke regeling kon worden beproefd en de eventuele uitvoering daarvan zou kunnen plaatsvinden.¹²⁹ In *Nijhuis Fabel* bepaalde de OK dat aan een contractuele bepaling tussen partijen, inhoudende dat het stemrecht op de aandelen in de vennootschap wordt toegekend aan een vruchtgebruiker, tijdelijk geen werking toekomt en dat de betreffende statutaire bepaling buiten werking is gesteld.¹³⁰ Daartoe overwoog de OK dat de, eveneens door haar bij wijze van onmiddellijke voorziening bepaalde overdracht ten titel van beheer, inhoudt dat ook het stemrecht op de desbetreffende aandelen aan de beheerder wordt overgedragen. Deze voorzieningen strekten ertoe dat dan ook te waarborgen. De casus in *Nordeongroup* hield in dat de vennootschap dringend behoefte had aan aanvullende financiering; onderhandelingen tussen aandeelhouders daarover leidden evenwel tot niets. Nadat tussen de aandeelhouders ter zitting overeenstemming was bereikt over een tijdelijke financiering, hebben zij de OK vervolgens gezamenlijk verzocht de voltallige raad van commissarissen te schorsen en een tijdelijke commissaris te benoemen. De OK wijst dit toe. Zij constateert dat de raad van commissarissen als orgaan niet functioneert, naar aannemelijk is als gevolg van de mate waarin de individuele leden daarvan zich identificeerden met de belangen van de aandeelhouders op wier voordracht zij benoemd waren.¹³¹

In *Mocoffee* bestonden ook financiële problemen, althans zo stelde de aandeelhouder die voorzieningen verzocht die een noodzaakfinanciering mogelijk moesten maken. Dat zou volgens hem moeten plaatsvinden via een emissie van aandelen, met uitsluiting van het voorkeursrecht, tegen een bepaalde uitgifteprijs, leidende tot een zodanig verwatering dat de verzoekende aandeelhouder de meerderheid zou verkrijgen. In lijn met vaste rechtspraak overweegt de OK dat de strekking van de verzochte voorzieningen en de mogelijk onomkeerbare wijziging van de vennootschappelijke verhoudingen als feitelijk gevolg daarvan op zichzelf niet aan toewijzing daarvan in de weg staan, maar wel nopen tot terughoudendheid.¹³² De OK wijst de verzoeken af, omdat (i) onvoldoende duidelijkheid bestaat over de financiële situatie; (ii) niet is gebleken dat de gewenste emissie de enige mogelijkheid was om nadere financiering te verkrijgen en (iii) onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de beoogde uitgifteprijs correspondeert met de huidige waarde van de onderneming.¹³³

Zeven keer schorste de OK bij wijze van onmiddellijke voorziening een of meerdere bestuurders van de vennootschap. In *Steelframe* schorste de OK een bestuurder die feitelijk had bewerkstelligd dat van de bank aangetrokken liquiditeiten aan de vennootschap werden onttrokken. Dit gebeurde middels een dividenduitkering, zonder dat een (deugdelijke) uitkeringstoets was gedaan.¹³⁴ In het geval van *Kaart in Actie* achtte de OK schorsing van een van de bestuurders gerechtvaardigd omdat hij beoogde de onderneming te beëindigen, terwijl deze naar het oordeel van de OK levensvatbaar was.¹³⁵ In *Aeon Plaza Hotel Holdings* motiveerde de OK de schorsing met het oordeel dat de bestuurder heeft ingestemd met een

¹²⁹ OK 31 oktober 2018, ARO 2019/4; JOR 2019/9, r.o. 5.9., m. nt. M.W. Josephus Jitta (SRK).

¹³⁰ OK 2 augustus 2018, ARO 2018/181, r.o. 3.12. (*Nijhuis Fabel*).

¹³¹ OK 21 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4730, r.o. 3.5. (*Nordeongroup*).

¹³² HR 25 februari 2011, ARO 2011/41; JOR 2011/115 m. nt. A. Doorman; NJ 2011/335 m. nt. P. van Schilfgaarde en de in r.o. 3.8 en 3.9. van dat arrest genoemde jurisprudentie (*Inter Access*).

¹³³ OK 26 juli 2018, ARO 2018/171, r.o. 3.5-3.7. (*Mocoffee*).

¹³⁴ OK 19 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4679, r.o. 3.6. (*Steelframe*).

¹³⁵ OK 17 oktober 2018, ARO 2018/4107 (*Kaart in Actie*),

potentieel schadelijke garantstelling door de vennootschap, zonder dat duidelijk is wat haar belang daarbij was en zonder oog te hebben gehad voor tegenstrijdige belangen die daarbij speelden.¹³⁶ In *Museum Hotel* is o.a. het aan de vennootschap ten laste brengen van privébestedingen redengevend voor de schorsing.¹³⁷ Met het instrument schorsing lijkt de OK ook met elkaar strijdende, over en weer verwijten makende bestuurders, in één keer uit elkaar te willen halen en zo te voorkomen dat hun strijd zijn weerslag op de vennootschap blijft houden. Zo schorste de OK in *Monitor Management* alle drie bestuurders omdat zij allemaal hun aandeel hebben gehad in de ontstane situatie.¹³⁸ In *O&T Kindercentra* heeft de ernstig verstoorde relatie tussen de bestuurders o.a. geleid tot onrust onder het personeel, waarop de OK hen beide schorste.¹³⁹ Twee keer schorste de OK een commissaris, in *Eneco*¹⁴⁰ en in *Baars Beheer*.¹⁴¹ In laatstgenoemde beschikking gaat de OK over tot schorsing, o.a. vanwege een door de commissaris gepleegde 'coup': terwijl een medecommissaris met vakantie was, heeft hij eigenmachtig het bestuur overvallen met een 'besluit van de raad van commissarissen' tot schorsing van het voltallige bestuur. In *Eneco* heeft de betrokken commissaris naar het oordeel van de OK er geen blijk van gegeven oog te hebben gehad voor de gevolgen van zijn optreden voor de verhoudingen tussen diverse *stakeholders*.

Kijkend naar (al) deze schorsingen zou men welhaast vergeten dat de OK met het treffen van onmiddellijke voorzieningen (feitelijk) ook nog rechtsbescherming aan bestuurders verleent, bijvoorbeeld in *DMBH Vastgoed*.¹⁴² De OK zag aanleiding een besluit tot ontslag van een bestuurder bij wijze van onmiddellijke voorziening te schorsen nu hij onvoldoende in de gelegenheid was gesteld om op enigerlei wijze zinvol invulling te geven aan zijn recht om als bestuurder op het voorgenomen ontslagbesluit te worden gehoord.

