

KRONIEK ENQUÊTERECHT 2003: WIE GAAT ER IN HET (HOENDER)HOK: DE KNUPPEL OF DE OK?

1. Inleiding

In het afgelopen jaar werd de Ondernemingskamer opnieuw als toevluchtsoord beschouwd door vele bij de onderneming betrokken partijen. Die functie is ook waar-gemaakt getuige de creatieve wijze waarop met de in art. 2:346 BW neergelegde bevoegdheidseis wordt omgaan' en de aanhoudend soepele toepassing van art. 2:349 BW.² Aan de drie typen enquêtes die Hermans heeft onderscheiden³ kan voorts mijns inziens een vierde categorie worden toegevoegd: de dwangenquête. Een eenmaal toe-gewezen enquête blijkt regelmatig het laatste duwtje in de rug van partijen om tot een minnelijke regeling te komen. De onderzoeker krijgt in dat kader meer dan eens de opdracht mee om een oplossing te beproeven. Dat dit zijn vruchten afwerpt blijkt uit het feit dat in 2003 een aanzienlijk aantal van de aanhangige procedures werd beëin-digd in verband met het bereiken van een oplossing.⁴ Naast de aanduidingen dienst-maagd⁵ en slangenmens⁶ verdient de Ondernemingskamer daarom tevens de koos-naam 'troubleshooter'.

Dorresteyn bestempelde 2002 tot het jaar van de *beperking* voor wat betreft het enquêterecht.' Het afgelopen jaar liet dezelfde trend zien ten aanzien van de invulling van het begrip wanbeleid. In paragraaf 7 van deze bijdrage ga ik in op een aantal wan-beleidsbeschikkingen van de Ondernemingskamer die de cassatietoets niet hebben doorstaan.

Degenen die de (niet eerder vertoonde) nabijheid van de planeet Mars als lastig hebben ervaren zullen het jaar 2003 met opluchting hebben afgesloten. Maar 2003 kan ook in positieve zin worden beschouwd, namelijk als het jaar van de *corporate*

Mr. drs. E.M. Soerjatin is advocaat bij DLA SchutGrosheide te Amsterdam.

HR 6 juni 2003, *JOR* 2003/161 m.nt. M.W. Josephus Jitta.

OK 31 juli 2003, *JOR* 2003/255.

R.M. Hermans onderscheidt de curatieve, inquisitoire en antagonistische enquête in: 'Het onderzoek in de enquêteprocedure', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 113 e.v.

In 2003 zijn ruim 20 procedures na een minnelijke regeling beëindigd (bron: *ARO*).

J.H.M. Willems, 'De enquêteprocedure: een efficiënte dienstmaagd', in: *Conflicten rondom de rechtspersoon*, p. 29 e.v.

M.W. Josephus Jitta, 'Het enquêterecht, hoe verder?', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Deventer: Kluwer 2002, p. 104.

A.F.M. Dorresteyn, 'Rechtspraakoverzicht enquêterecht 2002', in: *Geschriften vanwege de Vereni-ging Corporate Litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 9 e.v.

governance. De code-Tabaksblat zag het licht en ook de goedkeuring door de Tweede Kamer van het wetsvoorstel tot aanpassing van de structuurregeling past in de brede maatschappelijke discussie op het gebied van corporate governance. De Laurus-zaak bevestigt bovendien dat voor de beginselen van corporate governance een rol is weggelegd in het enquêterecht.⁸

2. De toegang tot het enquêterecht

Voor het aannemen van enquêtebevoegdheid/ontvankelijkheid is het noodzakelijk dat de verzoeker op het ogenblik van indiening van het enquêteverzoek aangemerkt moet kunnen worden als (rechts)persoon in de zin van art. 2:346 BW, althans dat hij zodanig bij de vennootschap is betrokken dat hij als zo een (rechts)persoon kan worden aangemerkt. Dat geldt niet voor de aandeelhouder ten laste van wie het pandrecht op zijn aandelen is uitgewonnen.⁹ De aandeelhouder die verplicht is zijn aandelen over te dragen maar dat nog niet heeft gedaan, wordt daarentegen geacht enquêtegerechtigd te zijn.¹⁰ In het verleden is de curator van een failliete vennootschap bevoegd geacht om een enquête verzoeken jegens de dochter van die failliete vennootschap. De enquêtebevoegdheid van de curator behoeft volgens de Ondernemingskamer niet in de weg te staan aan de bevoegdheid van (het bestuur van) de failliete vennootschap zelf om een enquête te verzoeken in haar dochter, net zomin als het faillissement van die vennootschap aan haar enquêterecht in de weg staat.¹¹

Dat doel en strekking van het enquêterecht de toegang tot de Ondernemingskamer als enquêterechter (kunnen) vergroten volgt uit de Scheipar-beschikking waarin het begrip certificaathouder als bedoeld in art. 2:346 sub b BW is uitgebreid met de *economische gerechtigde* op certificaten van aandelen.¹² In deze casus was sprake van een zogenoemde 'dubbele' certificering¹³: alle aandelen in het kapitaal van een Nederlandse BV werden gehouden door een Stichting Administratiekantoor en de certificaten op hun beurt werden gehouden door een Luxemburgse bankinstelling 'voor

8 OK 16 oktober 2003, *JOR* 2003/260 m.nt. M. Brink. De schrijfster dezes is met M. Holtzer als advocaat bij deze zaak betrokken en onthoudt zich van inhoudelijk commentaar.

9 OK 10 maart 2003, *JOR* 2003/108.

10 OK 7 juli 2003, *ARO* 2003/114.

11 OK 8 februari 2003, *JOR* 2003/84.

12 HR 6 juni 2003, *JOR* 2003/161 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *NJ* 2003, 486 m.nt. J.M.M. Maeijer; in vervolg op OK 7 augustus 2002, *JOR* 2002/193 m.nt. M.W. Josephus Jitta. De Ondernemingskamer had al eerder geoordeeld dat de positie van de economisch eigenaar van certificaten gelijk moet worden geacht aan die van een houder van certificaten van aandelen (OK 9 december 1999, *JOR* 2000/33). Zie ook: OK 23 juni 2003, *ARO* 2003, 113 (Johnny Hoes), waarin de Ondernemingskamer oordeelde dat in het licht van art. 2:346 BW, materieel gezien, niet in te zien valt wat het verschil is tussen het certificaathouderschap en het economisch gezien gerechtigd zijn tot de aandelen.

13 Zie noot M.W. Josephus Jitta bij OK 7 augustus 2002, *JOR* 2002/193.

rekening en op instructie' van een tweetal natuurlijke personen (Pich en Issaurat), terwijl voorts het bestuur van de BV voor het uitoefenen van het stemrecht in haar deelneming (een Franse vennootschap) de voorafgaande goedkeuring van haar aandeelhouder behoeft en het bestuur van de Stichting Administratiekantoor voor het uitoefenen van het stemrecht op de aandelen in de BV de voorafgaande goedkeuring van haar raad van commissarissen behoeft, welke bestond uit voornoemde natuurlijke personen (Pich en Issaurat).

De Ondernemingskamer heeft overwogen dat Issaurat en Pich te gelden hebben als rechtstreeks en economisch rechthebbenden op de certificaten van aandelen in de vennootschap en dat Issaurat daarom te gelden heeft als certificaathouder in de zin van art. 2:346 BW. Dit oordeel komt, aldus Maeijer, niet in strijd met de uitspraak van de Hoge Raad inzake De Vries Robbé¹⁴, waarin is beslist dat de in art. 2:346 BW gegeven opsomming van tot een enquête gerechtigden een limitatieve is. De Hoge Raad heeft het oordeel van de Ondernemingskamer gesanctioneerd en hiertoe overwogen dat, indien aan de economische certificaathouder in zijn verhouding tot de juridische certificaathouder alle bevoegdheden toekomen met betrekking tot de zeggenschap en de certificaten geheel en al voor rekening en risico van de economische certificaathouder worden gehouden, de strekking van het enquêterecht met zich brengt dat de daardoor aan de kapitaalverschaffer verleende bescherming door de economische certificaathouder kan worden ingeroepen. Daartoe is het volgens de Hoge Raad echter niet noodzakelijk dat tussen de economische rechthebbende op de certificaten en de aandeelhouder een rechtstreekse contractuele band bestaat.

Deze uitspraak is kritisch ontvangen. Maeijer heeft zich afgevraagd waarom de Hoge Raad niet heeft volstaan met de overweging dat de economisch rechthebbende op certificaten van aandelen gelijk te stellen is met de certificaathouder als bedoeld in art. 2:346, aanhef en sub b BW. Het is Maeijer niet duidelijk waarom (in r.o. 3.5.2, 2^e zin) blijkbaar (in algemene zin) ook nog wordt geëist dat aan de economische certificaathouder in zijn verhouding tot de juridische certificaathouder alle bevoegdheden toekomen met betrekking tot de zeggenschap (in de vennootschap). De advocaat-generaal heeft deze eis niet gesteld.¹⁵ De juridische certificaathouder heeft immers in de regel geen zeggenschapsrechten, omdat deze juist door de certificering zijn gescheiden van het economisch belang. Voor het geval de Hoge Raad bedoeld heeft te zeggen dat een rechtsverhouding tussen de economische en juridische certificaathouder nodig is, heeft Maeijer erop gewezen dat daarvoor al voldoende is dat duidelijk blijkt van het houden van de certificaten voor rekening en risico van de economische certificaathouder.

