

Het SER-advies en ontwikkelingen in het enquêterecht Dienen bestaande rechtswaarborgen te leiden tot aanpassing van de enquêteprocedure?

Mr. S.J.H.M. Berendsen, mr. W.A. Westenbroek , actueel tot 15-05-2008

Actueel tot	15-05-2008
Auteur	Mr. S.J.H.M. Berendsen, mr. W.A. Westenbroek 
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Burgerlijk procesrecht / Bewijs
Wetingang	Boek 2 BW art. 349a; Rv art. 284;

Het SER-Advies bevat een aantal beschouwingen dat ziet op de rechtswaarborgen die gelden in de enquêteprocedure. In het recente arrest van de Hoge Raad inzake DSM wordt eveneens stilgestaan bij deze rechtswaarborgen. De auteurs gaan onder meer naar aanleiding van het SER-Advies en de DSM-beschikking in op de vraag of de enquêteprocedure met voldoende rechtswaarborgen is omkleed en of, en zo ja hoe, de enquêteprocedure aanpassing behoeft.

1 Inleiding

Op 15 februari 2008 publiceerde de Commissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur van de Sociaal Economische Raad haar Advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur (het Advies). ^[1] De adviesaanvraag van de Minister van SZW van 19 juni 2007 aan de SER zag op de vraag of de positie van werknemers bij Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen versterking behoeft. Opmerkelijk is dan ook dat de Commissie met name ingaat op de rol en de macht van de Ondernemingskamer binnen ondernemingsrechtelijk Nederland. Zo doet de SER vergaande aanbevelingen voor het enquêterecht. ^[2] Een van de kernbevindingen uit het Advies is dat de enquêteprocedure niet de gebruikelijke rechtswaarborgen van de gewone civiele procedure kent. Van een beschikking van de Ondernemingskamer staat bijvoorbeeld uitsluitend beroep in cassatie open bij de Hoge Raad. Eén en ander blijkt in een aantal gevallen te leiden tot onvoorspelbaarheid en onzekerheid voor bestuurders en commissarissen, aldus het Advies.

De Commissie doet onder meer de aanbevelingen (i) om het enquêterecht in twee feitelijke instanties te laten plaatsvinden en aan hoger beroep slechts in uitzonderlijke situaties schorsende werking toe te kennen en (ii) om de vraag of onmiddellijke voorzieningen mogen worden getroffen te laten beantwoorden aan de hand van de criteria die gelden voor een gewoon kort geding ex art. 254 e.v. Rv waarbij een redelijke afweging van de belangen van partijen dient plaats te vinden. ^[3]

Het Advies, althans het eerder gepubliceerde en op voornoemde punten gelijklopende ontwerp van het Advies, is niet van kritiek gespaard gebleven. Gevreesd wordt dat implementatie van de aanbevelingen tot veel tragere procedures zal leiden en dat de 'macht' van de Ondernemingskamer om snel te kunnen ingrijpen te veel wordt beperkt. In dat verband wordt gesproken over paniekvoetbal. ^[4] De voorzitter van de Ondernemingskamer heeft zich eveneens tegen het Advies gekeerd. ^[5] Enerzijds is de kritiek op het

Advies goed te begrijpen omdat de mogelijkheden voor de Ondernemingskamer om op snelle en adequate wijze in geschillen te kunnen ingrijpen door overname van de aanbevelingen van de SER te sterk worden vermindert. Anderzijds hebben de aanbevelingen tot doel de rechtswaarborgen in de enquêteprocedure te verbeteren en dit is een goed streven.

2 Ontstaan en ontwikkeling van het enquêterecht: achtergrond Advies

De oudste regeling van het enquêterecht die gold van 1928 tot 1971 en was opgenomen in het Wetboek van Koophandel, [\[6\]](#) was weinig effectief. Indien de rechtbank de vordering, het betrof toen nog een dagvaardingsprocedure, tot het instellen van een onderzoek toewees en een onderzoek gelastte, stopte de procedure. Onmiddellijke [\[7\]](#) of definitieve voorzieningen [\[8\]](#) konden niet getroffen worden. Het werd aan de vennootschap zelf overgelaten om consequenties aan het onderzoek te verbinden. [\[9\]](#) Tegen het vonnis van de rechtbank tot het houden van een onderzoek stond echter wel hoger beroep bij het gerechtshof en beroep in cassatie bij de Hoge Raad open. [\[10\]](#) Van de regeling werd zelden gebruikgemaakt.

