

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift [Juridisch up to Date](#). Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Jutd 2018/0071 Ruzie in de BV = OK!

Jutd 2018/0071 d.d. 25-05-2018

Auteur(s): mw. mr. A.C.D. van Buuren-Evers, advocaat Van Iersel Luchtman, 's-Hertogenbosch.

Inleiding

Het enquêterecht heeft de afgelopen decennia enorm aan populariteit gewonnen. Onder het enquêterecht - in de kern van toepassing op rechtspersonen met ondernemingen (artikel 2:344 BW) - vallen onder meer een onderzoek naar wanbeleid binnen de vennootschap, de omgangsvormen tussen aandeelhouders en bestuur en tussen aandeelhouders onderling, de ruimte van het bestuur om ongewenste overnames af te weren, belangenverstrengeling bij besluitvorming en vertegenwoordiging, het gewicht van het werknemersbelang en de verhouding tussen vennootschappelijk belang en concernbelang.¹ De actieve houding van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (hierna: "OK") heeft een "rechtspraakproduct" gevormd waaraan de praktijk behoefte heeft.² Het is "rechtspraak op maat" die deskundig is, toegankelijk, laagdrempelig en kostenefficient, met moderne communicatiemiddelen werkt, oog heeft voor alternatieven en verantwoorde doorlooptijden kent.³

In dit artikel bespreek ik de verschillende mogelijkheden die het enquêterecht te bieden heeft. Daarbij passeren recente ontwikkelingen de revue.

Het onderwerp komt opnieuw in de schijnwerpers naar aanleiding van het proefschrift van R.M. Hermans getiteld "*Het onderzoek in de enquêteprocedure*". Daarin wordt beschreven hoe de onderzoekers het onderzoek moeten uitvoeren en de OK het onderzoek moet aansturen. De auteur maakt ook een vergelijking met het deskundigenonderzoek in de civiele procedure. Het proefschrift bevat tevens suggesties voor wetswijzigingen en overige aandachtspunten. De aanbevelingen lijken primair gericht te zijn op grote, inquisitoire enquêteonderzoeken. Niet alle aanbevelingen lenen zich voor toepassing in kleine, curatieve enquêtes.⁴

Overzicht enquêteprocedure

De enquête is het zwaarste middel in het ondernemingsrecht om in te kunnen grijpen in de rechtspersoon zelf. Het kan uitkomst bieden in geval van overnamegeschillen, impasses en noodfinanciering. De enquête is gericht op sanering, herstel van de gezonde verhoudingen, opening van zaken en vaststelling van verantwoordelijkheid.⁵ Daarnaast kan de OK bescherming bieden aan minderheidsaandeelhouders of minderheidscertificaathouders tegen machtsmisbruik door de meerderheidsaandeelhouder(s).⁶ Verder gaat er een preventieve werking uit van de enquêteprocedure. Het enquêterecht leent zich niet voor geschillen van zuiver vermogensrechtelijke aard; zij kan de pandhouder van aandelen bijvoorbeeld niet verbieden dit pandrecht te executeren. In het enquêterecht staat het belang van de door de vennootschap gedreven onderneming centraal.

Ontvankelijkheidsvereiste

De eerste hobbel die moet worden genomen is die van de ontvankelijkheid. Het bestuur, de vennootschap en de vakbond zijn altijd bevoegd om een enquête te verzoeken. Aandeelhouders

zijn slechts bevoegd indien zij een bepaald percentage vertegenwoordigen. Bij een gewone BV en NV (geplaatst kapitaal kleiner dan 22,5 miljoen) gaat het om een minimum van 10% van het geplaatst kapitaal; bij een grote BV en NV (geplaatst kapitaal groter dan 22,5 miljoen) gaat het om een minimum van 1%. Aandeelhouders kunnen ook gezamenlijk een verzoek doen. Uit *Rhodia*⁷ volgt dat een verzoeker dient te voldoen aan de kapitaaleis op het moment dat de OK beslist op het verzoek. Indien de mede-verzoeker vóór de beslissing zijn verzoek intrekt, waardoor de achterblijvende verzoeker niet meer voldoet aan de kapitaaleis, dan is laatstgenoemde niet-ontvankelijk. Echter volgt uit *Slotervaartziekenhuis*⁸ ter nuancering:

"Nu het verzoek van Van Waveren c.s. tot het instellen van een enquête ten aanzien van Slotervaartziekenhuis mede betrekking heeft op een onderzoek naar de aandelenuitgifte als gevolg waarvan Van Waveren c.s. niet langer voldoen aan de kapitaaleis van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW, en Van Waveren c.s. hebben gesteld dat er gegronde redenen bestaan om te twifelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte [...], stond aan hun bevoegdheid om het instellen van een enquête te verzoeken niet reeds in de weg dat zij ten tijde van de indiening van hun inleidende verzoek minder aandelen in Slotervaartziekenhuis hielden dan die kapitaaleis voorschrijft." [onderstreping auteur]

Verwaterde aandeelhouders kunnen dus nog steeds een enquêteverzoek indienen, mits het verzoek ziet op de oorzaak van de verwatering.