14 HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 225 en *JOR* 2002/30.

15 Conclusie advocaat-generaal, nr. 2.45.

3. De door de Ondernemingskamer benoemde personen

De Ondernemingskamer bepaalt wie zij tot onderzoeker wenst te benoemen. Strikt genomen kunnen partijen cassatieberoep instellen tegen de beschikking waarbij de onderzoeker wordt benoemd, maar er bestaat geen rechtsregel die de Ondernemingskamer verplicht tot voorafgaand overleg met partijen. Sterker: uit de letterlijke tekst van art. 2:345 BW valt af te leiden dat de Ondernemingskamer daarin volledige vrijheid heeft. Volgens Hermans wordt die vrijheid begrensd door de eis dat de onderzoekers onafhankelijk en deskundig behoren te zijn.¹⁶ In de Laurus-zaak verzochten verzoekers, nadat het onderzoeksverslag was gedeponereerd, de Ondernemingskamer om nader onderzoek te gelasten.¹⁷ Aan dat verzoek legden zij onder meer ten grondslag dat twee van de drie onderzoekers de voor een onderzoeker vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid ontbeerden omdat een van hen als advocaat deel heeft uitgemaakt van de advocatenmaatschap waarvan leden juridische diensten hebben verleend voor zowel verzoekers als Laurus, en de andere onderzoeker tot een jaar voor zijn benoeming als onderzoeker deel heeft uitgemaakt van de raad van commissarissen en de raad van advies van ABN AMRO Bank, welke bank betrokken is geweest bij de tot stand gekomen transactie van Laurus met Casino en een bankenconsortium. De Ondernemingskamer heeft geoordeeld dat deze functies uit een oogpunt van aan onderzoekers in een enquêteprocedure te stellen eisen van onpartijdigheid en onvooroordeeldheid niet aan hun benoeming en optreden als onderzoeker in de weg zouden staan of hebben gestaan.

Afgezien van de benoeming van onderzoekers en (bij wijze van (onmiddellijke) voorziening) van commissarissen en bestuurders, benoemt de Ondernemingskamer regelmatig deskundigen indien partijen hangende de enquêteprocedure alsnog een minnelijke regeling bereiken houdende bijvoorbeeld de afspraak tot overdracht van aandelen tegen een door een deskundige bindend vast te stellen prijs. Met zo'n bindende overeenkomst komt een einde aan de inmenging van de Ondernemingskamer in de verhouding tussen partijen. Meer in het bijzonder acht zij zich niet bevoegd te beslissen op een aanvullend verzoek tot het opnieuw benoemen van deskundigen ter bepaling van de waarde van de aandelen en evenmin tot beoordeling van de gebondenheid van partijen aan de uitkomst van de waardebepaling door de deskundige.¹⁸ Voor de partij die het niet eens is met deze waardebepaling of de aanpak van de deskundige staat slechts de weg naar de rechtbank of — zo mogelijk — de beroepsorganisatie waarbij de betrokken deskundige is aangesloten, open. Evident is dat de betrokken des-

16 Zie noot 3. In dit verband is interessant OK 3 juli 2003, *ARO* 2003, 109, waarbij de Ondernemingskamer toewees het verzoek van de benoemde onderzoeker tot ontheffing uit zijn functie vanwege het feit dat een van de partijen in de procedure in het verleden, ter zake van andere kwesties dan de onderhavige, door een of meer van zijn kantoorgenoten werd bijgestaan.

17 OK 5 juni 2003, *JOR* 2003/172.

18 OK 3 oktober 2002, *JOR* 2003/34.

kundige het risico loopt geconfronteerd te worden met een aansprakelijkstelling in verband met de uitvoering van de door de Ondernemingskamer opgedragen taak, net zoals dat het geval is voor door de Ondernemingskamer benoemde onderzoekers, commissarissen, bestuurders en andere personen. De Ondernemingskamer heeft dit risico ten aanzien van commissarissen en bestuurders meermalen beperkt door te bepalen dat op kosten van de vennootschap een aansprakelijkheidsverzekering kan worden afgesloten.¹⁹ Hetzelfde zal volgens Leijten kunnen gelden voor de vereffenaar die in het kader van een voorziening ex art. 2:356 BW wordt benoemd.²⁰ Doorgaans komt een dergelijke bepaling niet voor bij de benoeming van onderzoekers. Bij mijn weten is het slechts een maal voorgekomen dat een aansprakelijkheidsverzekering voor onderzoekers werd toegestaan.¹

Dat het afsluiten van een verzekering zelfs als voorwaarde lijkt te worden beschouwd voor de uitvoering van de door de Ondernemingskamer opgedragen taak, blijkt uit de ontheffing door de Ondernemingskamer van een commissaris uit zijn functie, juist vanwege het ontbreken van de mogelijkheid om de verzekering af te sluiten en de dreiging van een aansprakelijkstelling.²² Om de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen wat meer zekerheid te bieden, heeft Geerts een praktisch voorstel geformuleerd.²³ De vennootschap zou (zodanig onder oplegging van een dwangsom) kunnen worden verplicht om de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder en commissaris toe te zeggen dat zij hem in verband met de uitoefening van de functie waarin hij is benoemd, niet aansprakelijk zal stellen en hem (tot een bepaald bedrag) zal vrijwaren indien hij — in zijn hoedanigheid van bestuurder/commissaris van de vennootschap — aansprakelijk wordt gesteld. Volgens Geerts zouden ook de aandeelhouders, en in ieder geval de aandeelhouders die om een enquête hebben verzocht, althans die als belanghebbenden in de procedure zijn opgeroepen, daartoe verplicht kunnen worden. Geerts beschouwt een dergelijke maatregel als het ex art. 2:357 lid 2 BW door de Ondernemingskamer regelen van de gevolgen van de door haar getroffen (onmiddellijke) voorziening. Dit lijkt inderdaad een nuttige suggestie. De vrijwaring geldt niet indien de door de Ondernemingskamer benoemde persoon een ernstig verwijt valt te maken, zodat de vrijwarende partij niet hoeft te vrezen dat hij alle aansprakelijkheidsmogelijkheden

19 HR 4 oktober 2002, *ARO* 2002/160. G. van Solinge heeft deze trend bekritiseerd, 'Something is rotten in the State of the Netherlands', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 5.

20 A.F.J.A. Leijten in zijn noot bij OK 5 maart 2003, *JOR* 2003/106 en OK 7 maart 2003, *JOR* 2003/107.

21 De betrokken beschikking is niet gepubliceerd. Zie voor de aansprakelijkheid van de onderzoeker en verzekeringsaspecten verder: M. Holtzer, 'De aansprakelijkheid van de onderzoeker in de enquêteprocedure', in: *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Serie Onderneming en Recht deel 25, Kluwer 2003.

22 OK 26 mei 2003, *ARO* 2003/89.

23 Bij de bespreking van de in de vorige noot genoemde uitspraak, in *Ondernemingsrecht* 2003-10, p. 387-388.

prijs geeft. Wellicht zou de door Geerts voorgestelde oplossing ook kunnen gelden voor de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoeker.

4. De reikwijdte van het onderzoek

Tot voor kort kwam het regelmatig voor dat de Ondernemingskamer de onderzoeker bij voorbaat de machtiging verleende tot het raadplegen van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van en het zich doen tonen van de bezittingen van een rechtspersoon die nauw verbonden is met de rechtspersoon ten aanzien waarvan een onderzoek plaatsvindt (art. 2:352 lid 2 BW). In de zojuist aangehaalde Scheipar-beschik-king heeft de Hoge Raad aan dat beleid een einde gemaakt.²⁴ Voortaan kan deze machtiging alleen door de Ondernemingskamer worden verleend op verzoek van de door haar benoemde personen. De Ondernemingskamer kan dus niet ambtshalve of op verzoek van de partij die voorlopige voorzieningen vraagt deze machtiging verlenen. Dit zou nog wel eens problemen kunnen opleveren voor de beoordeling van toekomstige verzoeken ex art. 2:355 BW gebaseerd op een onderzoek waarbij bedoelde machtiging wel op voorhand was verleend. Het praktische probleem kan zich voordoen dat uit het onderzoeksverslag niet eenvoudig is af te leiden welk deel van de daarin weergegeven informatie is verkregen met behulp van de op voorhand verleende machtiging. Indien de Ondernemingskamer (ook) die informatie in haar oordeel betreft, kan de vraag rijzen of het aldus tot stand gekomen wanbeleidsoordeel *cas-satieproof* is.

Interessant is dat de Hoge Raad heeft overwogen dat de onderzoeker in zijn verzoek ex art. 2:351 lid 2 BW zal moeten toelichten waarom deze machtiging in verband met een behoorlijke taakvervulling van de onderzoeker in het onderhavige geval noodzakelijk is en dat de betrokken rechtspersoon daarover zo nodig en zo mogelijk wordt gehoord. De advocaat-generaal heeft in haar conclusie opgemerkt dat daarnaast ook de oorspronkelijke verzoekers zouden moeten worden gehoord.²⁵ Hoewel het van belang is dat dit horen op praktische wijze zal plaatsvinden, zou ik niet snel denken aan de (informele) wijze waarop partijen gehoord worden over het verzoek van de onderzoekers tot verhoging van de onderzoekskosten. Het min of meer betrekken van een verbonden rechtspersoon in de enquête is immers ingrijpender dan dat.

De beslissing dat de Ondernemingskamer de machtiging niet kan verlenen zonder dat de onderzoeker daarom heeft gevraagd, heeft Josephus Jitta de opmerking ontlokt dat deze een aanwijzing zou kunnen vormen voor de uitkomst van het cassatieberoep dat zich richt tegen een door de Ondernemingskamer bevolen concernenquête.²⁶ Ik

²⁴ Zie noot 12, r.o. 3.8.