3.11 Tijdelijk benoemde functionarissen

3.11.1 Taakuitoefening tijdelijk benoemde functionarissen

Bij nagenoeg alle benoemingen van een tijdelijk bestuurder in 2018 is bepaald dat deze zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is, dat de vennootschap niet zonder deze bestuurder vertegenwoordigd kan worden, en dat de tijdelijk bestuurder een beslissende of doorslaggevende stem heeft.¹⁴³ Een enkele keer heeft de OK bij de benoeming van een tijdelijk bestuurder bepaald dat beslissingen omtrent bepaalde kwesties en bespreking van de door een partij opgeworpen vragen 'aan het beleid van de bestuurder worden overgelaten'.¹⁴⁴ In verschillende beschikkingen heeft de OK expliciet bepaald dat de tijdelijk bestuurder zich bij de uitoefening van zijn bestuurstaak naar eigen inzicht kan doen bijstaan door de zittende (al dan niet geschorste) bestuurders, op door de tijdelijk bestuurder te bepalen, nader te stellen voorwaarden.¹⁴⁵ Standaard staat in de beschikking dat de bestuurder het tot zijn taak

¹³⁶ OK 10 april 2018, ARO 2018/112 (*Aeon Plaza Hotel Holdings*).

¹³⁷ OK 27 september 2018, ARO 2018/197 (*Museum Hotel*).

¹³⁸ OK 6 april 2018, ARO 2018/110 (*Monitor Management*).

¹³⁹ OK 30 juli 2018, ARO 2018/172 (*O&T Kindercentra*).

¹⁴⁰ OK 18 juli 2018, ARO 2018/165; JOR 2018/303 m. nt. D.-J.F.F.M. Duynstee en besproken door T. Salemink en F.C.A. van de Bult in *Ondernemingsrecht* 2018/123 (*Eneco*).

¹⁴¹ OK 28 maart 2018, ARO 2018/108 (*Baars Beheer*).

¹⁴² OK 7 juni 2018, ARO 2018/140; JOR 2018/276 m. nt. M. Holtzer (*DMBH Vastgoed*).

¹⁴³ Zie voor het onderscheid het artikel van T. Salemink in *MvO* 2015, afl. 3/4, p. 62 e.v.

¹⁴⁴ OK 15 juni 2018, ARO 2018/142 (*Penn&Ink*).

¹⁴⁵ OK 30 juli 2018, ARO 2018/172 (*O&T Kindercentra*); OK 27 augustus 2018, ARO 2018/185 (*Hoeve Holland Holding*).

mag rekenen om een minnelijke regeling tussen de partijen te beproeven (of woorden van gelijke strekking).¹⁴⁶

In 2018 zijn enkele beschikkingen gegeven die instructies bevatten waarmee de OK wat meer sturing lijkt te geven aan de taakuitoefening van de tijdelijk functionaris. De formulering van deze instructies varieert en is de ene keer wat vrijblijvender dan de andere:

- '*De Ondernemingskamer kan zich voorstellen dat de te benoemen bestuurder door middel van een volmacht of procuratie een formele basis geeft aan de huidige positie van [naam] en [naam] (die thans, onbetwist, feitelijk leidinggeven aan de onderneming).*'¹⁴⁷

- '*De bestuurder mag het onder andere tot zijn taak rekenen de nodige maatregelen te treffen ter zake van de aanpassing van het salaris, het stoppen van privéonttrekkingen, en het terugdringen van de rekening-courantstand.*'¹⁴⁸

- '*De bestuurder mag het normaliseren van de betrekkingen tussen de aandeelhouders en de informatievoorziening aan de aandeelhouders [...] tot zijn taak rekenen.*'¹⁴⁹

- '*Deze benoeming heeft tot doel te bewerkstelligen dat onder leiding van deze functionaris de besprekingen over een regeling vlot worden getrokken en te bevorderen dat voor 1 januari 2019 een regeling wordt bereikt. De taak van de commissaris/bestuurder omvat het bepalen van scenario's die daarbij in aanmerking komen.*'¹⁵⁰

In 2018 heeft de OK zich over diverse ontheffingsverzoeken gebogen. De meeste verzoeken zijn ingediend door de tijdelijk functionaris zelf, bijvoorbeeld wegens persoonlijke omstandigheden,¹⁵¹ verblijf buiten kantoor,¹⁵² in verband met aanwijzing van een vereffenaar na ontbinding,¹⁵³ wegens faillissement van de vennootschap,¹⁵⁴ wegens liquidatie door de KvK,¹⁵⁵ of wegens verkoop van de dochtervennootschappen waarin de functionaris tijdelijk bestuurder was.¹⁵⁶ Ontheffing op eigen verzoek is in 2018 telkens toegewezen. Bij de beslissing weegt de OK mee of tegen dat verzoek verweer is gevoerd, of het de steun heeft van andere tijdelijke functionarissen die bij de betrokken rechtspersoon zijn benoemd (if any), en of er overigens van bezwaren is gebleken.

Bijzondere vermelding verdient *Hepta G*, waarin de OK zich tweemaal heeft gebogen over een ontheffingsverzoek. Eén keer ingediend door een belanghebbende partij,¹⁵⁷ en één keer ingediend door de tijdelijke functionaris zelf, die aanvankelijk als tijdelijk door de OK benoemde bestuurder van *Hepta G* optrad en na de ontbinding van de vennootschap door de OK tot vereffenaar is benoemd.¹⁵⁸ Het ontheffingsverzoek van de belanghebbende partij bevat verwijten aan de tijdelijk bestuurder over onder meer het niet betrekken van medebestuurders

¹⁴⁶ De door de Stichting Rimari geformuleerde Praktijktips voor OK-bestuurders nemen deze taak van de OK-bestuurder tot uitgangspunt (artikel 4.3), zie <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/praktijktips-voor-ok-bestuurders.pdf>. Salemink meent bij zijn bespreking van deze praktijktips in *Ondernemingsrecht* 2018/75 dat het streven naar een minnelijke regeling niet tot de primaire taak van de OK-bestuurder behoort en dat de OK-bestuurder daar terughoudend mee om moet gaan.

¹⁴⁷ OK 1 februari 2018, ARO 2018/90 (*Setay Beheer*).

¹⁴⁸ OK 22 maart 2018, ARO 2018/105 (*VDL Huizen Holding*).

¹⁴⁹ OK 5 juni 2018, ARO 2018/142 (*Penn&Ink*).

¹⁵⁰ OK 31 oktober 2018, ARO 2019/14, ook besproken in *JOR* 2019/9 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*SRK*).

¹⁵¹ OK 11 oktober 2018, ARO 2019/13 (*Jopben*).

¹⁵² OK 18 juni 2018, ARO 2018/145 (*DEM*); OK 18 juni 2018, ARO 2018/146 (*Aptitude Health*).

¹⁵³ OK 17 september 2018, ARO 2018/202 (*Leaderland*); OK 11 december 2018, ARO 2019/42 (*Nijhuis Fabel*).

¹⁵⁴ OK 7 juni 2018, ARO 2018/153 (*Penn&Ink*).

¹⁵⁵ OK 26 juli 2018, ARO 2018/174 (*New Look Holding*).

¹⁵⁶ OK 19 december 2018, ARO 2019/45 (*Pervasco*).