In 1971 werd het enquêterecht ingrijpend veranderd en opgenomen in Boek 2 BW. [\[11\]](#) De enquêteprocedure werd een verzoekschriftprocedure en de Ondernemingskamer, die werd ondergebracht bij het Gerechtshof te Amsterdam, werd als enige bevoegde feitenrechter, ook voor de jaarrekeningprocedure ex art. 2:447 e.v. BW, aangewezen. Hoger beroep was niet meer mogelijk, cassatie wel. Uit de wetsgeschiedenis valt niet op te maken waarom de enquêteprocedure als verzoekschriftprocedure is ingericht. De Ondernemingskamer werd bij het hof ondergebracht omdat het hof als enige feitelijke instantie belastingzaken behandelde en daarom werd bij het hof de kennis verondersteld die nodig was in jaarrekeningprocedures. [\[12\]](#)

In 1994 heeft de Ondernemingskamer door de invoering van art. 2:349a lid 2 BW de mogelijkheid gekregen om onmiddellijke voorzieningen te treffen. [\[13\]](#) Deze laatste ontwikkeling in het enquêterecht heeft mede door rechtspraak van de Kort Geding Kamer van het Amsterdamse Gerechtshof en van de Ondernemingskamer ertoe geleid dat gesproken kan worden van een betrekkelijk exclusieve vennootschappelijke kortgedingjurisdictie van de Ondernemingskamer. [\[14\]](#) Zo heeft de Kort Geding Kamer van het Amsterdamse Gerechtshof geoordeeld dat voor de civiele rechter in principe geen taak is weggelegd als het conflict betrekking heeft op terreinen die onder de jurisdictie van de Ondernemingskamer vallen. [\[15\]](#)

De mogelijkheden om door middel van het enquêterecht invloed op het beleid van de vennootschap uit te oefenen zijn al met al sinds 1928 enorm gegroeid en (activistische) aandeelhouders maken van deze mogelijkheden de laatste jaren steeds meer gebruik. Dat kan niemand ontgaan zijn. [\[16\]](#) Het enquêterecht is dan ook in belang toegenomen en de (financiële) belangen van partijen die in enquêteprocedures zijn betrokken, zijn vaak groot. De enquêtegeschillen lijken in de loop van de tijd ook complexer geworden, zowel bij beursgenoteerde als niet-beursgenoteerde ondernemingen. Tegen deze achtergrond doet de Commissie, aldus het Advies, haar aanbevelingen, waaronder zoals gezegd, de aanbevelingen die zien op de verbetering van de rechtswaarborgen in de enquêteprocedure. Hierna gaan wij in op de vraag met welke rechtswaarborgen de enquêteprocedure omkleed is en of deze waarborgen in onze ogen voldoen. [\[17\]](#)

3 De rechtswaarborgen in de enquêteprocedure

De Hoge Raad en de Ondernemingskamer hebben in verschillende uitspraken het bijzondere karakter van het enquêterecht benadrukt in vergelijking met de 'gewone' civielrechtelijke procedures, naar het zich laat aanzien (mede) met het doel om de enquêteprocedure enkel van toepassing te laten zijn op die gevallen waarin de snelheid en het in potentie adequate optreden van de Ondernemingskamer het gebrek aan rechtswaarborgen compenseren. [18] Een aantal voorbeelden:

In de *Gucci*-beschikking oordeelde de Hoge Raad dat het onderzoek de kern vormt van het in de wet neergelegde stelsel van het enquêterecht en dat in aansluiting op het verslag van het onderzoek voorzieningen getroffen kunnen worden. Indien er echter geen aanleiding bestaat voor het instellen van een onderzoek maar wel behoefte is aan voorzieningen, staat de gewone procedure bij de burgerlijke rechter met alle daaraan verbonden waarborgen open. [19]

In de *Laurus*-beschikking oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van een niet expliciet door partijen in de enquêteprocedure naar voren gebrachte kwestie, dat indien de Ondernemingskamer aanleiding zag deze kwestie ambtshalve aan de orde te stellen, zij partijen in een tussenbeschikking in de gelegenheid moet stellen het processuele debat daarover aan te gaan. De Ondernemingskamer dient zich van een beslissing op dit punt te onthouden als vervolgens zou blijken dat partijen dat debat niet wensten te voeren. [20]