Naast aandeelhouders zijn bij voldoende belang ook certificaathouders bevoegd tot het indienen van een enquêteverzoek. Dit is op grond van art. 2:346 sub b BW het geval als de certificaten ten minste 10% van het geplaatste kapitaal of een waarde van € 225.000 vertegenwoordigen. Hierbij maakt het bij de NV niet uit of de certificaten met of zonder medewerking van de NV zijn uitgegeven (vgl. art. 2:110 lid 2 en 2:114a lid 2 BW).

Op basis van *Scheipar*⁹ en *Butôt*¹⁰ is de reikwijdte van artikel 2:346 sub b BW opgerekt in dier voege dat ook economisch gerechtigden tot enquête bevoegd zijn, ook in het geval de aandelen in een onverdeelde nalatenschap vallen en het verzoek door de erfgenamen wordt gedaan. De Hoge Raad kwam in *Butôt* ten opzichte van *Scheipar* met een lichte koerswijziging: het is niet langer van belang of aan de economisch certificaathouder bevoegdheden met betrekking tot de zeggenschap toekomen. Ook een louter economisch belang bij certificaten kan voldoende zijn. Die oprekking blijkt ook uit *Slotervaartziekenhuis* en *SNS*¹¹, hoewel *SNS* specifiek ziet op onteigende aandeelhouders.

Een vennootschap kan het enquêterecht ook contractueel toekennen aan derden (art. 2:346 lid 1 sub e BW), zoals een bank of een aandeelhouder onder de 10% grens. In de beschikking *Aircraft Docking*¹² is bepaald dat een pandhouder op aandelen ex art. 2:346 aanhef en sub b BW ontvankelijk is indien deze in de statuten gelijk is gesteld aan een certificaathouder (zie tevens artikel 2:197 lid 4 BW en artikel 2:198 lid 4 BW).

Een Ondernemingsraad (OR) kan de bevoegdheid tot het recht van enquête krijgen bij de statuten of - zoals hiervoor al aangehaald - bij een overeenkomst met de vennootschap (art. 2:346 lid 1 sub e BW). De enquêteregeling besteedt daarnaast aandacht aan de positie van de OR in art. 2:349 lid 2 BW en art. 2:353 lid 3 BW. De OR wordt verder als belanghebbende aangemerkt en kan in die hoedanigheid optreden in de enquêteprocedure, zie daarvoor art. 279 Rv en art. 282 Rv. De OR

kan tot slot ex art. 31 lid 1 Wet op de Ondernemingsraden (WOR) inlichtingen over een enquête verkrijgen.

De beslissing van een arbitraal scheidsgerecht dat de gang naar de OK niet openstaat, is niet afdwingbaar in Nederland; *anti suit injunction* valt niet onder de EEX-Verordening.¹³ Bovendien is er slechts een beperkte rol voor arbitrageclausules gegeven de geldigheid van besluiten *erga omnes*.¹⁴ De enquêteprocedure behoort tot het exclusieve domein van de overheidsrechter.

Bezwaren

Een ander vereiste voor ontvankelijkheid is het op voorhand schriftelijk kenbaar maken van de bezwaren door de verzoeker bij het bestuur en - indien aanwezig - de raad van commissarissen teneinde het bestuur in staat te stellen in te grijpen (artikel 2:349 lid 1 BW). Alleen de rechtspersoon kan een beroep doen op deze niet-ontvankelijkheidsgrond (ATR¹⁵). De schriftelijke bezwaren kunnen bijvoorbeeld ook in een algemene vergadering van aandeelhouders aan de orde zijn gesteld. De OK legt het schriftelijkheidsvereiste niet strikt uit. Voorheen was voldoende dat bezwaren die mondeling worden geuit in een AV in de notulen zijn vastgelegd.¹⁶ Dit is inmiddels niet langer de opvatting van de OK. De schriftelijk kenbaar gemaakte bezwaren en de in het verzoekschrift opgesomde gronden moeten op hetzelfde onderwerp betrekking hebben. De OK let stringenter op de waarschuwingsplicht. Mocht een bezwaar onvoldoende uit de notulen volgen, dan moet alsnog schriftelijk bezwaar aangetekend worden en een voldoende lange periode gewacht worden. Voldoende lang is hier afhankelijk van de feitelijke omstandigheden.