¹⁵⁷ OK 30 april 2018, ARO 2018/129, ook besproken in *JOR* 2018/213 m.nt. F. Eikelboom (*Hepta G*).

¹⁵⁸ OK 12 oktober 2018, ARO 2019/18 (*Hepta G*).

bij besluitvorming, het negeren van informatie die aan hem ter beschikking is gesteld, en betaling van zichzelf met voorrang ten koste van facturen van leveranciers. De beschikking bevat het bekende toetsingskader: terughoudendheid van de OK, met beoordeling van het verzoek in het licht van de taken van de bestuurder en de omstandigheden waaronder hij die taken dient te verrichten. Een verzoek tot ontheffing komt slechts voor toewijzing in aanmerking indien is gebleken dat de bestuurder kennelijk onredelijk heeft gehandeld of, naar redelijkerwijs is te verwachten, zal handelen. De OK heeft de verwijten beoordeeld mede in het licht van de '*problematische*' omstandigheden waaronder de bestuurder zijn taken moet uitoefenen (voortdurende ruzie tussen de aandeelhouders, de frequente afwezigheid van een medebestuurder en de financiële situatie van de vennootschap). De OK weerlegt de suggestie dat de tijdelijk bestuurder een belangenconflict heeft bij het niet-betalen van leveranciers met de vaststelling dat de bestuurder zijn taken verricht in het belang van de vennootschap en dat hij daarvoor een redelijke vergoeding mag ontvangen. Voorts stelt de OK vast dat de verwijten niet kunnen leiden tot toewijzing van het ontheffingsverzoek. Enkele maanden later, nadat de vennootschap na vastgesteld wanbeleid is ontbonden en de tijdelijk bestuurder tot vereffenaar is benoemd, blijkt de situatie voor de tijdelijk functionaris onhoudbaar. Op eigen verzoek wordt hij uit zijn functie ontheven en wordt een andere vereffenaar benoemd. De OK verwijst daarbij naar de '*deplorabele toestand*' waarin de vennootschap zich bevond ten tijde van de ontbinding na gebleken wanbeleid, die terug te voeren is op de verstoorde verhoudingen tussen partijen, en niet veroorzaakt is door de tijdelijke functionaris.

3.11.2 Kosten tijdelijk benoemde functionarissen

Een bijzondere kwestie die in 2018 tot twee beschikkingen van de OK heeft geleid, betrof een rechtspersoon die in 2001 door de OK was ontbonden, in 2011 was opgehouden te bestaan, en in 2015 herleefde na heropening van de vereffening. De door de OK in 1986 benoemde tijdelijk bestuurder/door de OK benoemde vereffenaar en de na de heropening van de vereffening door de rechtbank benoemde opvolgend vereffenaar hebben de OK in 2017 verzocht om een (voor zover het de werkzaamheden als tijdelijk bestuurder betrof: achterstallige) beloning toe te kennen. Het beloningsverzoek van de opvolgend vereffenaar is op grond van art. 2:23 lid 2 slot BW toegewezen.¹⁵⁹ Dat de opvolgend vereffenaar niet door de OK is benoemd staat daaraan niet in de weg, nu hij is benoemd in het kader van de heropening in 2015 van de door de OK in 2001 uitgesproken ontbinding. Het daaropvolgende verzoek om achterstallige beloning voor de tijdelijk bestuurder is afgewezen wegens rechtsverwerking. De OK achtte het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de door haar benoemde bestuurder in de gegeven omstandigheden alsnog aanspraak maakt op een vergoeding voor zijn werkzaamheden als bestuurder in 2001.¹⁶⁰

3.12 Voorzieningen na wanbeleid

Spectaculair zijn de (eind)voorzieningen die de OK in *Parlevliet* trof. Een hele reeks aan besluiten van de vergadering van de houders van prioriteits aandelen waarmee zij haar grip op de vennootschap en het bestuur verstevigde wordt door de OK vernietigd, omdat deze wanbeleid belichaamt. Het gaat o.a. om het besluit dat (i) de directie van de vennootschap geen handelingen mag doen en besluiten mag nemen buiten de nadrukkelijke schriftelijke toestemming van de prioriteitsaandeelhouder; (ii) de prioriteitsaandeelhouder bestuurders kan

¹⁵⁹ OK 2 februari 2018, ARO 2018/127 (*De Stefano Delft*).

¹⁶⁰ OK 20 juni 2018, ARO 2018/156 (*De Stefano Delft*).

ontslaan, gevolgd door een besluit tot ontslag en (iii) benoeming van een andere bestuurder. Het blijft niet bij deze clustervernietiging. De OK treft een voorziening die tot doel heeft de vennootschap de gelegenheid te bieden een einde te maken aan de overwegende invloed van de houder van de prioriteitsaandelen. Daartoe stelt de OK de bijzondere rechten die in de statuten worden verbonden aan de prioriteitsaandelen gedurende een periode van een jaar buiten werking. De OK legt een en ander op de stip voor A, de houder van de gewone aandelen, door te overwegen dat deze voorziening hem voldoende gelegenheid geeft de statuten van de vennootschap definitief te wijzigen, nu gedurende deze periode, in afwijking van de statuten, door de algemene vergadering van aandeelhouders een besluit tot wijziging van de statuten kan worden genomen zonder dat daartoe een voorstel van de vergadering van houders van prioriteitsaandelen is vereist.¹⁶¹

In *Xeikon* trof de OK geen enkele voorziening, hoewel haar is verzocht om alle besluiten tot decharge c.q. kwijting over de periodes waarin de OK wanbeleid heeft vastgesteld te vernietigen. Naar het oordeel van de OK is de enkele vaststelling van wanbeleid evenwel geen toereikende grond voor vernietiging van niet nader aangeduide dechargebesluiten. In *DEM* continueert de OK de eerder door haar getroffen onmiddellijke voorzieningen (tijdelijk bestuurder, overdracht ten titel van beheer en schorsing van de bestuurder). De minderheidsaandeelhouder had overigens primair het ontslag van de bestuurder van *DEM* verzocht. De OK wijst dat verzoek af, maar motiveert dat niet. In *Hepta G* ontsloeg zij de bestuurder, vanwege diens verantwoordelijkheid voor wanbeleid. In *Loda Holding* is debat gevoerd over de opvolging van de (later) bij wijze van eindvoorziening ontslagen bestuurder. Bijzondere omstandigheid in die zaak was dat de vennootschap geen activiteiten meer verrichtte. Slechts haar afwikkeling resteerde. De OK wees het verzoek van twee van de verzoekers tot benoeming van henzelf tot bestuurder af. De OK achtte een dergelijke voorziening niet in het belang van de vennootschap, reeds omdat een van de twee personen belast was met een persoonlijk tegenstrijdig belang vanwege een vordering die de vennootschap had op een aan hem gelieerde vennootschap. Ook bleek ter zitting dat tussen beide verzoekers onderling nog een geschil aangaande de waardering van de aandelen in *Loda Holding* bestond. De OK wijst het subsidiaire verzoek tot ontbinding van *Loda Holding* wel toe, iets wat zij ook deed in *Hepta G*. De OK motiveert dit in beide gevallen met nagenoeg gelijklopende bewoordingen. Steeds is er naar het oordeel van de OK geen enkel zicht op normalisering van de verhoudingen. Tweemaal onderzoekt de OK of een voldoende rechtens te respecteren belang zich tegen ontbinding verzet. Uit beide beschikkingen blijkt dat OK ruim aandacht heeft voor subsidiariteit en onderzoekt of een minder vergaande voorziening zicht op beëindiging van het wanbeleid brengt. De gebezigde bewoordingen duiden er volgens ons op dat ontbinding (nog steeds) een *ultimum remedium* is en gereserveerd blijft voor de echt uitzichtloze gevallen.