²⁵ Conclusie Advocaat-Generaal Wesseling-Van Gent nr. 2.55. Annotator M.W. Josephus Jitta voegt daaraan toe dat ook de andere belanghebbenden zouden moeten worden gehoord op een dergelijk verzoek.

²⁶ In zijn noot onder HR 6 juni 2003, *JOR* 2003/161.

begrijp deze opmerking aldus dat de Hoge Raad, bij dezelfde strikte toepassing van de wet als met betrekking tot art. 2:351 lid 2 BW, wellicht — desverzocht — een einde zou kunnen maken aan het beleid van de Ondernemingskamer om voorbij te gaan aan eisen van art. 2:346 BW. De wetsgeschiedenis laat volgens Geerts echter enige ruimte voor een bevoegdheidsdoorbraak, die inhoudt dat uit de bevoegdheid om een enquête aanhangig maken bij een vennootschap die deel uitmaakt van een concern, tevens de bevoegdheid wordt afgeleid tot het aanhangig maken van een onderzoek naar het beleid van de concernvennootschap respectievelijk om bij die vennootschap om voorzieningen te vragen.²⁷ Geerts heeft erop gewezen dat, hoewel de concernproblematiek tijdens de parlementaire behandeling van de herziening van het enquêterecht met name uit het oogpunt van werknemersbelang is besproken, daaruit niet kan worden afgeleid dat een bevoegdheidsdoorbraak voor aandeelhouders niet wenselijk zou kunnen zijn.²⁸ De wetgever heeft het uitdrukkelijk aan de rechter willen overlaten in welke gevallen een concernenquête geboden is. De Ondernemingskamer heeft die geboden ruimte benut door — met voorbijgaan aan de in art. 2:346 BW neergelegde bevoegdheidseis — voor inwilliging vatbaar te achten verzoeken tot het instellen van een onderzoek jegens de holdingvennootschap en — indien daartoe aanleiding bestaat — jegens de 100% dochtervennootschap(en), mits tussen deze vennootschappen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding bestaat.²⁹ Daaraan legt de Ondernemingskamer strekking en doel van het enquêterecht ten grondslag.

Stelde de Ondernemingskamer in de Janson-zaak nog de eis dat de moedervernootschap 100% van de aandelen in de bewuste dochtervennootschap houdt³⁰, in de Callas-beschikking lijkt de Ondernemingskamer deze eis te hebben verlaten.³¹ In die zaak is de zeggenschap immers verdeeld over verschillende rechtspersonen. Verzoeker (Boa Constrictor BV) houdt 50% van de aandelen in Callas Beheer BV en 43,75% van de aandelen in Callas Initiative BV Callas Beheer en Callas Initiative houden gezamenlijk (in de verdeling 50%/40%) de aandelen in Callas Holding BV. Naast de vaststelling door de Ondernemingskamer dat de Callas Groep in alle opzichten een economische en organisatorische eenheid onder leiding van telkens dezelfde (rechts)personen vormt en de onlosmakelijke verwevenheid van de drie vennootschappen, wordt de toewijzing van de concernenquête gerechtvaardigd door de

²⁷ *Bundel NV/BV*, p. Xe-14 e.v. en p. Xe-26 e.v. en p. Xe-Art. 347-1 e.v. waarin de parlementaire behandeling is weergegeven van het wetsvoorstel Wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête (22 400).

²⁸ Losbladige *Rechtspersonen*, aantekening 5 bij art. 2:346 BW.

²⁹ OK 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, OK 31 december 2002, *ARO* 2003/9.

³⁰ In de Janson-zaak werd het verzoek ten aanzien van een 60% dochter afgewezen omdat de enquête de positie zou raken van de andere aandeelhouder(s) die in de procedure geen partij zijn en niet geacht kunnen worden door de holding te zijn vertegenwoordigd (OK 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, r.o. 3.9).

³¹ OK 26 maart 2003, *JOR* 2003/141.

overweging dat de (bedrijfs)activiteiten van de groep niet plaatsvinden in Callas Beheer of Callas Initiative maar — enkel — in Callas Holding en haar dochter Callas Service.³² Om deze redenen werd Boa Constrictor bevoegd geacht een onderzoek te verzoeken met betrekking tot Callas Holding.

Volgens van den Ingh is de toewijzing van concernenquêtes op basis van vereenzelviging in strijd met de wet en bestaat daarvoor geen noodzaak. Naar zijn mening kan de 'concernachtige' bepaling van art. 2:351 lid 2 worden aangewend als het nodig is om ook het beleid van de dochter in het onderzoek te betrekken teneinde een juist beeld van het beleid van de holdingvennootschap te krijgen.³³ Daarbij kan mijns inziens de kanttekening worden geplaatst dat het ter discretie van de onderzoeker staat of die machtiging wenselijk is. De verzoekende partij heeft hierop geen enkele invloed.³⁴ Voorts brengt de verleende machtiging nog niet mee dat het beleid van de nauw verbonden rechtspersoon zelf *mede* voorwerp van de enquête wordt. Geerts heeft erop gewezen dat de onderzoeker door deze machtiging 'slechts' de mogelijkheid krijgt om bij de nauw verbonden rechtspersoon informatie in te winnen.³⁵ Het doel daarvan is immers om een juist beeld te krijgen van het beleid van de holdingvennootschap en niet om het beleid van de dochter te onderzoeken.

In de visie van Van den Ingh kan de lacune waar het gaat om voorzieningen opgevuld worden met het treffen van zodanige voorzieningen op moederniveau dat deze doorwerken op dochterniveau: ontneming van stemrecht en/of wijziging bestuursamenstelling waarna de moedervernootschap vervolgens door uitoefening van haar aandeelhoudersrechten en andere vormen van invloed orde op zaken kan stellen bij de dochter. Nu de wetgever aan de Ondernemingskamer uitdrukkelijk de ruimte heeft gelaten om zonodig concernenquêtes te gelasten, lijkt deze weg tamelijk omslachtig, hoe dogmatisch juist hij misschien ook moge zijn. In dat verband valt mij op dat Van den Ingh deze formele benadering verlaat bij de beoordeling van gegronde redenen en wanbeleid. Vereenzelviging is volgens Van den Ingh niet nodig op het punt van onderzoek of voorzieningen, maar wel geboden respectievelijk toelaatbaar bij de beantwoording van de vraag of er bij de moedervernootschap gegronde redenen zijn en of de moedervernootschap wanbeleid kan worden verweten. Met andere woorden: problemen op dochterniveau mogen (of moeten zelfs) daarbij wel meewegen. Deze zienswijze lijkt zich niet te verdragen met zijn aanbeveling dat alleen onderzoeken bij de moedervernootschap mogen worden gelast, waarbij hooguit kan worden toegestaan dat het onderzoek zich mede uitstrekt tot *het ten aanzien van de dochter gevoerde beleid* en/of dat het onderzoek mede omvat *haar functioneren als moeder/aan-*

32 In OK 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282 (Landis) wees de Ondernemingskamer een concernenquête toe op nagenoeg dezelfde gronden, met de toevoeging dat bij de samenstelling van de onderscheiden besturen van de vennootschappen sprake was van een vrijwel volledige personele unie.

33 F.J.P. van den Ingh, 'Enquête in concernverhoudingen', *JOR Plus* 5 september 2002, p. 4-8 en 8 augustus 2003, p. 55-58.

34 Zie noot 12.

35 Zie noot 28.

deelhouder van de dochter. Een dergelijke uitbreiding van het onderzoek kan dan geen betrekking hebben op het beleid van de dochtervennootschap zelf, zodat dit beleid niet bij de beoordeling van het beleid van de moedervernootschap kan worden meegewogen. Omdat het door Van den Ingh beoogde resultaat mijns inziens dus niet met traditionele vennootschapsrechtelijke middelen kan worden bereikt, zou de bevoegdheidsdoorbraak — ook vanuit praktische overwegingen en gelet op de doelstellingen van het enquêterecht — de voorkeur verdienen.

5. Onmiddellijke voorzieningen

De beschikking van de Ondernemingskamer in de Corus-zaak heeft heel wat stof doen opwaaien.³⁶ Het ging in deze zaak om een conflict tussen enerzijds (kort gezegd) de Engelse concernleiding (Corus Group plc) en de raad van commissarissen van de Nederlandse dochter (Corus Nederland), allen behorend tot het Corusconcern. Op de Nederlandse dochter was het gemitigeerde structuurregime van toepassing, wat meebracht dat de raad van commissarissen belangrijke bestuursbesluiten moest goedkeuren. De raad van commissarissen bestond uit drie neutrale Nederlandse personen en de CEO van Corus Group plc. Corus Group plc besloot begin 2002 om zich toe te leggen op de staalproductie en de *multi metal* strategie te verlaten. In dat kader zouden de aluminiumactiviteiten, uitgeoefend door de dochtervennootschappen van Corus Nederland, worden afgestoten en verkocht aan Pechiney. De COR van Corus Nederland adviseerde negatief en de raad van commissarissen van Corus Nederland onthield zijn goedkeuring aan het voorgenomen bestuursbesluit, omdat de continuïteit van Corus Nederland na deze verkoop in het gedrang zou komen. Corus Group plc had inmiddels met Pechiney overeenstemming bereikt over een door Corus Nederland af te sluiten sale and purchase agreement (SPA) inzake de verkoop van de aluminiumactiviteiten. Zou de SPA niet uiterlijk — met goedkeuring van de raad van commissarissen — op 13 maart 2003 worden gesloten, dan zou Corus Group plc een break up fee van € 20 miljoen aan Pechiney verschuldigd zijn. Omdat intensieve besprekingen, met als leidraad het verzekeren van de continuïteit van Corus Nederland, niet tot een oplossing leidden en de raad van commissarissen zijn goedkeuring bleef onthouden, heeft Corus Group plc, via twee Engelse groepsmaatschappijen die alle aandelen in Corus Nederland hielden, de Ondernemingskamer verzocht om, bij wijze van onmiddellijke voorziening, de drie Nederlandse leden van de raad van commissarissen voor één dag te schorsen, zodat het overblijvende lid van de raad van commissarissen (de CEO van Corus Group plc) de SPA zou kunnen goedkeuren, en om de COR te bevelen haar verzet op te geven. Aan dit tweede verzoek is de Ondernemingskamer niet toegekomen.