Zoals reeds aangegeven, leent de enquêteprocedure zich niet voor geschillen van zuiver vermogensrechtelijke aard. Indien echter tevens opening van zaken en vaststelling van wie verantwoordelijk is voor mogelijk wanbeleid wordt beoogd, zal wel ontvankelijkheid volgen.¹⁷ De omstandigheid dat de geschillen van overwegend vermogensrechtelijke aard zijn, belet ontvankelijkheid dus niet.¹⁸ Hetzelfde geldt voor de omstandigheden dat vermogensrechtelijke motieven ten grondslag liggen aan het enquêteverzoek en dat deze geschillen reeds zijn voorgelegd aan de civiele rechter.¹⁹

Rechtsverwerking

Rechtsverwerking speelt indien verzoeker door gedragingen zijn enquêtebevoegdheid heeft verwerkt, bijvoorbeeld als lang is gewacht met het indienen van een enquêteverzoek na de bezwaren dan wel bekendheid met de feiten waarop het enquêteverzoek is gebaseerd. Verzoeker heeft zich dan gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het verzoeken van een enquête. Er dient sprake te zijn van bijzondere omstandigheden waardoor bij de vennootschap het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat geen enquêteverzoek meer zal worden ingediend.²⁰ De Hoge Raad stelt strenge eisen aan een beroep op rechtsverwerking.²¹ Tijdsverloop alleen is onvoldoende, maar mag wel meewegen. Tijdsverloop mag overigens ook meewegen bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van het enquêteverzoek.²² De OK mag niet ambtshalve beoordelen of sprake is van rechtsverwerking.²³ De OK geniet bij de inhoudelijke beslissing op het verzoek een ruimere beoordelingsvrijheid dan bij de hiervoor besproken ontvankelijkheidstoets.²⁴

Verweerschrift

Iedere (al dan niet opgeroepen) belanghebbende heeft de mogelijkheid om een verweerschrift in te dienen. Dit kan ook nog tijdens de behandeling, mits de rechter dit toestaat. In *Scheipar*²⁵ is bepaald dat een rol zal spelen in hoeverre de belanghebbende door de uitkomst van de procedure

zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat hij daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang. Het verweerschrift mag een zelfstandig (tegen)verzoek bevatten (art. 282 lid 4 Rv). Dat moet wel betrekking hebben op de aard en het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek. Het verweerschrift moet door een advocaat worden ingediend. De eis van bijstand van een advocaat staat niet in de weg aan de mogelijkheid dat de OK belanghebbenden in de gelegenheid stelt hun standpunt bij de behandeling persoonlijk toe te lichten.

Eerste fase

De enquêteprocedure is verdeeld in twee fases.²⁶ In de eerste fase wordt bepaald of er een onderzoek moet komen en ligt de vraag voor of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen. Deze maatstaf is divers en feitelijk van aard. Het gaat om alle omstandigheden van het geval²⁷ die kunnen leiden tot de kans dat bij nader onderzoek blijkt van wanbeleid. Het bevelen van een enquête is een discretionaire bevoegdheid.²⁸ Als de OK oordeelt dat een enquête op zijn plaats is, wordt een onderzoeker aangesteld. Met het verslag van de onderzoeker wordt de eerste fase afgesloten.

Tweede fase

Indien het verzoek wordt toegewezen en er zijn gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, wordt toegekomen aan de tweede fase. De tweede fase wordt geregeerd door de definitieve voorzieningen (eindvoorzieningen): indien wanbeleid wordt vastgesteld, kan de OK - na een verzoek daartoe binnen 2 maanden na deponering van het verslag - vergaande maatregelen treffen. Denk aan vernietiging van een besluit, ontslag van een bestuurder of zelfs ontbinding van de vennootschap. De gevolgen worden soms, maar niet vaak, door de OK geregeld. Het is onzeker wat de plaats van artikel 2:16 lid 2 BW is (bescherming voor derden die het "gebrek" niet kenden). De vervaltermijn voor vernietiging ex art. 2:15 lid 2 BW geldt niet voor de OK.²⁹

Artikel 2:356 BW geeft een *limitatieve* opsomming van de eindvoorzieningen die de OK kan treffen.³⁰ De OK is daarbij niet gebonden aan de verzochte voorzieningen.³¹

Een van de mogelijke voorzieningen is de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer ex art. 2:356 sub e BW; de overdracht van aandelen is in een enquêteprocedure nooit definitief. Overdracht door de beheerder is strijdig met het tijdelijke karakter van de voorziening.³² Gelet op de strekking van de voorziening zal degene wiens aandelen ten titel van beheer zijn overgedragen, waarschijnlijk niet de rechten hebben van een houder van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Uit *Novero Holdings*³³ volgt dat de beheerder van de aandelen wordt aangewezen.