4. Materieel enquêterecht: gegronde redenen voor twijfel juist beleid of juiste gang van zaken

4.1 Discretionaire bevoegdheid OK en belangenafweging

Als de OK vaststelt dat er gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen kan zij een onderzoek gelasten, maar zij is daartoe niet verplicht. In 2018 heeft de OK enkele keren gegronde redenen aanwezig geacht maar toch geen

¹⁶¹ OK 20 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4767, r.o. 4.17 en 4.18 (*Parlevliet*).

onderzoek gelast.¹⁶² Een bijzonder voorbeeld is de zaak van de *DEM-dochters*, waarin de OK verzoeken tot het gelasten van een enquête en het treffen van onmiddellijke voorzieningen afwijst met een beroep op de zelfredzaamheid van verzoekster.¹⁶³ Moedermaatschappij *Deus ex Machina (D.E.M.) B.V.* (“DEM”), daarbij vertegenwoordigd door haar OK-bestuurder, diende een enquêteverzoek met een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in tegen 13 van haar dochtervennootschappen waarvan zij 99% van de aandelen houdt. De OK oordeelt dat sprake is van een onwerkbaar situatie, waarbij geen normale communicatie tussen de OK-bestuurder en de bestuurder van de DEM-dochters plaatsvindt, er van de zijde van DEM sprake is van een definitieve vertrouwensbreuk en een patstelling is ontstaan over de voortgang van door DEM gewenste ‘*business review*’ en de informatievoorziening met betrekking tot de besteding van de gelden aan een villa in Noordwijk door een van de DEM-dochters. Dit alles is naar het oordeel van de OK reeds voldoende voor de conclusie dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Toch wijst de OK de verzoeken af. Onder verwijzing naar diverse bevoegdheden die DEM op grond van de statuten van de onderscheiden DEM-dochters als 99% aandeelhouder feitelijk heeft (o.a. bijeenroeping algemene vergadering, schorsing bestuurder, wijziging statuten) oordeelt de OK in r.o. 3.10 dat het aan DEM zelf is om met gebruikmaking van de aan haar toekomende bevoegdheden een einde te maken aan twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken en tot een werkbaar situatie te komen. Tegen die achtergrond heeft DEM onvoldoende toegelicht waarom in plaats daarvan de OK zou moeten ingrijpen.

Ook een belangenafweging kan ertoe leiden dat de OK een enquêteverzoek afwijst ondanks gegronde twijfel aan de juistheid van het beleid. Verwerende partijen beroepen zich regelmatig op een gebrek aan belang bij de verzoeker, maar een dergelijk beroep wordt zelden gehonoreerd, zo blijkt bijvoorbeeld uit *DeSeizoenen*,¹⁶⁴ *Eneco*¹⁶⁵ en *SNS Reaal*.¹⁶⁶

4.2 Enkele opvallende uitspraken

Eneco is een van de schaarse enquêteprocedures die door een (centrale) ondernemingsraad (COR) is geëntameerd op basis van een door het bestuur contractueel verleend recht van enquête.¹⁶⁷ Aanleiding voor het enquêteverzoek is de verslechtering van de verhoudingen tussen de aandeelhouders (53 gemeenten), de raad van bestuur, de raad van commissarissen en de COR. Oorzaak: een verschil van inzicht over de wijze waarop de privatisering van *Eneco* moet worden vormgegeven. De aandeelhouders en *Eneco* (bestuur en commissarissen) zijn in toenemende mate tegenover elkaar komen te staan, wat volgens de OK op zichzelf al een gegronde reden is om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twifelen. Het gebrek aan samenwerking is uitgemond in de (dreiging met) opzegging van het vertrouwen van de aandeelhouders in de raad van commissarissen. De daaropvolgende mediation heeft de verhoudingen tussen de aandeelhouders en de raad van commissarissen hersteld, maar de verhouding tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen ernstig belast, omdat de mediation zonder betrokkenheid van de raad van bestuur plaatsvond, ook over

¹⁶² Bijvoorbeeld: OK 9 maart 2018, ARO 2018/104 (*Agora Shipping*); OK 9 oktober 2018, ARO 2019/5 (*HE Corporation*); OK 1 oktober 2018, ARO 2019/1 (*MTP*).

¹⁶³ OK 20 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4849 (*DEM-dochters*).

¹⁶⁴ OK 30 april 2018, ARO 2018/115, r.o. 3.37, JOR 2018/211, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*DeSeizoenen*).

¹⁶⁵ OK 18 juli 2018, ARO 2018/165, r.o. 3.46; verder besproken in: JOR 2018/165 m.nt. D.-J.F.F.M. Duynstee; *Ondernemingsrecht* 2018/123 met commentaar van T. Salemink en F.C.A van de Bult (*Eneco*).

¹⁶⁶ OK 26 juli 2018, ARO 2018/168, r.o. 3.111 e.v., verder besproken in: JOR 2018/275 m.nt. S.M. Bartman (*SNS Reaal*).

¹⁶⁷ OK 18 juli 2018, ARO 2018/165; verder besproken in: JOR 2018/165 m.nt. D.-J.F.F.M. Duynstee; *Ondernemingsrecht* 2018/123 met commentaar van T. Salemink en F.C.A van de Bult (*Eneco*).

onderwerpen die tot het bestuursdomein en niet tot het domein van de commissarissen behoren. Ook dit levert naar het oordeel van de OK gegronde twijfel aan de juistheid van het beleid op. Hetzelfde geldt voor de (medezeggenschapsrechtelijke) gang van zaken rondom het vertrek van de CEO en de benoeming van de nieuwe CEO. De OK heeft een onderzoek gelast in het bijzonder naar deze onderwerpen.