De Hoge Raad oordeelde voorts in de *Jan Rebel*-beschikking dat het de Ondernemingskamer niet vrijstaat beslissingen te geven of voorzieningen te treffen die niet stroken met de strekking van het ingediende verzoek of die aan de kenbare bedoeling van verzoekers zodanig afbreuk doen dat moet worden aangenomen dat zij het verzoek niet zouden hebben gehandhaafd als zij hadden geweten dat een dergelijke beslissing gegeven of voorziening getroffen zou worden. [21]

In de *Unilever*-beschikking oordeelde de Hoge Raad dat daarnaast moet worden bedacht dat het onderzoek diep kan ingrijpen in het functioneren van de rechtspersoon en dat de procedure gevoerd wordt in slechts één feitelijke instantie, waarvan de uitkomst niet alleen kan leiden tot de procedure in de tweede fase maar dat zij ook een, zij het beperkte, betekenis in bewijsrechtelijk opzicht kan hebben in andere procedures. [22]

Voorts oordeelde de Hoge Raad in dezelfde *Unilever*-beschikking dat niet de Ondernemingskamer maar de gewone civiele rechter - absoluut - bevoegd is te beslissen over (rechts)vragen van puur vermogensrechtelijke aard en dat ook het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond van dergelijke geschillen niet behoort tot de doeleinden van het enquêterecht.

Ten slotte oordeelde de Ondernemingskamer zeer recent nog dat, indien een beslissing van de bevoegde civiele rechter ten aanzien van een (rechts)vraag van puur vermogensrechtelijke aard niet voorhanden is, de Ondernemingskamer - indien deze rechtsvraag wel een rol speelt in de beoordeling van het geschil in de enquêteprocedure - zich over die (rechts)vraag een oordeel dient te vormen, welk oordeel alsdan in de enquêteprocedure verder als uitgangspunt heeft te gelden, zonder dat daarmee echter een bindende, voor kracht van gewijsde vatbare beslissing over die (rechts)vraag gegeven is die ook in andere gedingen rechtskracht heeft. [23]

Een andere, recente, zaak waarin de Hoge Raad de enquêteprocedure nader inkadert en meer inhoud geeft aan de rechtswaarborgen daarvan, is het geschil tussen *Franklin c.s.* en *DSM*. [24]

4 DSM-beschikking en de conclusie van de A-G

In de zaak *Franklin c.s./DSM* heeft de Ondernemingskamer bij onmiddellijke voorziening verboden dat in de aandeelhoudersvergadering zou worden gestemd over het voorstel tot invoering van het loyaliteitsdividend. DSM besloot - door alle ophef - af te zien van het loyaliteitsdividend en beroep in cassatie achterwege te laten. Een besluit van de Ondernemingskamer tot het instellen van een onderzoek zou, op verzoek van één der partijen, worden behandeld op een nadere zitting. [25] Een nadere terechtzitting is echter tot op de dag van vandaag niet gehouden. Een onmiddellijke (lees: voorlopige) voorziening die naar de letter van de wet slechts getroffen kan worden voor de duur van de enquêteprocedure (art. 2:349a lid 2 BW) was daarmee in feite, indien het hoger beroep in cassatie in het belang der wet achterwege was gebleven, definitief geworden, zonder dat het enquêteverzoek zelf ooit behandeld was.

Zoals de A-G opmerkt in zijn beroep in cassatie in het belang der wet, wordt het eigenlijke geschil tussen partijen op deze wijze na een wel heel summiere rechtsgang met geringe rechtswaarborgen door de Ondernemingskamer in deze 'voor'procedure [26] feitelijk definitief beslist. Met de geringe rechtswaarborgen doelt de A-G op het feit dat (i) in de voorprocedure geen gelegenheid bestaat om op een grondige wijze feiten vast te stellen, (ii) de enquêteprocedure minder bewijsrechtelijke waarborgen zou kennen dan een 'normale' procedure kent, (iii) aan het opleggen van onmiddellijke voorzieningen doorgaans slechts een (zeer) beperkt partijdebat voorafgaat [27] en (iv) er geen tweede feitelijke instantie bestaat. [28]

De Hoge Raad oordeelde dat nu de aan de Ondernemingskamer gegeven bevoegdheid tot het treffen van een onmiddellijke voorziening wordt uitgeoefend in een geding betreffende een verzoek als bedoeld in art. 2:345 BW, in beginsel eerst moet worden beoordeeld of gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twifelen. Daarbij heeft de wetgever, aldus de Hoge Raad, echter niet uitgesloten dat de Ondernemingskamer van deze bevoegdheid gebruikmaakt, voordat zij op het verzoek tot het instellen van een onderzoek heeft beslist, en dus vooruitlopend op een definitief oordeel daarover.