Uit *Laurus*³⁴ volgt een beperking voor bestuurders en commissarissen bij het voeren van verweer in de tweede fase; zij hebben geen recht op het leveren van tegenbewijs. Het bewijsrecht is vanwege de aard van de procedure, in afwijking van art. 284 lid 1 Rv, niet van toepassing. Dit brengt ook mee dat de OK in de tweede faseprocedure niet hoeft in te gaan op een bewijsaanbod. Wel mogen bestuurders en commissarissen in die fase de bevindingen van de onderzoekers bestrijden, en als het gaat om essentiële stellingen moet de OK daaraan in de beschikking aandacht besteden. Daarnaast geldt uiteraard het beginsel van hoor en wederhoor.

Verhoren

De OK kan getuigen onder ede horen (art. 177 Rv). Tussenkomsst van een advocaat is niet vereist. De aard van het verzoek tot deze ordemaatregel noopt in het algemeen niet tot een beslissing over

geschilpunten en rechtvaardigt een informele procedure, waarin alleen de noodzaak van het bevel in verband met de omvang van de verplichting tot medewerking ter discussie kan staan. Ook de onderzoekers kunnen getuigen laten horen. Zij zijn bevoegd bij het verhoor aanwezig te zijn en aan de getuigen vragen te stellen ex art. 2:352a BW. De OK kan voorts de OR horen (art. 2:349a lid 1 BW en art. 2:355 lid 3 BW: horen van "deskundigen").

Reikwijdte onderzoek

Als uitgangspunt geldt dat de reikwijdte van het onderzoek wordt bepaald door het dictum van de beschikking waarin het onderzoek is gelast, in samenhang met de overwegingen waarop die beslissing rust.

Een enquêteverzoek heeft meestal alleen betrekking op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan tot aan de datum van indiening van het verzoek (*ASMP*³⁵). De OK benadrukt in *BCCH*³⁶ dat dit niet betekent dat de onderzoeker geen aandacht mag besteden aan hetgeen zich nadien heeft voorgedaan. Zowel de periode tussen de indiening van het verzoek en de mondelinge behandeling als de periode nadien, ook tijdens het onderzoek, kunnen van belang zijn, voor zover dat licht kan werpen op het voorwerp en de periode zoals die zijn bepaald bij het bevel tot onderzoek.³⁷ Het staat de onderzoeker niet vrij om feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na indiening van het verzoek tot zelfstandig voorwerp van onderzoek te maken. Hiervoor is een nadere beschikking nodig, die slechts kan worden gegeven op een daartoe strekkend verzoek.³⁸

Kosten onderzoek

De kosten van het onderzoek worden - gelet op artikel 2:350 lid 3 BW - in beginsel gedragen door de vennootschap. In extreme gevallen wordt een partij veroordeeld in de kosten.³⁹ Op grond van bestendige rechtspraak weegt de OK het kostenaspect mee bij het al dan niet gelasten van een enquête.⁴⁰ In beginsel wordt een enquêteverzoek afgewezen als vanwege de schaarse financiële middelen geen reëel uitzicht bestaat op een daadwerkelijk enquêteonderzoek.⁴¹ Het belang van de vennootschap bij continuïteit en het bespaard blijven van onderzoekskosten⁴² weegt dan zwaarder dan het belang van verzoeker bij een enquête.⁴³

Bij gebleken wanbeleid kan op grond van art. 2:354 BW op verzoek van de rechtspersoon veroordeling in de kosten plaatsvinden van een bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon is, indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon. Onlangs heeft A-G Wesseling-van Gent geconcludeerd dat ook de feitelijk bestuurder in de kosten veroordeeld kan worden.⁴⁴ Afgewacht moet worden in hoeverre de Hoge Raad dezelfde mening is toegedaan.