In *DeSeizoenen* waren aan de orde bezwaren van de cliëntenraad tegen de toelaatbaarheid en wenselijkheid van de structuur en de governance.¹⁶⁸ De zorg wordt verleend door DeSeizoenen. Het vastgoed waarin DeSeizoenen is gevestigd is eigendom van een (zuster) vastgoed B.V. waaraan DeSeizoenen huur betaalt, en onder andere DeSeizoenen heeft geld geleend aan de vastgoed B.V. om het desbetreffende vastgoed in 2016 te verwerven. DeSeizoenen neemt voorts diensten af van een (zuster) diensten B.V. Ten tijde van de besluitvorming over deze structuur waren de oprichters/(indirect) grootaandeelhouders van DeSeizoenen commissaris bij de moeder van DeSeizoenen, en twee medeaandeelhouders in die moeder vormden het bestuur van zowel de moeder en DeSeizoenen als van de vastgoed B.V. en de diensten B.V. De OK zag in de huidige situatie van DeSeizoenen geen grond voor de vrees van de cliëntenraad dat publieke middelen (bedoeld voor de zorg) via deze constructie 'weglekken'. Wel plaatste de OK vraagtekens bij (het proces van) de besluitvorming in het verleden waarbij de constructie - met verwevenheid van functies en belangen bij de (indirect) aandeelhouders van DeSeizoenen - tot stand is gekomen. Met het oog op de diverse belangen lag er, aldus de OK, bij uitstek een rol voor de onafhankelijke leden van de raad van commissarissen, maar niet gebleken is dat deze onafhankelijke posities hebben ingenomen of dat bijzondere waarborgen zijn getroffen. Het faciliteren van de vastgoedconstructie, en het in verband daarmee aangaan van de huur- en leningsovereenkomsten levert onder de geschetste omstandigheden gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen.

SNS Reaal heeft inmiddels al vele pennen in beweging gebracht, reden waarom wij het hier kort houden.¹⁶⁹ De overname van Property Finance zelf vormt geen gegronde reden om te twijfelen aan juist beleid. Met name het beleid met betrekking tot Property Finance na de overname is het centrale element in de beschikking. Er bestonden diverse *red flags*, waaronder de omvang van Property Finance in relatie tot het gehele concern, die een bijzondere zorgvuldigheid eisten. Desondanks vertoonde met name de risicobeheersing van de vastgoedportefeuille aanzienlijke gebreken en is, ondanks verslechterende marktomstandigheden, te laat ingegrepen in de groeistrategie. Voorts was er een gebrek aan inzicht in de aan Property Finance verbonden risico's en mogelijke consequenties van die risico's voor de continuïteit van het concern als geheel. Dit vormt de kern van het onderzoek, naast andere onderwerpen.

SRK verleent rechtsbijstand aan verzekerden van bij haar aangesloten verzekeringsinstellingen, waaronder Nationale Nederlanden ("NN"). Laatstgenoemde is in verband hiermee lid van de Vereniging. SRK is in verregaande mate van NN afhankelijk, omdat NN goed is voor 70% van het werk. NN, en in haar kielzog Aegon (die 20% van het werk verschaft), gaan evenwel over tot opzegging van hun lidmaatschap van voormelde vereniging, feitelijk tot gevolg hebbende dat zij geen gebruik meer zullen maken van SRK. Die

¹⁶⁸ OK 30 april 2018, ARO 2018/115, r.o. 3.37, JOR 2018/211, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*DeSeizoenen*).

¹⁶⁹ OK 26 juli 2018, ARO 2018/168; JOR 2018/275, m. nt. S.M. Bartman en besproken door F. Eikelboom in *Ondernemingsrecht* 2019/41 (*SNS Reaal*).

opzeggingen hebben aldus ingrijpende gevolgen voor de continuïteit van SRK, gelet op de sterke afhankelijkheid van SRK van deze opdrachtgevers. NN heeft naar het oordeel van de OK ten onrechte nagelaten in haar besluitvorming over haar terugtreden uit SRK en de gevolgen daarvan, de voor haar kenbare belangen van SRK en de overige deelnemers betrokken.¹⁷⁰ Dit vormt een gegronde reden om te twijfelen aan juist beleid en een juiste gang van zaken.

5. Materieel enquêterecht: wanbeleid

In de kroniekperiode is 6 keer aan de OK de vraag voorgelegd of sprake is van wanbeleid en zo ja wie daarvoor verantwoordelijk was. Vijf keer stelt de OK wanbeleid vast. In 3 gevallen is het wanbeleidsoordeel onder meer gestoeld op de wijze waarop is omgegaan met tegenstrijdige belangen, te beginnen met *Xeikon*.¹⁷¹ Het gedurende de onderzoeksperiode beursgenoteerde *Xeikon* heeft in 2008 in strijd met de kredietvoorwaarden aanzienlijke bedragen naar haar moeder Punch International *ge-upstreamed*. Wanneer de RvC dit ontdekt, blijkt Punch International de lening slechts terug te kunnen betalen middels overdracht van enkele *assets* (een vordering op en aandelen in vastgoedbedrijf Accentis). De *assets* zijn in 2013 terugverkocht aan Punch International, en vormen de inzet van een geschil met de minderheidsaandeelhouders van *Xeikon*. Zij menen dat *Xeikon* de *assets* in 2008 voor een te hoog bedrag van haar moeder heeft verworven en in 2013 voor een te laag bedrag aan haar moeder heeft verkocht, en dat zich tegenstrijdige belangen voordeden bij bestuurders en commissarissen van *Xeikon*. De OK oordeelt dat bij de besluitvorming van beide transacties sprake is van wanbeleid en houdt een aantal voormalig bestuurders en commissarissen daarvoor verantwoordelijk. *Xeikon* bevat ten slotte ook een procesrechtelijk element: artikel 283 jo. 130 Rv is ook van toepassing op de tweede fase procedure, hetgeen betekent dat de vermeerdering van de grondslag van het verzoek tot vaststelling van wanbeleid toelaatbaar is tenzij die vermeerdering in strijd komt met de goede procesorde. In casu achtte de OK de vermeerdering toelaatbaar. Tegen de beschikking is cassatieberoep ingesteld.

Ook in *Energie Concurrent* speelden volgens de OK evident tegenstrijdige belangen bij het bepalen van het beleid van de vennootschap ten aanzien van eventuele regresvorderingen van de vennootschap op haar bestuur.¹⁷² De OK toetst het doen en laten van het bestuur op dit punt zowel aan '*de wettelijke voorschriften inzake tegenstrijdig belang*' als '*de in artikel 2:8 BW besloten liggende norm*.' De omstandigheid dat discussies tussen de aandeelhouders op dit punt uiteindelijk niet tot een unanieme visie leidden, brengt volgens de OK mee dat het bestuur maatregelen gericht op het neutraliseren van dat tegenstrijdig belang had moeten treffen. Het bestuur trof die maatregelen niet, maar dat levert volgens de OK in dit geval nog geen wanbeleid op. Besluitvorming ter zake de regresvorderingen lag nog niet concreet voor. Wel geeft de OK de vennootschap nog een concrete instructie mee voor de toekomst: komen de aandeelhouders niet unaniem tot het te voeren beleid, dan dient het bestuur te voorzien in een adequate voorziening, bijvoorbeeld door de benoeming van een onafhankelijke derde in de rol van commissaris die de bevoegdheid krijgt daarover te beslissen.

¹⁷⁰ OK 31 oktober 2018, ARO 2019/4; JOR 2019/9 m. nt. M.W. Josephus Jitta (SRK).