36 OK 13 maart 2003, *JOR* 2003/85 m.nt. F.J.P. van den Ingh; *Ondernemingsrecht* 2003-6, p. 227-229 (S.M. Bartman).

De Ondernemingskamer heeft overwogen dat de raad van commissarissen van een groepsvennootschap niet (zonder meer of ongemotiveerd) een beleid mag voeren dat zich niet verdraagt, althans geen rekening houdt met de concernstrategie, en dat het anderszins de concernleiding niet vrijstaat om steeds (zonder meer of ongemotiveerd) de belangen van een vennootschap in het concern ten achter te stellen bij wat zij ziet als het belang van het concern. Tegen die achtergrond heeft de Ondernemingskamer het verzoek tot schorsing van drie commissarissen afgewezen. Daaraan ligt een marginale toets van de opstelling van de raad van commissarissen ten grondslag. Hoewel de Ondernemingskamer erkent dat de concernleiding Corus Nederland vóór gaand tegemoet is gekomen, is zij van oordeel dat de raad van commissarissen geen onredelijke opstelling, met miskenning van het concernbelang, kan worden verweten. Het is om deze reden dat de Ondernemingskamer vaststelt dat toewijzing van de verzochte onmiddellijke voorziening een niet te rechtvaardigen ingrijpen door de rechter zou betekenen in een onderhandelingsproces dat in de eerste plaats aan de verantwoordelijkheid van de betrokken partijen moet worden gelaten.³⁷

Ik onderscheid een parallel met de beschikkingen van de Ondernemingskamer ten aanzien van onmiddellijke voorzieningen waarmee beoogd wordt de besluitvorming op de algemene vergadering van aandeelhouders op te schorten en dus op voorhand daarin in te grijpen.³⁸ In de Rodamco-beschikking heeft de Ondernemingskamer de hoofdregel geformuleerd dat het in beginsel aan de algemene vergadering van aandeelhouders is om over voorgelegde agendapunten van gedachten te wisselen en besluiten al of niet te nemen en dat het niet op de weg van de rechter ligt voorafgaand aan zulk een vergadering in te grijpen op verzoek van aandeelhouders. Uitgangspunt is dus dat de Ondernemingskamer niet zonder meer op de stoel van de bij een onderneming betrokken organen gaat zitten. De Corus-beschikking past in deze lijn door de overweging van de Ondernemingskamer dat het onderhandelingsproces in de eerste plaats aan de verantwoordelijkheid van de betrokken partijen moet worden gelaten.

De Corus-uitspraak is in meerdere opzichten interessant. Ten eerste omdat hieruit blijkt van de voortgezette tendens dat de Ondernemingskamer optreedt als een echte voorzieningenrechter. Het enquêteverzoek zelf diende immers geen ander doel dan de creatie van ontvankelijkheid voor het verzoek tot onmiddellijke voorzieningen. In dat opzicht is het opmerkelijk dat de Ondernemingskamer er veronderstellenderwijs van uitging dat sprake was van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, zodat de verzoekers ontvankelijk waren in hun verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. In het licht van de mogelijkheid ex art. 2:349a BW om — desverzocht — in elke stand van het geding een onmiddellijke voorziening te treffen — dus ook voordat op een enquêteverzoek is beslist — lijkt de veronderstelling van de Ondernemingskamer overbodig. Volgens Bartman is de enige voorwaarde om ont-

vankelijk te zijn in een verzoek om onmiddellijke voorzieningen dat de verzoeker enquêtegerechtigd is en dat voldaan is aan het vereiste ex art. 2:349 BW. Hieruit valt af te leiden dat van gegronde redenen strikt genomen (nog) geen sprake behoeft te zijn.³⁹ Dat de Ondernemingskamer hierover wellicht toch anders lijkt te denken bleek recentelijk bij de behandeling van een enquêteverzoek vergezeld van een verzoek tot onmiddellijke voorzieningen, waarbij het primaire verweer luidde dat de verzoeker niet enquêtegerechtigd was. Hoewel de verweerder om proceseconomische redenen de Ondernemingskamer voorstelde om eerst de opgeworpen bevoegdheidsverweren te behandelen en pas na bevoegdverklaring van de verzoeker in te gaan op de vraag of sprake was van gegronde redenen, heeft de Ondernemingskamer een dergelijke gescheiden behandeling niet opportuun geacht. Daaraan legde zij ten grondslag het verband tussen de beoordeling van het verzoek om onmiddellijke voorzieningen en de vraag of sprake was van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen."

Een tweede interessant aspect van de Corus-beschikking is de algemene overweging dat het tot de taak van de raad van commissarissen van een concernonderdeel behoort om, *meer dan het een bestuur van een vennootschap vrijstaat*, aandacht te schenken aan de vraag of de belangen van de vennootschap door de concernleiding voldoende in de beschouwing zijn betrokken en op hun waarde zijn geschat, en of de beslissingen die zijn genomen ter veiligstelling van die belangen adequaat en voldoende effectief zijn te achten. Met name de (door mij) gecursiveerde passage wekte aanvankelijk bevreemding bij Bartman en Van den Ingh⁴¹, omdat de Ondernemingskamer daarmee een zwaardere rol leek toe te kennen aan de raad van commissarissen bij de bewaking van het eigen belang dan het bestuur van de dochter. Met de aangehaalde schrijvers ben ik het eens dat de Ondernemingskamer deze overweging in praktische zin bedoeld moet hebben, nu de raad van commissarissen, in tegenstelling tot het bestuur, niet door de moeder kon worden ontslagen en in zoverre beter in de positie was om zijn verzet vol te houden. De zware verantwoordelijkheid die de raad van commissarissen wordt toegedicht bij de bewaking van het belang van de vennootschap ligt mijns inziens niettemin in lijn met de door de code-Tabaksblat uitgedragen gedachten over corporate governance. De code behelst een verschuiving in de verhouding tussen bestuur en toezicht, waarbij meer betrokkenheid van de raad van commissarissen wordt verwacht bij (de beoordeling van (financiële) risico's van) het beleid.⁴² Den Boogert heeft in dit verband gesignaleerd dat de code Tabaksblat de toezichtsfunctie zwaar aanzet en de adviesfunctie van de commissaris marginaliseert,

39 Zie over deze problematiek ook P.D. Olden, 'Tien jaar onmiddellijke voorzieningen', in: *Ondernemingsrecht* 2003-15, p. 549-555.

40 In de zaak gepubliceerd in *ARO* 2004/3.

41 S.M. Bartman in: *Ondernemingsrecht* 2003-6, p. 227-229 en F.J.P. van den Ingh in zijn noot bij de uitspraak in *JOR* 2003/85.

42 Best practice bepaling 11.1.2: Het bestuur legt ter goedkeuring voor aan de raad van commissarissen: a) de operationele en financiële doelstellingen van de vennootschap; b) de strategie die moet leiden tot het realiseren van de doelstellingen; c) de randvoorwaarden die bij de strategie worden gehanteerd, bijvoorbeeld ten aanzien van financiële ratio's.

37 R.o. 3.13.

38 OK 22 februari 2002, *JOR* 2002/63 (Rodamco); OK 26 juni 2002, *JOR* 2002/189 (Laurus); proces verbaal OK 25 maart 2003, *JOR* 2003/109 m.nt. M.W. Josephus Jitta (Getronics).

juist vanwege het in de samenleving bestaande verlangen naar meer en beter toezicht.⁴³ Op de rol van de raad van commissarissen kom ik terug bij de bespreking van de Laurus-zaak in paragraaf 7.

6. De functie van het onderzoek(sverslag) bij een verzoek ex art. 2:355 BW

In de Gucci-zaak heeft de Hoge Raad aangegeven dat het onderzoek de kern van het enquêterecht vormt." De Hoge Raad kwam daartoe omdat de Ondernemingskamer, zonder dat een onderzoek had plaatsgevonden, had geoordeeld dat sprake was van wanbeleid en vervolgens een aantal voorzieningen ex art. 2:355 BW had getroffen. Hoewel het onderzoek dus een belangrijke rol toekomt in het enquêterecht, brengt dit niet mee dat het onderzoek de exclusieve grondslag vormt voor het wanbeleiddeel.⁴⁵

Uit de Rodamco-uitspraak van de Hoge Raad blijkt immers dat de opvatting dat *'het oordeel van de Ondernemingskamer over gebleken wanbeleid uitsluitend zijn grondslag kan vinden in en volledig moet zijn gebaseerd op hetgeen uit het onderzoek is gebleken'* onjuist is.⁴⁶ De advocaat-generaal heeft zich in haar conclusie bij deze uitspraak op het standpunt gesteld dat de Ondernemingskamer in de procedure tot het treffen van voorzieningen mede mag oordelen op basis van tijdens de behandeling gebleken feiten en omstandigheden of op basis van in de processtukken ingenomen standpunten of overgelegde producties.⁴⁷