Volgens de Hoge Raad dient van die bevoegdheid slechts terughoudend gebruik te worden gemaakt omdat slechts aan de hand van een beperkt partijdebat voorlopig kan worden beoordeeld of gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twifelen. Daarbij dient in het oog te worden gehouden dat te zijner tijd, afhankelijk van de uitkomsten van een eventueel in te stellen onderzoek, voor het treffen van voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW slechts plaats is indien dit gerechtvaardigd is met het oog op de met de regeling van het enquêterecht beoogde sanering en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de rechtspersoon. De Ondernemingskamer zal bij de uitoefening van haar bevoegdheid altijd voldoende rekening moeten houden met, en een billijke afweging moeten maken van, de belangen van betrokken partijen. [29] Voorts mogen 'slechts' onmiddellijke voorzieningen worden getroffen indien daartoe in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek 'voldoende zwaarwegende redenen' bestaan. [30]

De Hoge Raad heeft hiermee een betrekkelijk strikt criterium geformuleerd aan de hand waarvan de Ondernemingskamer in de toekomst verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen ex art. 2:349a BW dient te beoordelen.

5 Gevolgen DSM-beschikking

Het door de Hoge Raad geformuleerde strikte(re) criterium voor de toepassing van onmiddellijke voorzieningen doet recht aan de door de A-G en in het Advies geconstateerde gebreken in de

enquêteprocedure. Immers, het verlangt van de Ondernemingskamer, kort gezegd, een meer nauwkeurig onderzoek naar de feiten en een betere motivering van haar beslissing. De Ondernemingskamer zal onder meer in haar beschikking duidelijk moeten maken dat zij de belangen van partijen voldoende heeft gewogen en motiveren waarom er 'voldoende zwaarwegende redenen' zijn om tot het treffen van een onmiddellijke voorziening te komen.

Wij menen dat de DSM-uitspraak daarom temeer aanleiding geeft om de enquêteprocedure met meer rechtswaarborgen, waaronder een uitgebreider partijdebat, te omgeven zodat de Ondernemingskamer ook daadwerkelijk de mogelijkheid heeft om een billijke afweging te maken van de belangen van betrokken partijen en om te constateren dat in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek voldoende zwaarwegende redenen bestaan. Met andere woorden, de Ondernemingskamer zal beter in de gelegenheid moeten worden gesteld om een gedegen juridisch en/of feitelijk onderzoek ter zitting te verrichten alvorens onmiddellijke voorzieningen te treffen en/of een enquête te gelasten. Een en ander komt de rechtspleging in zowel de zogenaamde 'voor'procedure als de gehele eerste en tweede fase ten goede.

6 Rechtswaarborgen voldoende?

De enquêteprocedure werkt snel en effectief. De prijs die daarvoor betaald wordt is dat zij met relatief weinig rechtswaarborgen omkleed is. Dit gebrek aan rechtswaarborgen uit zich op verschillende wijzen.

1. De Ondernemingskamer wijst na een betrekkelijk summiere behandeling van de zaak - verzoekschrift, verweerschrift en mondelinge behandeling - in de zogenoemde 'eerste fase' ^[31] van de enquêteprocedure een beschikking over de vraag of onmiddellijke voorzieningen, indien verzocht, moeten worden toegewezen en of een enquête gelast moet worden. Er worden - buiten het kader van het onderzoek - geen getuigen gehoord en geen deskundigen benoemd. Verweerders en/of belanghebbenden kiezen er soms zelfs voor eerst ter zitting verweer te voeren tegen het voorliggende verzoek waarbij in sommige gevallen niet eens pleitnota's worden overgelegd. Nemen civiele procedures doorgaans vele jaren in beslag, bij de Ondernemingskamer worden verzoeken in de eerste fase veelal in termijnen van maanden of zelfs weken afgewikkeld. Als gevolg van deze, in vergelijking tot de civiele procedure, behoorlijk summiere behandeling zijn de onderwerpen en feiten die partijen verdeeld houden veelal nog slechts in beperkte mate uitgekristalliseerd. ^[32] Dit terwijl de vragen of er onmiddellijke voorzieningen getroffen dienen te worden en of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen door de Ondernemingskamer (vanzelfsprekend) beantwoord dienen te worden aan de hand van de feiten die partijen in de enquêteprocedure naar voren brengen. De Ondernemingskamer dient vanaf het eerste moment dus een zeer feitelijk onderzoek te verrichten. Dat een eventueel door de Ondernemingskamer gelast onderzoek eveneens beoogt feiten boven water te krijgen doet hieraan niets af. De Ondernemingskamer dient in staat te zijn degelijk feitenonderzoek (ter zitting) uit te voeren temeer nu de wetgever geen invulling heeft gegeven aan het begrip 'wanbeleid', of aan het begrip 'gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen', omdat de invulling van deze begrippen juist vaak een zeer feitelijke benadering vergen waarin de Ondernemingskamer van geval tot geval dient te beslissen. Dit feitenonderzoek vindt als gevolg van de betrekkelijk summiere behandeling veelal onvoldoende plaats.