¹⁷¹ OK 6 februari 2018, ARO 2018/85; JOR 2018/62 m. nt. M.W. Josephus Jitta en besproken door P.H.M. Broere in *Ondernemingsrecht* 2018/62 (*Xeikon*).

¹⁷² OK 15 juni 2018, ARO 2018/152 (*Energie Concurrent*).

Waar het wanbeleidsoordeel inzake *Xeikon* aldus berustte op de gang van zaken rondom meerdere transacties, rechtvaardigde de gang van zaken rondom een enkele uitgifte van aandelen *DEM* al het oordeel wanbeleid.¹⁷³ In het kader van een managementparticipatieplan had de enige bestuurder tevens (indirect) grootaandeelhouder van *DEM* middels een statutenwijziging de bevoegdheid gekregen met uitsluiting van het voorkeursrecht van de minderheidsaandeelhouder aandelen uit te geven. Kern van het wanbeleidsoordeel is dat de bestuurder niet aan andere managers van *DEM* in het kader van het managementparticipatieplan aandelen uitgaf, maar aan (indirect) zichzelf bij wijze van een beloning voor zijn prestaties en met een forse verwatering van de minderheidsaandeelhouder in diens gewone aandelen tot gevolg. Naar het oordeel van de OK heeft de bestuurder hiermee oneigenlijk gebruik gemaakt van zijn verkregen bevoegdheid tot uitgifte van aandelen. De bestuurder had zich de vraag moeten stellen of de (mate van) verwatering ten opzichte van de minderheidsaandeelhouder verantwoord en proportioneel was, te meer nu een belangenconflict bestond omdat de bestuurder (indirect) aan zichzelf aandelen had uitgegeven. Uit de beschikking blijkt overigens dat de door de OK aangestelde onderzoeker van oordeel was dat het stelselmatig niet publiceren het enige punt van onderzoek betrof '*waarop het predicaat "wanbeleid" niet zou misstaan.*' Aldus bevestigt *DEM* maar weer eens dat de OK niet aan het oordeel van de onderzoeker is gebonden.¹⁷⁴

Het laten prevaleren van persoonlijke belangen van de bestuurder boven die van de vennootschap vormt in *Loda Holding* de belangrijkste grond voor wanbeleid.¹⁷⁵ Reeds in 2011 had *Loda Holding* haar belangen in al haar dochtervennootschappen verkocht aan een vennootschap waarvan de bestuurder van *Loda Holding* de uiteindelijk belanghebbende was. De verschuldigde koopprijs bleef als lening verschuldigd. De bestuurder heeft evenwel nagelaten (i) een ter zake deze lening overeengekomen pandrecht te vestigen; (ii) ervoor zorg te dragen dat de vordering uit hoofde van de geldlening opeisbaar werd; (iii) maatregelen ter incasso te nemen. Dit alles kwalificeert als wanbeleid, waarvoor de bestuurder verantwoordelijk wordt gehouden.

In familievete *Parlevliet* is het wanbeleidsoordeel in de kern gegrond op de wijze waarop de enig prioriteitsaandeelhouder ("PPB", vertegenwoordigd door "C", gedurende enige periode ook bestuurder van de vennootschap) haar toch al verstrekkende grip op de vennootschap heeft verstevigd. Enig houder van de gewone aandelen, A, is de broer van C. De statuten van de vennootschap schrijven onder meer voor dat (i) bestuurders worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders, op bindende voordracht van de vergadering van houders van prioriteitsaandelen; (ii) het bestuur voor een aantal besluiten, waaronder het verrichten van rechtshandelingen waarvan de waarde of het bedrag een door de vergadering van houders van prioriteitsaandelen te bepalen bedrag te boven gaat, goedkeuring van de vergadering van prioriteitsaandeelhouders behoeft en (iii) dat besluiten tot wijziging van de statuten kunnen worden genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders, op voorstel van de vergadering van houders van prioriteitsaandelen. Vervolgens heeft de prioriteitsaandeelhouder middels een aantal besluiten de bevoegdheid van de bestuurder tot nihil gereduceerd, het handelen van de bestuurder aan volledige controle onderworpen en bepaalde niet aan de prioriteitsaandeelhouder toekomende bevoegdheden – zoals de bevoegdheid tot ontslag van bestuurders – naar zich toe getrokken. Daarnaast was de

¹⁷³ OK 23 januari 2018, *ARO* 2018/61; *JOR* 2018/148 m. nt. J. De Bie Leuveling Tjeenk (*DEM*).

¹⁷⁴ HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671 m. nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 1997/82 m. nt. F.J.P. van den Ingh (*Text Lite*).

¹⁷⁵ OK 7 september 2018, *ARO* 2018/210 (*Loda Holding*).

weigering van bestuurder C om enig houder van de gewone aandelen A informatie verstrekken, alsook de gang van zaken rondom de betaling van een factuur door de vennootschap waarmee ten onrechte kosten in rekening werden gebracht, grond voor wanbeleid.¹⁷⁶ De OK acht voor dit wanbeleid in de eerste plaats C verantwoordelijk, die van 21 mei 2015 tot 23 november 2016 enig bestuurder van de vennootschap was en vanaf 21 mei 2015 tevens enig bestuurder van PPB, de houder van de prioriteitsaandelen. De OK houdt "E", de vader van A en C, ook verantwoordelijk voor het wanbeleid als feitelijke beleidsbepaler. Dat oordeel grondt de OK o.a. op de omstandigheid dat (i) C, de eigenlijke bestuurder (21 jaren jong) geringe kennis en ervaring had op het punt van het besturen van een vennootschap en (ii) C, vrijwel direct nadat zij bestuurder werd, E machtigde om namens haar haar bestuursbevoegdheden in volle omvang uit te oefenen.¹⁷⁷

Ook in *Hepta G* houdt de OK een titulair financieel directeur, met de statutair bestuurder, verantwoordelijk voor wanbeleid. Dat wanbeleid was o.a. aanwezig nu (i) het gedurende de hele onderzoeksperiode aan een deugdelijke (financiële) administratie had ontbroken; (ii) geen jaarrekeningen zijn opgemaakt en geen aangifte vennootschapsbelasting was gedaan. De OK overwoog dat hij verantwoordelijk was voor de financiële gang van zaken, de administratie en het opstellen van de jaarrekeningen.¹⁷⁸ In *DEM* kwalificeert de OK het stelselmatig niet publiceren van jaarrekeningen als wanbeleid, begrijpelijkerwijs wederom met een zeer korte motivering. Uit de beschikking blijkt dat DEM dit bewust deed, opdat concurrenten geen inzicht in haar financiële positie verkregen.