De Ondernemingskamer heeft inmiddels duidelijk gemaakt in welk licht vernoemde uitspraak moet worden gezien. In de Laurus-zaak werd, hangende het (nader) onderzoek, aan de Ondernemingskamer verzocht een voorlopig getuigenverhoor te gelasten. Verzoekers beriepen zich onder meer op de zojuist geciteerde Rodamco-uitspraak, waaruit blijkt dat het onderzoeksverslag weliswaar een belangrijke, maar niet een exclusieve factor is voor de beslissing op een verzoek tot vaststelling van wanbeleid en het treffen van maatregelen. Verzoekers wensten daarom de gelegenheid te krijgen om door middel van een voorlopig getuigenverhoor de door hen gestelde feiten te bewijzen met het oog op het verzoek ex art. 2:355 BW. Ten aanzien van de 'Rodamco-leer' heeft de Ondernemingskamer overwogen dat *'bij het verstaan van de betreffende overwegingen van de Hoge Raad (..) niet uit het oog kan worden verloren dat zij telkens betrekking hebben op beslissingen van de Ondernemingskamer op de grondslag van het verslag over onderwerpen waaraan de onderzoekers in de*

*betreffende zaak in hun verslag aandacht hadden besteed en waaromtrent zij van een opvatting blijken te zijn overtuigd'.*⁴⁸

De Rodamco-zaak heeft derhalve geen verandering gebracht in het uitgangspunt van de Ondernemingskamer dat het onderzoeksverslag het noodzakelijke aanknopingspunt moet zijn." Voor het verzochte voorlopig getuigenverhoor was volgens de Ondernemingskamer overigens geen plaats omdat zelfstandig onderzoek door de Ondernemingskamer door middel van het horen van getuigen een onaanvaardbare doorkruising zou vormen van het stelsel van het enquêterecht, waarin een onderzoek plaatsvindt op de door de onderzoeker te bepalen wijze. Dat brengt mij op het volgende.

Bij het 30-jarig bestaan van de Ondernemingskamer in 2001 werd geconstateerd dat de Ondernemingskamer een belangrijke bijdrage levert aan de ontwikkeling van het ondernemingsrecht, met gebruikmaking van de vrijheid die de (betrekkelijk summier) wettelijke regeling haar biedt. Josephus Jitta heeft geconcludeerd dat deze wettelijke regeling vele vragen van procesrechtelijke aard onbeantwoord laat en dat de vrijheid van de Ondernemingskamer aanleiding geeft tot vragen naar de mate van rechtsbescherming in de procedure.⁵⁰ Een van die vragen betreft de beleidsvrijheid van de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoekers.

Zoals gezegd, vormt het onderzoek volgens de Hoge Raad de kern van de enquêterechter procedure. De Ondernemingskamer heeft overwogen dat het daarbij aan de onderzoeker is om, met inachtneming van de door de Ondernemingskamer geformuleerde onderzoeksopdracht, te bepalen op welke wijze het onderzoek plaatsvindt, welke personen inlichtingen dienen te geven, welke boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon worden geraadpleegd en welke bezittingen van de rechtspersoon desverlangd moeten worden getoond.⁵¹ Indien de onderzoeker dat ten behoeve van het onderzoek nodig oordeelt, kan hij aan de — voorzitter van de — Ondernemingskamer de verzoeken doen als bedoeld in de art. 2:351 lid 2, 352 lid 1 en 352a BW.

Hoewel het initiële enquêteverzoek een van de bepalende factoren is voor de reikwijdte van het onderzoek (zults met inachtneming van de eventuele richtsnoeren die de Ondernemingskamer daarbij geeft), hebben de partijen nauwelijks invloed op de wijze waarop de feiten worden vastgesteld.⁵² Ieder initiatief wordt overgelaten aan de

43 M.W. den Boogert, 'Corporate governance in een stroomversnelling', in: *Ondernemingsrecht* 2003/11, p. 406-413.

44 HR 27 september 2000, *NJ* 2000, 653, *JOR* 2000/217.

45 D.M. Thierry, 'Het enquêteverslag staat centraal, maar niet alleen', in: *Ondernemingsrecht* 2003-8, p. 296-298.

46 HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286, *JOR* 2003/110; r.o. 3.21. Onderstreping door ES.

47 Zie vorige noot, conclusie Advocaat-Generaal Wesseling-Van Gent, r.o. 3.20 en 3.56.

48 OK 9 januari 2004, *ARO* 2004, 8.

49 J.M.M. Maeijer in zijn noten bij HR 31 mei 2000, *NJ* 2000, 555 en HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286.

50 M.W. Josephus Jitta, 'Het enquêterecht, hoe verder?', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Deventer: Kluwer 2002, p. 103 e.v.

51 Zie noot 48.

52 In dit licht is niet goed te plaatsen de beschikking van de Ondernemingskamer (OK 31 december 2002, *ARO* 2003, 8) waarbij weliswaar vanwege gebleken gegronde redenen een onderzoek werd gelast, maar de benoeming van een onderzoeker werd aangehouden *'totdat inzicht is verkregen in de huidige toestand van de vennootschappen, waarover partijen inlichtingen dienen te verschaffen'*. Ik zou verwachten dat dit juist in het onderzoek wordt betrokken. Partijen kunnen die informatie ook aan de onderzoeker zelf verschaffen.

onderzoeker, terwijl voor de partijen instrumenten ontbreken om te bewerkstelligen dat de onderzoeker bepaalde initiatieven neemt of de door de wet geboden mogelijkheden daadwerkelijk benut. Dit roept de vraag op hoe ver de beleidsvrijheid van de onderzoeker moet gaan. Gerechtaardigde belangen van de partijen kunnen immers daarmee in botsing komen. In dit verband zie ik uit naar de uitkomsten van het door Van Solinge, Holtzer en Blanco Fernández verrichte onderzoek naar de positie van de onderzoeker, die naar verwachting in 2004 gepubliceerd zullen worden.⁵³

Een van de weinige middelen die partijen ten dienste staan komt pas op in de tweede fase van de enquêteprocedure, namelijk de betwisting of aanvulling van het onderzoeksverslag in het kader van het verzoek om wanbeleid vast te stellen en eventueel maatregelen te treffen. Er valt niet met zekerheid te zeggen dat dit middel — afzonderlijk beschouwd — enige (toegevoegde) waarde heeft, omdat, weliswaar ook andere feiten een rol kunnen spelen bij de beoordeling van een verzoek ex art. 2:355 BW, maar alleen als het onderzoeksverslag daarvoor voldoende aanknopingspunt biedt. Het resultaat zal kunnen zijn dat aspecten, die wel aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd, die bovendien van beslissend belang kunnen zijn voor het oordeel ex art. 2:355 BW, die zich hebben voorgedaan in de onderzoeksperiode, maar die niet of onvoldoende in het onderzoeksverslag besproken worden, geen rol kunnen spelen in de tweede fase van de enquêteprocedure.⁵⁴ Gelet op de doeleinden van het enquêterecht zou dit een ongewenste ontwikkeling zijn. Die ontwikkeling zou een halt kunnen worden toegeroepen door de partij die zich in de tweede fase van de enquêteprocedure beroept op rechtsgevolgen van door haar (ook in de eerste fase) gestelde feiten of rechten op te dragen dat zij die feiten of rechten bewijst, voor zover deze aspecten niet in het onderzoeksverslag worden besproken én vast staat dat deze van doorslaggevend belang kunnen zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van wanbeleid in de onderzoeksperiode.

Voor de beschreven situatie zou ook een (verzoek om) nader onderzoek uitkomst kunnen bieden. De Ondernemingskamer heeft overwogen dat de vraag of het onderzoek voldoende adequaat is verricht pas beantwoord kan worden na en naar aanleiding van een debat ten gronde tussen partijen over de wanbeleidsvraag.⁵⁵ Daarmee

heeft de Ondernemingskamer de kwestie van nader onderzoek een uitdrukkelijke plaats gegeven in de tweede fase van de enquêteprocedure. Blijkt in die fase dat het onderzoeksverslag onvoldoende concrete gegevens bevat voor een volledige beoordeling door de Ondernemingskamer van de wanbeleidsvraag, dan kan zij (ambtshalve) nader onderzoek gelasten.⁵⁶ Het moet daarbij wel gaan om een voortzetting of vervolg van het eerdere onderzoek, waarmee beoogd wordt het eerste onderzoeksverslag aan te vullen of nader te onderbouwen. Gaat het om gestelde feiten die liggen buiten de onderzoeksperiode, dan ligt een nieuw verzoek tot het instellen van een enquête voor de hand.⁵⁷

Met de hiervoor aangehaalde uitspraak inzake het verzochte voorlopig getuigenverhoor is bovendien komen vast te staan dat de Ondernemingskamer, staande voor de in het kader van art. 2:355 lid 1 BW te beantwoorden vraag op welke wijze het beleid van een rechtspersoon moet worden beoordeeld, kan besluiten om getuigen te horen.⁵⁸ Ook hier heeft te gelden dat de Ondernemingskamer van die mogelijkheid gebruik zal kunnen maken als zij van oordeel is dat een dergelijk verhoor wenselijk of noodzakelijk is om tot een volledige beoordeling van de wanbeleidsvraag te kunnen komen. Dit ligt in lijn met een eerdere uitspraak, waarin — in het kader van een verzoek ex art. 2:355 BW — een comparitie van partijen werd gelast teneinde de Ondernemingskamer nadere inlichtingen te verschaffen alvorens zij tot een definitief oordeel over de wanbeleidsvraag zou komen.⁵⁹

7. Wanbeleid en voorzieningen ex art. 2:355/356 BW

Indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken kunnen de oorspronkelijke verzoekers en — indien het verslag voor hen ter inzage ligt — anderen die aan de in de art. 2:346 en 347 BW genoemde vereisten voldoen, de Ondernemingskamer verzoeken een of meer voorziening(en) te treffen als genoemd in art. 2:356 BW Alleen als aan deze voorwaarden is voldaan, heeft een partij de rechtsingang van art. 2:355 BW. Dit

53 M. Holtzer, 'Rechtspraakoverzicht enquêterecht 2000 en 2001', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Deventer: Kluwer 2002, p. 38.