Onderzoek in en vanuit het buitenland

Uit *Chinese Workers*⁴⁵ volgt dat een buitenlandse aandeelhouder van een buitenlandse rechtspersoon een enquête kan verzoeken bij de Nederlandse dochtermaatschappij. In die casus vonden de OK en de Hoge Raad dat de buitenlandse aandeelhouder kon worden gelijkgesteld met een kapitaalverschaffer van de Nederlandse dochtermaatschappij. De Hoge Raad had reeds in de *Slotervaartziekenhuis*-beschikking overwogen dat voor deze gelijkstelling enkel indirect aandeelhouderschap onvoldoende is.

Er zijn mogelijkheden om het beleid van buitenlandse rechtspersonen in het onderzoek te betrekken, namelijk indien dit een nauw verbonden rechtspersoon ex artikel 2:351 lid 2 BW is, zoals

een buitenlandse moedermaatschappij van een Nederlandse rechtspersoon. Indien nodig strekt het onderzoek zich ook uit tot het verkrijgen van inlichtingen van in buitenland woonachtige personen.⁴⁶ In *Zeelandia*⁴⁷ overwoog de Hoge Raad dat de beperking van de reikwijdte van het enquêterecht niet meebrengt dat de onderzoeker geen gegevens mag verzamelen omtrent het beleid van in het buitenland gevestigde rechtspersonen die betrekkingen hebben onderhouden met de rechtspersoon die het voorwerp van de enquête is, indien de onderzoeker dat voor het doel van de enquête nuttig acht, zie ook *Ahold*⁴⁸. Het staat de OK vrij dergelijke gegevens te betrekken in zijn oordeel inzake wanbeleid en de eventueel te treffen voorzieningen. Van een territorialiteitsbeginsel in strikte zin kan ten aanzien van het enquêterecht dan ook niet worden gesproken.

Onmiddellijke voorzieningen

Het grootste voordeel van een enquêteprocedure is dat de OK in iedere fase voor de duur van de enquêteprocedure onmiddellijke voorzieningen kan treffen als daartoe een spoedeisend belang bestaat. Onmiddellijke voorzieningen zijn (orde)maatregelen van tijdelijke aard, dat wil zeggen voor ten hoogste de duur van het geding. De onmiddellijke voorzieningen mogen geen definitief karakter hebben. Via artikel 2:349a lid 2 BW kan bijvoorbeeld niet het ontslag van bestuurders of de ontbinding van de vennootschap worden bewerkstelligd.⁴⁹

In de praktijk is het veel verzoekers enkel te doen om deze onmiddellijke voorzieningen. Aangezien een onderzoek lang kan duren, wordt een enquêteverzoek dikwijls gecombineerd met een verzoek tot het treffen van bepaalde onmiddellijke voorzieningen zoals schorsing van bestuurders of commissarissen, benoeming van een tijdelijk (extra) bestuurder of commissaris (met bijzondere bevoegdheden of een doorslaggevende stem), het ontnemen van het stemrecht aan een bepaalde aandeelhouder of zelfs overdracht van aandelen aan een derde ten titel van beheer, wat de facto schorsing van het stemrecht bewerkstelligt. De lijst van onmiddellijke voorzieningen is niet limitatief en dat maakt het mogelijk om snel uit een impasse te geraken.⁵⁰

In *Skygate*⁵¹ is overwogen:

"Daarbij dient in aanmerking genomen te worden dat de Ondernemingskamer de vrijheid heeft zodanige voorlopige voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht, ook indien daarbij tijdelijk inbreuk wordt gemaakt op de geldende rechtsverhoudingen binnen de vennootschap, en dat aan het treffen van voorlopige voorzieningen niet zonder meer in de weg behoeft te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is en bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van, de belangen van de betrokken partijen."

Vooraf de uiterst creatieve en gedurfde wijze waarop de OK omgaat met de onmiddellijke voorzieningen van art. 2:349a BW springt in het oog. Daarbij stuit de OK al gauw op allerlei begrenzings van nationale, maar ook van internationaal juridische aard.

Ingeval nog geen onderzoek is gelast, wordt een onmiddellijke voorziening slechts getroffen indien naar het voorlopig oordeel van de OK gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen (art. 2:349a BW). De Hoge Raad heeft in *DSM*⁵² beslist dat de OK "een terughoudend gebruik" van deze mogelijkheid gebruik dient te maken en een onmiddellijke voorziening niet disproportioneel mag zijn.⁵³ In verband met de toestand van de vennootschap c.q.

in het belang van het onderzoek zijn in die situatie voldoende zwaarwegende redenen - zoals een impasse - benodigd voor het vragen van onmiddellijke voorzieningen.