De in de kroniekperiode gegeven wanbeleidsbeschikkingen maken duidelijk dat procesgedrag van de vennootschap alleen in zeer extreme gevallen wanbeleid kan zijn. In *Energie Concurrent* oordeelt de OK dat het gebruikmaken van de toegang tot de rechter in het algemeen niet snel als wanbeleid aan te merken zal zijn.¹⁷⁹ Onder verwijzing naar het recht op toegang tot de rechter overweegt de OK dat het procesgedrag van DEM in o.a. een tussen haar minderheidsaandeelhouder aanhangige uittredingsprocedure – hoewel zij daarin naar het oordeel van de OK grenzen had opgezocht – niet als wanbeleid kwalificeert. Dit oordeel in *DEM* grondt de OK op de terughoudendheid die zij, zo vindt zij zelf, bij de beoordeling op dit punt in acht moet nemen. Deze (vaste) rechtspraak van de OK strookt met de hoge drempel die geldt voor het aannemen van misbruik van procesrecht.¹⁸⁰

In zowel *DEM*, *Hepta G*, *Loda Holding*, *Energie Concurrent* en *Parlevliet* speelt de vraag of gedragingen (i) in het schemergebied gelegen tussen de mondelinge behandeling en vóór de beschikking in de eerste fase en in (ii) de periode na de eerste fase beschikking als wanbeleid konden worden aangemerkt en of deze wel voldoende grondslag hadden in het onderzoeksverslag. Zo werd in *DEM* gesteld dat de vennootschap zich aan wanbeleid schuldig had gemaakt door de positie van de aanvankelijk door de OK benoemde bestuurder te ondermijnen. Hoewel de OK in een eerdere onherroepelijke eerste fase beschikking de bestuurder had geschorst omdat diens opstelling de positie van de OK-bestuurder inderdaad had 'ondermijnd',¹⁸¹ maakte het punt van de ondermijning geen deel uit van het door de

¹⁷⁶ OK 20 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4767, r.o. 4.7 en 4.9 (*Parlevliet*).

¹⁷⁷ OK 20 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4767, r.o. 4.12 en 4.13 (*Parlevliet*).

¹⁷⁸ Ok 2 mei 2018, ARO 2018/130; JOR 2018/241 m. nt. P.D. Olden, r.o. 5.12 (*Hepta G*).

¹⁷⁹ OK 15 juni 2018, ARO 2018/152 (*Energie Concurrent*).

¹⁸⁰ HR 6 april 2012, NJ 2012/233 (*Achmea*).

¹⁸¹ OK 28 april 2016, ARO 2016/117; JOR 2016/302 m. nt. C.D.J. Bulten (*DEM*).

onderzoeker verrichte onderzoek en kon het volgens de OK om die reden niet tot het oordeel wanbeleid leiden. Deze motivering duidt op een strikte toepassing van art. 2:355 BW en de daaraan door de Hoge Raad gegeven uitleg.¹⁸² In *Hepta G* overwoog de OK evenwel dat aan het oordeel wanbeleid bijdroeg dat één van de betrokkenen het ertoe had geleid dat de door de OK benoemde bestuurder werd uitgeschreven uit het handelsregister, terwijl uit de beschikking niet valt af te leiden dat dit punt deel uitmaakte van het door de onderzoeker verrichte onderzoek. In *Loda Holding* oordeelde de OK dat aan het oordeel wanbeleid bijdroegen de gedragingen van de bestuurder ná de zitting in de eerste fase, waaronder ook het overboeken van nagenoeg het volledige banksaldo van de vennootschap voorafgaand aan de uitspraak in de eerste fase. Iets soortgelijks gebeurde in *Energie Concurrent*: na de mondelinge behandeling van het eerste fase verzoek en vlak voor de beschikking in de eerste fase ontrok een bestuurder nagenoeg alle liquiditeiten aan de vennootschap. Daarin zag de OK een voorbereidingshandeling voor mogelijk feitelijk machtsmisbruik van de bestuurder. Een grond voor wanbeleid is dat evenwel niet, omdat de door de OK-benoemde bestuurder op andere wijze liquiditeiten had gearrangeerd. In *Parlevliet* stelt de OK voorop dat waar ter ondersteuning van het wanbeleidsverzoek een beroep is gedaan op feiten en omstandigheden die dateren van na de eerste fase beschikking, deze buiten de onderzoeksperiode vallen en bij de beoordeling slechts een rol kunnen spelen voor zover zij nader licht werpen op hetgeen in de onderzoeksperiode is voorgevallen.

6. Varia

Vanwege de vaak moeilijke en litigieuze omstandigheden waarin zij opereren, moest het er een keer van komen: een vonnis waarin wordt geoordeeld over de aansprakelijkheid van een OK-bestuurder en beheerder jegens twee aandeelhouders van een inmiddels gefailleerde vennootschap.¹⁸³ De rechtbank Midden-Nederland wijst de vorderingen van de aandeelhouders af, kort gezegd omdat de OK-functionarissen geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van een veronderstellenderwijs aangenomen schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm ten opzichte van de eisende aandeelhouders. Terecht heeft de rechtbank oog voor de moeilijke en litigieuze omstandigheden waarin deze OK-functionarissen hebben moeten opereren, getuige de wat ons betreft treffende overweging dat aannemelijk is geworden dat de OK hen '*feitelijk in een wespennest [heeft] gear parachuteerd waarin in een zeer kort tijdbestek daadkrachtig moest worden gehandeld.*' Onder die omstandigheden valt hen van hun handelen geen ernstig verwijt te maken. Van belang is dat de rechtbank dezelfde aansprakelijkheidsnorm voor OK-functionarissen (dus ook voor de beheerder) hanteert als voor gewone bestuurders (die van ernstig persoonlijk verwijt). Zij beslecht daarmee voorlopig het daarover in de literatuur gevoerde debat. Door sommigen is bepleit dat voor OK-functionarissen een hogere maatstaf voor aansprakelijkheid zou moeten gelden.¹⁸⁴

Inzake *Avinco* hebben (verschillende) voorzieningenrechtters in de rechtbank Amsterdam twee vermeldenswaardige vonnissen gewezen. De eerste dateert van 20 februari 2018 en is bepaald creatief te noemen.¹⁸⁵ De voorzieningenrechter treft namelijk typische

¹⁸² HR 17 september 2000, *JOR* 2000/217 (*Gucci*) en HR 18 april 2003, *JOR* 2003/110 (*RNA*).

¹⁸³ Rechtbank Midden-Nederland 5 december 2018 ECLI:NL:RBMNE:2018:5864; *JOR* 2019/53 m. nt. T. Salemink (*OK-functionarissen*).

¹⁸⁴ Zie par. 4 van de annotatie van T. Salemink onder *JOR* 2019/53.