54 In dit verband verwijs ik naar de opmerking van Advocaat-Generaal Wesseling-Van Gent in nr. 3.19 van haar conclusie bij de Rodamco-uitspraak: 'Strikt genomen heeft [de] vaststelling uit de beschikking van 16 oktober 2002 [waarbij het enquêteverzoek werd toegewezen — toevoeging ES] geen gezag van gewijsde tussen partijen dan wel verschenen belanghebbenden in [de] tweede procedure, omdat dat leerstuk in beginsel niet van toepassing is in de verzoekschriftprocedure. Het contentieuze element is echter in de enquêteprocedure dermate overwegend dat ik meen dat het van overeenkomstige toepassing kan worden verklaard, hetgeen meebrengt dat RNA in deze procedure tot het treffen van voorzieningen haar standpunt uit de procedure tot het instellen van een onderzoek kan worden tegengeworpen'.

55 OK 5 juni 2003, *JOR* 2003/172.

56 Bijvoorbeeld: OK 19 september 2001, *JOR* 2001/224 m.nt. M. Brink (HBG), OK 18 december 2002, *JOR* 2003/61 (Polyplus), OK 16 oktober 2003, *JOR* 2003/260 m.nt. M. Brink (Laurus). In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag over nader onderzoek kan worden gelast in de tweede fase van de enquêteprocedure. M.W. Josephus Jitta is van mening dat daarvoor een wetswijziging noodzakelijk is ('Het enquêterecht hoe verder?' in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Deventer: Kluwer p. 111). D.M. Thierry betoogt dat het ambtshalve gelasten van een nader onderzoek niet in overeenstemming is met het systeem van de enquêteprocedure omdat de eerste procedure met nederlegging van het verslag tot een einde is gekomen. Anderzijds vindt hij zo'n beslissing tot nader onderzoek goed verdedigbaar vanuit proceseconomische overwegingen (*Ondernemingsrecht* 2002-14, p. 429). P.D. Olden acht een nader onderzoek onder bepaalde omstandigheden gewenst (*Ondernemingsrecht* 2003-17, p. 670-671).

57 OK 10 januari 2002, *JOR* 2002/27 m.nt. M. Brink; OK 24 december 2002, *JOR* 2003/62 (VIBA).

58 Zie noot 48.

59 OK 18 juli 2002, *JOR* 2002/191.

systeem kan niet doorbroken worden met een verzoek van een als belanghebbende in de eerste fase toegelaten (rechts)persoon, ook niet als het verzoek van deze belanghebbende in de tweede fase van de enquêteprocedure niet ziet op het treffen van enige voorziening, maar slechts betrekking heeft op een verklaring voor recht dat sprake is geweest van wanbeleid.⁶⁰ Voor dat oordeel heeft de Ondernemingskamer zich gebaseerd op de letterlijke wettekst en bovendien gewezen op het uit art. 2:355 BW blijkende verband tussen de vaststelling van — uit het verslag gebleken — wanbeleid en de te treffen voorzieningen. Het ging in deze procedure om de VEB die zich voor haar ontvankelijkheid bovendien beriep op art. 3:302 BW. Volgens de Ondernemingskamer ging dat beroep niet op omdat art. 2:355 BW te beschouwen is als een *lex specialis* ten opzichte van art. 3:302 BW, nog daargelaten dat de VEB, aldus de Ondernemingskamer, in deze procedure niet beschouwd kon worden als *'onmiddellijk bij de desbetreffende rechtsverhouding betrokkene'*, als bedoeld in laatstgenoemd artikel.

Brink is van mening dat art. 282 Rv, krachtens welke bepaling belanghebbenden door de Ondernemingskamer tot de procedure kunnen worden toegelaten, niet in de tweede fase van de enquêteprocedure geldt.⁶¹ Dit zou naar zijn mening slechts anders kunnen worden beoordeeld voor de toelating tot de tweede fase van een belanghebbende, zolang deze maar geen (eigen) verzoek doet, maar uitsluitend opkomt voor zijn belangen voor zover die door een voorziening in de zin van art. 2:356 BW kunnen worden geraakt. Dit laatste sluit (deels) aan bij de nadere invulling die in de Scheiparbeschikking is gegeven aan het begrip 'belanghebbende'. Bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is zal, aldus de Hoge Raad, 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 (geweest) bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.⁶² Deze uitleg brengt mee dat (bijvoorbeeld) de (ex-)bestuurder of (ex-)commissaris van een vennootschap, waartegen een onderzoek is gelast, zelfs als hij niet in de eerste fase van de procedure is verschenen, de mogelijkheid heeft om zich alsnog in de tweede fase te mengen. Daarbij hoeft dan niet de door Brink kennelijk voorgestane beperking te gelden dat hij enkel kan worden toegelaten indien hij opkomt voor een eigen belang dat door een voorziening zou kunnen worden geraakt. Hij moet ook ontvankelijk worden geacht indien hij nauwe betrokkenheid heeft (gehad) bij het onderwerp waarover in het kader van de wanbeleidsvraag wordt gedebatteerd. De (ex-)bestuurder/commissaris moet, anders gezegd, kunnen deelnemen aan het debat ten gronde, ook indien enkel wordt verzocht om een verklaring voor recht dat sprake is van wanbeleid.

60 OK 16 oktober 2003, *JOR* 2003/259, m.nt. M. Brink.

61 In zijn noot bij OK 25 oktober 2002, *JOR* 2002/217; anders: P.G.F.A. Geerts in zijn commentaar op

deze uitspraak in *Ondernemingsrecht* 2003-4, p. 139-141.

62 Zie noot 12: r.o. 3.3.2.

De wet bevat geen omschrijving van het begrip wanbeleid. Daarvan is bewust afgezien; voor elk afzonderlijk geval moet worden beslist of de gemaakte beleidsfouten zo ernstig zijn dat van wanbeleid moet worden gesproken.⁶³ De uitspraken inzake HBG, VIBA en Rodamco illustreren opnieuw dat de Hoge Raad een beperktere invulling geeft aan het begrip wanbeleid dan de Ondernemingskamer.⁶⁴

De kern van de HBG-zaak betrof de wijze waarop aandeelhouders bij belangrijke besluiten worden betrokken en raakte bij uitstek de discussie over corporate governance.⁶⁵ Het overheidsbeleid inzake corporate governance is onder meer gericht op de versterking van de zeggenschap en bescherming van de aandeelhouders. Sinds de verschijning van de rapporten van de Commissie Peters heeft zich een aantal concrete veranderingen voltrokken die de invloed en de betrokkenheid van aandeelhouders bij de besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders (kunnen) vergroten. Stemrechtbeperkingen werden opgeheven, de mogelijkheden tot omzetting van certificaten in gewone aandelen werden verruimd, evenals de mogelijkheden tot het stemmen bij volmacht. Daarnaast heeft het kabinet begin 2002 de herziening van de structuurregeling ter hand genomen, met daarin als belangrijke voorziening art. 2:107a BW, houdende het voorstel tot goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten door de algemene vergadering van aandeelhouders van een naamloze vennootschap.⁶⁶

In de HBG-zaak heeft de Ondernemingskamer een nadere invulling gegeven aan het recht van informatie respectievelijk van instemming en goedkeuring en heeft zij een nieuw recht voor de aandeelhoudersvergadering geïntroduceerd: het recht van consultatie ingeval het bestuur van de vennootschap voornemens is tot afwijzing van een — openbaar — bod op een wezenlijk onderdeel van de onderneming. Het niet naleven van de consultatieplicht door het bestuur leverde, aldus de Ondernemingskamer, in samenhang met de wijze waarop HBG haar aandeelhouders had geïnformeerd, wanbeleid op.⁶⁷ Aan dit oordeel legde de Ondernemingskamer onder meer ten grondslag: — de heden ten dage breed in de samenleving gedragen opvattingen over corporate governance en meer in het bijzonder over de rol en positie van — onder meer — de algemene vergadering van aandeelhouders — de opvattingen van HBG met betrekking tot het rapport van de Commissie Peters, waaromtrent HBG in haar jaarverslag over 1997 standpunten heeft opgenomen.

63 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (Ogem).

64 Voor een weergave van de verdeeldheid in de literatuur over de invulling van het begrip wanbeleid en het beeld dat de jurisprudentie daarover geeft, verwijs ik naar nr. 2.2-2.6 van de conclusie van Advocaat-Generaal Bakels bij HR 21 februari 2003, *JOR* 2003/58 m.nt. M. Brink en *NJ* 2003, 181.

65 HR 21 februari 2003, *JOR* 2003/57 m.nt. M.P. Nieuwe Weme en *NJ* 2003, 182 m.nt. J.M.M. Maeijer (HBG).

66 Het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 BW in verband met aanpassing van de structuurregeling (28 179).