Onmiddellijke voorzieningen komen aan de orde na een zorgvuldige belangenafweging vanwege de toestand van de rechtspersoon en het dreigend verlies van "corporate opportunities" c.q. ter voorkoming van het weglekken van de waarde van een onderneming en wegens gebrek aan informatievoorziening. Eindvoorzieningen spelen pas een rol na vaststelling van gebleken wanbeleid ex artikel 2:355 BW.

Artikel 2:349a lid 2 BW maakt het enkel mogelijk dat *tegelijk* met of *na* de indiening van een enquêteverzoek om voorlopige voorzieningen wordt gevraagd. De mogelijkheid van een onmiddellijke voorziening ex art. 2:349a lid 2 BW sluit een kort geding overigens niet uit. Voor een in kort geding te geven voorziening geldt ook niet het vereiste dat het enquêteverzoek al aanhangig is.⁵⁴ Wel dient de voorzieningenrechter terughoudendheid te betrachten indien wel een enquête aanhangig is of wordt gemaakt.

Het spreekt voor zich dat het voor de rechtspersoon niet mogelijk moet zijn om een door de OK getroffen voorziening ongedaan te maken. In artikel 2:357 lid 3 BW is uitdrukkelijk een verbod tot ongedaanmaking opgenomen: "*een door de OK getroffen voorziening kan door de rechtspersoon niet ongedaan worden gemaakt; eenbesluit daartoe is nietig.*" Een vernietigd besluit kan dus niet alsnog genomen worden en een opgelegde schorsing kan niet tussentijds worden opgeheven.

Dwangsom

De OK kan aan de door hem getroffen onmiddellijke voorzieningen een dwangsom verbinden.⁵⁵ Daarvoor is voldoende dat sprake is van iemand tegen wie een bevel is verzocht en aan wie het is opgelegd. De OK is ex art. 611 Rv. bovendien bevoegd de looptijd van een opgelegde dwangsom op te schorten en de dwangsom te verminderen indien sprake is van blijvende, tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De OK is niet bevoegd te beslissen over executiegeschillen (art. 438 Rv.).⁵⁶

Verwatering en noodzaakfinanciering

Een spraakmakend voorbeeld van een verstreckende onmiddellijke voorziening is *Inter-Access*⁵⁷: de OK besloot om een groot deel van de vordering in nieuw aandelenkapitaal te converteren waardoor de aandeelhouders de zeggenschap verkrijgen en het belang van de overige certificaathouders verwatert door uitsluiting van het voorkeursrecht.

Bij een financiële noodsituatie kan een aandeelhouder gedwongen worden geen gebruik te maken van zijn contractuele ofwel statutaire vetorecht. De voorwaarden hiervoor zijn:

1. Financiële nood;
2. Impasse;
3. Geen andere financieringslijn.⁵⁸

Samenloop met aansprakelijkheidsprocedure

De vaststelling van wanbeleid in een enquêteprocedure betekent niet automatisch dat de bestuurder aansprakelijk is voor dat wanbeleid.⁵⁹ Dat oordeel kan in een aansprakelijkheidsprocedure wel bewijsrechtelijke betekenis hebben, in zoverre dat (voorshands) bewezen is dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. In die zin hebben bestuurders een bewijsachterstand na het oordeel van de OK inhoudende wanbeleid. Sterker nog, uit recent

onderzoek blijkt dat in vrijwel alle gepubliceerde uitspraken inzake bestuurders- en/of commissarisaansprakelijkheid na het oordeel van wanbeleid een veroordeling van bestuurders en/of commissarissen volgde.⁶⁰

Voor het vorderen van schade dient de aandeelhouder de OK te verzoeken een tijdelijk bestuurder te benoemen die een artikel 2:9 BW-vordering instelt, waarbij het wanbeleid als "opstap" dient. Voorts kan de aandeelhouder een uittredingsvordering instellen (artikel 2:343 BW) op de grond dat de gedraging van de vennootschap ertoe leidt dat van hem in redelijkheid niet langer kan worden gevergd dat zijn aandeelhouderschap voortduurt.⁶¹