¹⁸⁵ Voorzieningenrechter rechtbank Amsterdam 20 februari 2018, *JOR* 2018/118 m. nt. P.J. Van der Korst

'enquêterechtelijke' 'onmiddellijke voorzieningen': (i) tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer en (ii) benoeming van een tijdelijk bestuurder. De achtergrond: in een daarvoor gegeven beschikking had de OK met toepassing van artikel 2:349a lid 3 BW bepaald dat de door de grootaandeelhouder in de vennootschap gehouden aandelen ten titel van beheer werden overgedragen.¹⁸⁶ In de daarop gegeven beschikking op het enquêteverzoek beoordeelde de OK een onderzoek naar het niet goed functioneren van de algemene vergadering echter als "niet opportuun". De reden: de oorzaak van dat disfunctioneren was namelijk dat onduidelijkheid bestond over de bevoegdheid de grootaandeelhouder te vertegenwoordigen in de algemene vergadering, terwijl beantwoording van die vraag procedures in verschillende jurisdicties vergde waardoor een enquête in Nederland op dit punt naar alle waarschijnlijkheid geen duidelijkheid kon scheppen. De OK wees het verzoek tot het gelasten van een onderzoek om die reden af. Gevolg daarvan was dat de OK de getroffen onmiddellijke voorzieningen weer moest opheffen.¹⁸⁷ Dat de OK het verzoek aldus afwees en tot opheffing overging om "technische" redenen is voor de voorzieningenrechter redengevend om deze "voorzieningen" opnieuw te "treffen". Daarbij was ook van belang dat de trustbestuurder van de vennootschap zich had teruggetrokken, juist vanwege de onduidelijkheid omtrent de bevoegdheid de grootaandeelhouder in de algemene vergadering te vertegenwoordigen. Hier tekent zich af dat de voorzieningenrechter, anders dan de OK, niet wordt beperkt in het treffen (hier: feitelijk continueren) van voorzieningen door de vraag of het eigenlijke enquêteverzoek kan worden toegewezen of niet. In tweede vonnis in kort geding inzake *Avinco*, oordeelt de voorzieningenrechter dat de in het eerste kort geding vonnis benoemde beheerder niet mede de bevoegdheid heeft deze aandelen op zijn beurt aan een derde in eigendom over te dragen, uitzonderingen onder zeer bijzondere omstandigheden daargelaten.¹⁸⁸ Kort nadat dit vonnis in kort geding werd gewezen, beantwoordde de rechtbank Noord-Holland in een andere kwestie de specifieke vraag of de door de OK benoemde beheerder van aandelen de door hem beheerde aandelen kan overdragen (eveneens) ontkennend.¹⁸⁹ Voor zover wij weten is dit de eerste keer dat expliciet wordt geoordeeld over de vraag of een OK-beheerder bevoegd is tot overdracht van door hem beheerde aandelen. Met de beheerder oordeelt de rechtbank dat overdracht van de aandelen door de beheerder zonder meer in strijd is met het tijdelijk karakter van de voorziening. Een op de voet van artikel 118 Rv ingestelde vordering tegen de beheerder, kort gezegd strekkende tot overdracht van aandelen na het onherroepelijk worden van het in die zaak mede tegen hem te wijzen uitstotingsvonnis, wijst zij toe. Dit oordeel van de rechtbank, gegrond op uitgebreide en interessante beschouwingen omtrent de taakstelling van de OK-beheerder, is in overeenstemming met de heersende leer. Datzelfde geldt voor het tweede vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam.¹⁹⁰ De vonnissen zijn van belang voor de praktijk. Daarin kan immers de vraag opkomen hoe moet worden omgegaan met een vonnis waarbij, al dan niet in het kader van een aanhangige uittredings- of uitstotingsprocedure, een veroordeling tot overdracht en/of overname van aandelen is uitgesproken, terwijl de aandelen bij wijze van ten titel van beheer zijn overgedragen. Wil men

(*Avinco III*).

¹⁸⁶ OK 24 november 2016, ARO 2017/55 (*Avinco I*).

¹⁸⁷ OK 6 oktober 2017, ARO 2018/10 (*Avinco II*).

¹⁸⁸ Voorzieningenrechter rechtbank Amsterdam 26 oktober 2018, JOR 2019/5 m. nt. F. Eikelboom (*Avinco IV*).

¹⁸⁹ Rechtbank Noord-Holland 5 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10629 (*Bloembollenbedrijf P.H. Brouwer*).

¹⁹⁰ Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/808; C.D.J. Bulten in haar annotatie onder rechtbank Amsterdam 6 januari 2016, JOR 2016/120; conclusie A-G Timmerman bij HR 23 maart 2012, JOR 2012/141 (*e-Traction*); M.W. Josephus Jitta in *Ondernemingsrecht* 2016/95.

een dergelijk vonnis in die situatie tenuitvoerleggen, dan dient de voorziening (in zoverre) te worden opgeheven, of moet de beheerder zelf (al dan niet op de voet van artikel 118 Rv) worden veroordeeld tot overdracht. Denkbaar is ook dat de OK zelf toestemming geeft voor de (voorgenomen) overdracht.

Als toegift wijzen wij nog op het incidentele arrest van de OK inzake *DEM*.¹⁹¹ Naast de enquêteprocedure betreffende *DEM* liep ook een uittredingsprocedure ex artikel 2:343 BW waarin de minderheidsaandeelhouder van DEM en diens meerderheidsaandeelhouder uittreding vorderde. Op dezelfde dag waarop de OK de wanbeleidsbeschikking gaf, wees zij ook een incidenteel arrest in het hoger beroep van de uittredingsprocedure. In dat incidenteel arrest schorste zij op de voet van artikel 351 Rv de tenuitvoerlegging van een eindvonnis waarbij DEM en de meerderheidsaandeelhouder op de voet van artikel 2:343 BW waren veroordeeld tot overname van de aandelen van de minderheidsaandeelhouder.¹⁹² De OK grondt deze schorsing o.a. op de omstandigheid dat juist uit het onderzoeksverslag dat in de enquêteprocedure was opgemaakt en gedeponereerd nieuwe feiten en omstandigheden waren gebleken die, zowel in omvang als betekenis, een nieuw licht op de in de uittredingsprocedure van belang zijnde rechtsverhouding tussen partijen wierpen. Hoewel de OK bij beschikking van diezelfde dag op verzoek van de minderheidsaandeelhouder aldus wanbeleid bij DEM vaststelde,¹⁹³ betekende dat dus nog niet dat de minderheidsaandeelhouder het toewijzende eindvonnis ten uitvoer mocht leggen en reeds mocht uittreden. Per saldo kon de minderheidsaandeelhouder het voor hem gunstige uittredingsvonnis niet tenuitvoerleggen vanwege nieuwe feiten en omstandigheden die juist in door hemzelf verzochte enquêteprocedure aan het licht waren gekomen. Het verloop der dingen in *DEM* legt wat ons betreft bloot dat het entameren van een enquêteprocedure ook voor verzoeker risico's met zich brengt, niet in de laatste plaats het risico op een flinke *backfire* en verlies van controle. Enquêteuren blijft dus riskeren.

¹⁹¹ OK 23 januari 2018, *ARO* 2018/67; *JOR* 2018/149 (*DEM*) m. nt. J. de Bie Leuveling Tjeenk.

¹⁹² Rechtbank Noord-Holland 24 mei 2017; *JOR* 2017/313 (*DEM*) m. nt. C.D.J. Bulten.

¹⁹³ OK 23 januari 2018, *ARO* 2018/61; *JOR* 2018/148 (*DEM*) m. nt. J. de Bie Leuveling Tjeenk.