67 OK 21 januari 2002, *JOR* 2002/28, r.o. 3.41 t/m 3.53, m.nt. M. Brink.

De polemiek waartoe deze beslissing heeft geleid is inmiddels achterhaald door de uitspraak van de Hoge Raad die de door de Ondernemingskamer aanvaarde rechtsregel van consultatie heeft verworpen.⁶⁸ Volgens de Hoge Raad is voor een dergelijke regel in de wet, de thans bekende voorstellen tot wijziging daarvan en de in Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance, onvoldoende steun te vinden.⁶⁹ Het aannemen van een consultatierecht zonder dat daarvoor een wettelijke of statutaire grondslag bestaat zou, aldus de Hoge Raad, tot onaanvaardbare rechtsonzekerheid leiden. De Hoge Raad heeft daarnaast overwogen dat het aanvaarden van een verplichting tot voorafgaande consultatie evenmin mede kan worden gegrond op de eigen opvattingen van HBG omtrent corporate governance. Uit die opvattingen blijkt, naar het oordeel van de Hoge Raad, dat HBG de belangen van de aandeelhouders onderkent, maar meent dat in het door haar aanvaarde vrijwillige structuurregime bij voldoende 'checks and balances', waarbij inzichtelijke informatie wordt verschaft en rekening en verantwoording wordt afgelegd, aandeelhouders op adequate wijze invloed kunnen uitoefenen. Tot slot overweegt de Hoge Raad dat de door de Ondernemingskamer genoemde bijzondere omstandigheden evenmin nopen tot de aanvaarding van een consultatierecht van de aandeelhouders, noch tot het oordeel dat HBG wanbeleid kan worden verweten door de aandeelhouders niet te consulteren.

De Hoge Raad lijkt overigens — met de Ondernemingskamer — het standpunt in te nemen dat een besluit die een profielwijziging van betekenis tot gevolg heeft de instemming of goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering behoeft. Dit ligt in lijn met het in het kader van de aanpassing van de structuurregeling voorgestelde art. 2:107a BW.

Annotator Nieuwe Weme ontwaart, ondanks de verwerping van de door de Ondernemingskamer ontwikkelde rechtsregel, enkele lichtpuntjes in de HBG-uitspraak in de vorm van een statutair consultatierecht of de mogelijkheid van uitlokking van een toezegging door het bestuur dat de aandeelhoudersvergadering zal worden geconsulteerd over een bod. Indien het wetsvoorstel tot aanpassing van de structuurregeling wordt ingevoerd, krijgen de aandeelhouders het recht om onderwerpen voor de agenda van de aandeelhoudersvergadering aan te dragen (het voorgestelde art. 2:114a/ 224a BW). De door Nieuwe Weme gesuggereerde mogelijkheid om een toezegging tot consultatie uit te lokken zal hierdoor extra kracht bijgezet kunnen worden.

Het wanbeleidsoordeel van de Ondernemingskamer steunde mede op de gebrekkige informatievoorziening door HBG waardoor ernstige misverstanden waren gerezen en een vertrouwensbreuk was ontstaan tussen het bestuur en de raad van com-

68 De in de *NJ* respectievelijk de *JOR* opgenomen noten van J.M.M. Maeijer en M.P. Nieuwe Weme bij de uitspraak bevatten een opsomming van een deel van deze reacties, evenals noot 1 van de bijdrage van W.W. De Nijs Bik, 'Informatie, consultatie en goedkeuring van aandeelhouders', in: *Ondernemingsrecht* 2003-2, p. 43-48.

69 De advocaat-generaal heeft in nr. 2.30-2.46 van haar conclusie een uitvoerig overzicht gegeven van voor een beoordeling van de juistheid van de door de Ondernemingskamer aanvaarde rechtsregel van belang zijnde bestaande en voorgestelde wettelijke regelingen, rapporten, adviezen en literatuur.

missarissen enerzijds en — een aanzienlijk deel van — de aandeelhouders anderzijds. Volgens de Hoge Raad was echter sprake van een eenmalige tekortschieten, dat niet de kwalificatie wanbeleid verdient omdat zeer schadelijke gevolgen voor de onderneming zijn uitgebleven. Een vergelijkbaar oordeel sprak de Hoge Raad uit in de VIBA-zaak, waar ook het accent werd gelegd op de ernst van de gevolgen van de incidentele gedraging."

Zowel de HBG- als de VIBA-beschikking maken duidelijk dat (een eenmalige) schending van informatierechten wanbeleid kan opleveren. Het moet dan wel gaan om informatie over een voor de onderneming belangrijk onderwerp en de onvoldoende informatieverstrekking moet tot zeer schadelijke gevolgen voor de onderneming hebben geleid.⁷¹ Daaronder vallen niet door de gebrekkige informatieverstrekking veroorzaakte misverstanden bij aandeelhouders of een vertrouwensbreuk tussen de aandeelhouders en de ondernemingsleiding. Uit de VIBA-uitspraak valt bovendien op te maken dat een incidentele gebrekkige informatieverstrekking waaraan geen schadelijke gevolgen voor de onderneming zijn verbonden, niet de kwalificatie van wanbeleid kan dragen, zelfs niet indien de onvoldoende informatieverstrekking opzettelijk is gebeurd.⁷²

Met deze uitspraken lijkt een beperking te zijn aangebracht in de in de Ogem-beschikking aangelegde maatstaf, houdende dat ook een enkele gedraging wanbeleid kan opleveren, *met name* indien die gedraging tot voor de onderneming zeer nadelige gevolgen heeft geleid. Door deze (door mij gecursiveerde) toevoeging werd immers nog de mogelijkheid opgehouden dat ook de eenmalige gedraging zonder schadelijke gevolgen als wanbeleid beschouwd kan worden.

In de Rodamco-beschikking heeft de Hoge Raad zijn standpunt verduidelijkt door te overwegen dat (i) de stelling dat een incidenteel besluit nimmer wanbeleid kan opleveren op een onjuiste maatstaf berust, en (ii) voor de beslissing dat van wanbeleid is gebleken niet noodzakelijk is dat het besluit ook daadwerkelijk tot nadelige gevolgen heeft geleid.⁷³ Het criterium dat opzettelijk onjuist is gehandeld blijkt voorts inwisselbaar met het criterium ernstig verwijtbaar handelen. Gelet op het voorgaande ligt de door Winters en Van de Weert aangebrachte onderverdeling, waar

70 Het [klaarblijkelijke] oordeel van de Ondernemingskamer dat het feit dat directie en commissarissen van VIBA desgevraagd tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders van 9 oktober 2000 onvoldoende inlichtingen hebben verschaft, een ernstige schending is geweest van de uit de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) voortvloeiende zorgvuldigheidsnormen, geeft *volgens de advocaat-generaal* geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip wanbeleid. Zie nr. 2.10 van de conclusie van de advocaat-generaal bij HR 21 februari 2003, *JOR* 2003/58 m.nt. M. Brink en *NJ* 2003, 181.

71 B. Winters en E. Van de Weert merken op dat het begrip onderneming niet (te) beperkt moet worden uitgelegd, en dat ook nadelige gevolgen voelbaar bij aandeelhouders of andere stakeholders van de rechtspersoon daaronder begrepen moeten worden, in: *Ondernemingsrecht* 2003-8, p. 302-305.

72 R.o. 3.4.3 voorlaatste zin van HR 21 februari 2003, *JOR* 2003/58 m.nt. M. Brink en *NJ* 2003, 181.

73 HR 18 april 2003, *JOR* 2003/110, r.o. 3.26, m.nt. S.M. Bartman en *NJ* 2003, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer.

het gaat om de beoordeling of een gedraging tot wanbeleid kan worden bestempeld, voor de hand⁷⁴:

— opzettelijk onjuist of ernstig verwijtbaar handelen in samenhang met het bestaan of de mogelijkheid van nadelige gevolgen zal al snel aanleiding kunnen vormen voor het aannemen van wanbeleid;

doet slechts één van de beide elementen zich voor dan is niet uitgesloten dat niettemin sprake is van wanbeleid, afhankelijk van de omstandigheden van het geval;

— indien geen van beide criteria zich voordoen, zal er in beginsel geen sprake (kunnen) zijn van wanbeleid.

In de Rodamco-beschikking kwam voorts aan de orde de vraag of in een situatie waarin een minderheidsaandeelhouder (Westfield) in het geplaatste kapitaal van een ter beurze genoteerde beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal (bmvk) met een open statutaire structuur feitelijk over de zeggenschap in de AVA beschikt, het aan deze vennootschap vrij staat, na de verwerving van diens minderheidsbelang, te besluiten tot het alsnog opwerpen van (tijdelijke) beschermingsconstructie. Maeijer en Josephus Jitta zijn overigens van mening dat de Hoge Raad niet bedoeld heeft een principiële uitspraak te doen over structurele beschermingsmaatregelen, maar dat deze uitspraak slechts betrekking heeft op incidentele beschermingsmaatregelen.⁷⁵ In de JOR-annotatie van Blanco Fernandez bij respectievelijk het commentaar van Josephus Jitta op de beschikking wordt aandacht besteed aan het bijzondere karakter van de bmvk.⁷⁶ Ik verwijs daarnaar.

De onderhavige beschermingsmaatregel bestond uit de oprichting van een stichting en de uitgifte van gewone aandelen aan die stichting. Hoewel de Ondernemingskamer had geoordeeld dat Rodamco voldoende redenen had voor het creëren van een status quo teneinde met Westfield verder te spreken over de te volgen strategische koers, achtte zij de handelwijze van Rodamco niettemin strijdig met elementaire beginselen van behoorlijk ondernemerschap. Ten eerste omdat Rodamco de beschermingsmaatregel niet had genomen met het oog op het creëren van de status quo, maar deze beschermingsmaatregel als middel had gehanteerd om Westfield definitief buiten de deur te houden, en ten tweede omdat Rodamco intensief overleg met Westfield achterwege had gelaten en Westfield onvoldoende in de gelegenheid had gesteld haar visie aan de andere aandeelhouders uiteen te zetten.