Conclusie

Uit voorgaande blijkt wel dat het enquêterecht legio mogelijkheden biedt en dat het volop in beweging is. Bij de ontwikkeling van het enquêterecht heeft de OK zelf een belangrijke rol gespeeld. Dit niet alleen op het gebied van het materiële enquêterecht maar vooral ook op het gebied van het formele enquêterecht. De wettelijke regeling kent veel onduidelijkheden en leemten waarin voorzien moest worden. De OK heeft daarbij, uitgelokt door de praktijk, vaak de grenzen verkend zoals wel volgt uit de hier aangehaalde casuïstiek. Volgens sommigen heeft de OK bepaalde grenzen overschreden.⁶² Zo roept de behandeling van verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen op zeer korte termijn de vraag op of dit in overeenstemming is met de beginselen van een behoorlijke procesorde, omdat belanghebbenden de mogelijkheid wordt onthouden op een behoorlijke wijze kennis te nemen van de stukken en hun standpunten naar voren te brengen (art. 19 Rv).⁶³ Het "schandpaalgehalte" van het enquêterecht is een belangrijk (niet-juridisch) aspect, mede gelet op de *Meavita*-enquête. Die enquêteprocedure leidde er immers toe dat de voor wanbeleid verantwoordelijke commissaris Loek Hermans uit de Eerste Kamer ging.

- NOOT 1 [\[terug\]](#) - Bartman & Holtzer 2010, p. 86.
- NOOT 2 [\[terug\]](#) - Veenstra, GS Rechtspersonen 2014, commentaar op afdeling 2 Boek 2 BW.
- NOOT 3 [\[terug\]](#) - Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/727.
- NOOT 4 [\[terug\]](#) - Eikelboom, IVOR nr. 105 2017/2.5.1.
- NOOT 5 [\[terug\]](#) - HR 10 januari 1990, NJ 1990/446 (OGEM).
- NOOT 6 [\[terug\]](#) - Van Solinge, VDHI nr. 140 2017/23.2.
- NOOT 7 [\[terug\]](#) - HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0505.
- NOOT 8 [\[terug\]](#) - HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:905.
- NOOT 9 [\[terug\]](#) - HR 6 juni 2003, NJ 2003/486 (Scheipar).
- NOOT 10 [\[terug\]](#) - Hof Amsterdam (OK) 25 april 2012, ARO 2012/68 (Butôt O.G. Holding BV).
- NOOT 11 [\[terug\]](#) - HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2456 en ECLI:NL:HR:2016:2518.
- NOOT 12 [\[terug\]](#) - OK 29 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5618 (Aircraft Docking).
- NOOT 13 [\[terug\]](#) - HvJ 13 mei 2015, zaak C-536/13 (Gazprom/Litouwen).
- NOOT 14 [\[terug\]](#) - ARO 2013/162 (Staat Holding).
- NOOT 15 [\[terug\]](#) - HR 30 maart 2007, NJ 2007/293, JOR 2007/138 (ATR).
- NOOT 16 [\[terug\]](#) - Hof Amsterdam (OK) 3 januari 1977, NJ 1977/342.
- NOOT 17 [\[terug\]](#) - HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465; Holtzer e.a. (red.), VDHI nr. 93 2017/I.1.
- NOOT 18 [\[terug\]](#) - HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465; Assink & Slagter, Compendium Ondernemingsrecht (Deel 2), Deventer: Kluwer 2013, p. 1581; Eikelboom, IVOR nr. 105 2017/2.2.2; Holtzer e.a. (red), VDHI nr. 141 2017/I.2.3.5.

- NOOT 19 [\[terug\]](#) - Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:306; Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4473).
- NOOT 20 [\[terug\]](#) - Vgl. Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8666.
- NOOT 21 [\[terug\]](#) - HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574; Josephus Jitta, T&C BW 2017, art. 2:350 BW, aant. 2; vgl. Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2894.
- NOOT 22 [\[terug\]](#) - HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574; Winters, Sdu Commentaar Ondernemingsrecht 2017, art. 2:349 BW, aant. C.1.11; Barbiers, MvO 2016/10-11, p. 281.
- NOOT 23 [\[terug\]](#) - Vgl. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht, Deventer: Kluwer 2007, p. 22.
- NOOT 24 [\[terug\]](#) - 2Vgl. de annotatie van J.M.M. Maeijer onder HR 20 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2646.
- NOOT 25 [\[terug\]](#) - HR 6 juni 2003, JOR 2003/161 (Scheipar).
- NOOT 26 [\[terug\]](#) - Hoewel sommigen evenwel uitgaan van meer dan twee fases, zie Eikelboom, IVOR nr. 105 2017/2.7.1.
- NOOT 27 [\[terug\]](#) - OK 2 november 2015 (Maevita).
- NOOT 28 [\[terug\]](#) - Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/754.
- NOOT 29 [\[terug\]](#) - HR 11 november 2016 (Cordial).
- NOOT 30 [\[terug\]](#) - G. Van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, Asser 2-Ila en art. 2:356 BW, Tekst en Commentaar, aant. 1.
- NOOT 31 [\[terug\]](#) - HR 4 oktober 2002, NJ 2002/556, JOR 2002/214 (Zwagerman II).
- NOOT 32 [\[terug\]](#) - Conclusie A-G Timmerman voor de uitspraak v/d Hoge Raad inzake e-Traction, HR 23 maart 2012, JOR 2012/141.
- NOOT 33 [\[terug\]](#) - HR 11 juli 2014, ARO 2014/87 (Novero Holdings).
- NOOT 34 [\[terug\]](#) - HR 8 april 2005, JOR 2005/119 m.nt. Brink (Laurus), r.o. 3.9.
- NOOT 35 [\[terug\]](#) - HR 9 juli 2010, JOR 2010/228 (ASMI).
- NOOT 36 [\[terug\]](#) - Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8659 (BCCH).
- NOOT 37 [\[terug\]](#) - J.H. Lemstra en T. Saleminck, "Kroniek enquêterecht 2014", Corporate Litigation 2014-2015, p. 15-16.
- NOOT 38 [\[terug\]](#) - Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2014, r.o. 3.10, ARO 2014/54 (BCCH).
- NOOT 39 [\[terug\]](#) - OK 27 december 2012 (Van Lier-Van der Lans).
- NOOT 40 [\[terug\]](#) - Holtzer e.a. (red.), VDHI nr. 110 2011/I.4; Hof Amsterdam (OK) 7 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO8892.
- NOOT 41 [\[terug\]](#) - Hof Amsterdam (OK) 10 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4558; Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2090).
- NOOT 42 [\[terug\]](#) - ECLI:NL:GHAMS:2016:4558.
- NOOT 43 [\[terug\]](#) - vgl. Kemp, MvO 2015/3-4, p. 67.
- NOOT 44 [\[terug\]](#) - Concl. A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2018:87.
- NOOT 45 [\[terug\]](#) - ECLI:NL:HR:2013:BY7833.
- NOOT 46 [\[terug\]](#) - HR 25 juni 2010, LJN: BM0710 (E-Traction Worldwide).
- NOOT 47 [\[terug\]](#) - HR 13 mei 2005, JOR 2005/147 (Zeelandia).
- NOOT 48 [\[terug\]](#) - Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, JOR 2005/6 (Ahold).
- NOOT 49 [\[terug\]](#) - Veenstra, GS Rechtspersonen 2013, commentaar op afdeling 2 Boek 2 BW, aant. 1.2.6.
- NOOT 50 [\[terug\]](#) - Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/772.
- NOOT 51 [\[terug\]](#) - ECLI:NL:HR:2001:AD5138.
- NOOT 52 [\[terug\]](#) - HR 14 december 2007, JOR 2008/11 (DSM).

- NOOT 53 [\[terug\]](#) - Analbers, "Onmiddellijke voorzieningen voorafgaand aan een beslissing op het enquêteverzoek." "only use in case of emergency", MvO 2017/8 en 9.
- NOOT 54 [\[terug\]](#) - P. van Schilfgaarde en J. Winter, Van de BV en de NV, 16e druk, 2013, Kluwer.
- NOOT 55 [\[terug\]](#) - Artikel 2:349a BW, Tekst en Commentaar, aantekening 3. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 27 december 2012, JOR 2013/42 (Van Lier/Van der Lans).
- NOOT 56 [\[terug\]](#) - Hof Amsterdam (OK) 5 december 2014, JOR 2015/229.
- NOOT 57 [\[terug\]](#) - HR 25 februari 2011, JOR 2011/115 (Inter-Access).
- NOOT 58 [\[terug\]](#) - Vgl. OK 15 november 2001 (Decidewise); OK 31 december 2009 en HR 25 februari 2011 (Inter Access) (AH ovk > 50% Marigot); OK 8 mei 2014 (Delphi Bioscience) (AvA akkoord met conversie).
- NOOT 59 [\[terug\]](#) - HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010 (Laurus).
- NOOT 60 [\[terug\]](#) - Van Solinge, VDHI nr. 140 2017/23.10.
- NOOT 61 [\[terug\]](#) - Zie voorts G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- NOOT 62 [\[terug\]](#) - Josephus Jitta 2004, p. 9.
- NOOT 63 [\[terug\]](#) - Veenstra 2010, hoofdstuk 4.5 en de aantekeningen bij art. 2:349a lid 2 BW.