De Hoge Raad volgt de Ondernemingskamer in haar algemene overwegingen dat onder bepaalde omstandigheden het gebruik van een beschermingsmaatregel als de

⁷⁴ In: *Ondernemingsrecht* 2003-8, p. 302-305.

⁷⁵ Zie: de noot van J.M.M. Maeijer bij de uitspraak in de *NJ*, M.W. Josephus Jitta in: *Ondernemingsrecht* 2003-9, p. 348-351. J.M. Blanco Fernandez meent in zijn noot bij de uitspraak in de *JOR*, dat de beschikking onduidelijk is over de vraag of daaruit algemene conclusies over de geldigheid van beschermingsconstructies kunnen worden getrokken. Josephus Jitta rekent tot de structurele beschermingsmaatregelen bijvoorbeeld prioriteitsaandelen, de mogelijkheid tot het plaatsen van preferente aandelen of de certificering.

⁷⁶ Zie ook nr. 2.1-2.13 van de conclusie van de advocaat-generaal bij deze beschikking. Voor de bespreking van de andere wanbeleidsground in Rodamco verwijs ik naar de bijdrage van Holtzer in deze bundel.

onderhavige gerechtvaardigd kan zijn als deze maatregel noodzakelijk is onder meer met het oog op de continuïteit van (het beleid van) de vennootschap en de belangen van degenen die daarbij betrokken zijn, ook voor een vennootschap met een open structuur.⁷⁷ De Hoge Raad geeft een aantal overwegingen voor de beoordeling van de geoorloofdheid van de beschermingsmaatregel, te weten aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name moet worden afgewogen of het bestuur van de doelwitvennootschap in redelijkheid tot implementatie van de beschermingsmaatregel heeft kunnen komen.⁷⁸ Vervolgens verwerpt de Hoge Raad de hiervoor weergegeven eerste feitelijke vaststelling van de Ondernemingskamer, zulks 'in het licht van hetgeen (...) in 3.7 is overwogen'. De verwerping van de vaststelling van de Ondernemingskamer dat geen sprake was van een tijdelijke maar van een definitieve maatregel lijkt echter op zichzelf te staan. Ik kan geen verband ontdekken tussen de beoordeling door de Hoge Raad van de vaststelling van de Ondernemingskamer en de in algemene bewoordingen door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf voor de geoorloofdheid van een beschermingsmaatregel. Hetzelfde geldt voor de verwerping door de Hoge Raad van de vaststelling dat Rodamco onvoldoende heeft gedaan om met Westfield in overleg te treden en haar gelegenheid te geven haar visie aan de overige aandeelhouders bekend te maken. Deze verwerping is gebaseerd op de (volgens de Hoge Raad) onbegrijpelijkheid van het betrokken oordeel van de Ondernemingskamer. Daar kwam de in r.o. 3.7 weergegeven maatstaf evenmin aan te pas.

Dat corporate governance — ondanks het oordeel van de Hoge Raad in de HBG-beschikking — een belangrijke grondslag vormt voor de beoordeling door de Ondernemingskamer van het beleid van rechtspersonen valt af te leiden uit de Laurus-beschikking.⁷⁹ In deze zaak heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat de wijze van uitvoering van de (op zichzelf verantwoorde) strategische keuze voor één formule (de Konmar-ombouwoperatie) het predikaat wanbeleid verdient. Deze uitspraak is voorts een weergave van de heersende opvattingen over corporate governance, met name voor zover het de rol van de raad van commissarissen betreft. De raad van commissarissen kan medeverantwoordelijkheid dragen voor het wanbeleid, indien hij niet tijdig genoeg ingrijpt. Ook het nalaten van — onder bepaalde omstandigheden vereiste — scherper toezicht kan hem medeverantwoordelijk maken voor dat wanbeleid.⁸⁰ Tot slot bevestigt de uitspraak de in Ogem geformuleerde regel dat toezicht een

⁷⁷ De statuten van Rodamco bepaalden dat bestuur en commissarissen worden benoemd, geschorst en ontslagen door een met een volstrekte meerderheid van de ter vergadering uitgebrachte te stemmen te nemen besluit van de AVA; er gold ter zake geen quorums, de statuten kenden (anders dan voorheen) geen prioriteitsaandelen en ook geen beschermingsmaatregelen.

⁷⁸ R.o. 3.7 van de beschikking.

⁷⁹ OK 16 oktober 2003, *JOR* 2003/260, m.nt. M. Brink.

⁸⁰ Volgens P.D. Olden heeft de Ondernemingskamer haar oordeel dat de raad van commissarissen 'het bestuur korter aan de teugel' had moeten nemen, niet bedoeld dat de raad van commissarissen op de stoel van de raad van bestuur moet gaan zitten, maar dat hij de raad van bestuur had moeten dwingen tot het afleggen van een systematische tussentijdse verantwoording over het verloop van de ambitieuze ombouwoperatie, in: *Ondernemingsrecht* 2003-17, p. 670.

actieve opstelling vereist.⁸¹ De raad van commissarissen moet oog hebben voor signalen dat de door het bestuur verstrekte informatie onjuist is. Hoewel de raad van commissarissen in beginsel mag afgaan op door het bestuur verstrekte informatie, mag hij zich niet uitsluitend daarop verlaten, als hij signalen ontvangt dat deze informatie niet deugt.⁸² Volgens Olden past het oordeel van de Ondernemingskamer heel wel in de al langer bestaande taakopvatting van de raad van commissarissen, zoals 'gecodificeerd' in de Nederlandse corporate governance code (code-Tabaksblat).⁸³ De betrokken best practice bepaling, waarnaar Olden verwees, luidt inmiddels als volgt⁸⁴:

'De raad van commissarissen en de commissarissen afzonderlijk hebben een eigen verantwoordelijkheid om van het bestuur en de externe accountant alle informatie te verlangen die de raad van commissarissen behoeft om zijn taak als toezichhoudend orgaan goed te kunnen uitoefenen.'

Olden betoogt dat de code-Tabaksblat daarmee zelfs nog verder gaat dan de Ondernemingskamer, wier oordeel beperkt lijkt tot de situatie waarin de raad van commissarissen signalen ontvangt dat de informatie van het bestuur niet deugt.

Tot slot nog een enkel woord over een van de door de Ondernemingskamer getroffen voorzieningen na gebleken wanbeleid. Het afgelopen jaar heeft drie uitspraken opgeleverd waarbij de meest vérgaande voorziening is getroffen: de ontbinding van de rechtspersoon.⁸⁵ Volgens art. 2:357 lid 6 BW mag de ontbinding niet worden uitgesproken wanneer het belang van de aandeelhouders of het personeel, dan wel het openbaar belang zich daartegen verzet. Dat deze belangen schade zouden kunnen lijden behoeft de Ondernemingskamer overigens niet te weerhouden van de ontbinding. Andere belangen kunnen de doorslag geven. Afgezien van de ernst van het in deze drie zaken geconstateerde wanbeleid, ontbrak ieder uitzicht op herstel van de normale vennootschappelijke verhoudingen, terwijl zich in twee van de zaken de omstandigheid voordeed dat de activiteiten van de vennootschap al waren gestaakt (Make-laardij Huis 77 en Willem III Meubilering). Aan de ontbinding van de rechtspersonen in de andere zaak legde de Ondernemingskamer mede ten grondslag de noodzaak om tot rechtzetting van het aan de vennootschappen, haar minderheidsaandeelhouders en haar eventuele schuldeisers berokkende nadeel te komen (AZC). De twee eerstgenoemde uitspraken, waarbij de ontbinding werd gelast, zijn uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Leijten heeft er in zijn noot op gewezen dat de Ondernemingskamer daar-

mee *contra legem* gaat. In art. 2:358 lid 1 BW is de ontbinding van de rechtspersoon immers uitgezonderd van de voorzieningen na enquête die uitvoerbaar bij voorraad kunnen worden verklaard. De door Leijten uitgesproken verwachting dat het hier wellicht om een vergissing ging en dat de Ondernemingskamer daarop in de toekomst zou terugkomen, is uitgekomen. Aan de (latere) ontbindingsbeschikking in AZC zaak is geen uitvoerbaar bij voorraadverklaring verbonden. Wel heeft de Ondernemingskamer de vereffenaar benoemd tot tijdelijk bestuurder voor de duur dat de ontbindingsbeschikking nog geen kracht van gewijsde heeft verkregen, welke benoeming uitvoerbaar bij voorraad is (en mocht worden) verklaard.

8. Tot besluit

Het hele beeld overziende, kan geconcludeerd worden dat de rek nog lang niet uit het enquêterecht is verdwenen. Het is verheugend vast te kunnen stellen dat de Ondernemingskamer niet van plan lijkt de plaats van de knuppel in het (hoender)hok in te nemen. Er is wederom een groot aantal uitspraken gedaan waarmee is voorzien in de behoefte om een nadere invulling te geven aan de wettelijke regeling van het recht van enquête. Met de invoering van de Nederlandse corporate governance code heeft zich bovendien een belangrijke ontwikkeling voorgedaan, waarvan niet is uitgesloten dat deze in de toekomst een (nog) grote(re) rol zal gaan spelen in de beoordeling van geschillen rondom de rechtspersoon.

81 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466.

82 In gelijke zin: HR 4 juni 1997, *NJ* 1997, 671 (Text Lite).

83 Zie noot 80, p. 669.

84 Best practice bepaling 11.1.9. van de code in definitieve vorm.

85 OK 5 maart 2003, *JOR* 2003/106 en 7 maart 2003, *JOR* 2003/107, beiden geannoteerd door A.F.J.A.

Leijten en OK 25 september 2003, *JOR* 2003/281 m.nt. M.W. Josephus Jitta.