Een goed voorbeeld waarin de feitelijke vaststellingen van de Ondernemingskamer een grote rol kunnen hebben gespeeld bij de uitkomst van de zaak is de OK-procedure over de overname van ABN AMRO en de verkoop van de Amerikaanse ABN AMRO-dochter LaSalle. ^[33] Essentieel in deze procedure was

wellicht niet zozeer de vraag of de AvA op grond van art. 2:107a BW of art. 2:8 BW de verkoop van LaSalle zou moeten goedkeuren, maar het oordeel van de Ondernemingskamer (r.o. 3.15) dat geen sprake was van een gecoördineerde manoeuvre gericht op het frustreren van de overname-intenties van het RBS-Consortium. Dit oordeel kon in cassatie niet getoetst worden omdat het berustte op waarderingen van feitelijke aard. [34] Deze feitelijke vaststelling was essentieel voor het verloop van de zaak en opmerkelijk is dat deze vaststelling is geschied aan de hand van één schriftelijke ronde zonder dat getuigen zijn gehoord en/of deskundigen zijn benoemd. De vraag is hoe over het geschil geoordeeld zou zijn, indien er wel meer ruimte zou zijn geweest voor een feitelijk onderzoek. In de DSM-zaak was eerder sprake van een ingewikkeld *juridisch* vraagstuk dat zich dus ook uitstekend leende voor cassatie. De vraag in die zaak is of de Ondernemingskamer tot eenzelfde oordeel was gekomen als nu het geval was indien het juridisch debat voor de Ondernemingskamer meer uitgekristalliseerd was.

2. Er is in de enquêteprocedure maar één kans om de feiten goed vast te stellen. Vanuit dit oogpunt is de gedachte in het Advies om de enquêteprocedure in twee feitelijke instanties te laten plaatsvinden begrijpelijk. [35]

Overigens heeft de voorzitter van de Ondernemingskamer het standpunt verdedigd dat het gebrek aan twee feitelijke instanties wordt gecompenseerd doordat in de enquêteprocedure in feite op drie momenten aan feitenonderzoek wordt gedaan; bij de behandeling van het enquêteverzoek (al dan niet gepaard gaand met een verzoek om onmiddellijke voorzieningen), tijdens het onderzoek en bij de behandeling van een verzoek tot vaststelling wanbeleid (al dan niet gepaard gaand met een verzoek om definitieve voorzieningen). [36]

3. Tot slot wordt gesteld dat '*de enquêteprocedure minder bewijsrechtelijke waarborgen dan een 'normale' procedure kent*'. [37] Naast de A-G in zijn conclusie bij de DSM-uitspraak, zijn ook andere schrijvers deze mening toegedaan. [38] In de praktijk is deze stelling van de A-G zonder meer juist. De Ondernemingskamer biedt immers weinig tot geen ruimte tot het horen van getuigen of het toelaten van deskundigenberichten, bewijsaanbiedingen worden niet gedaan of worden door de Ondernemingskamer gepasseerd en discussies over stelplicht, bewijslast en bewijslastomkering vinden niet plaats.

In theorie is de stelling van de A-G onzes inziens echter niet juist. Bij de herziening van het burgerlijk procesrecht in 2002 is art. 284 Rv immers ingevoerd dat - kort gezegd - bepaalt dat de regels van bewijsrecht, zoals deze gelden in dagvaardingsprocedures, van overeenkomstige toepassing zijn in de verzoekschriftprocedure voor zover de aard van de zaak zich daar niet tegen verzet.

Weliswaar heeft de Hoge Raad in de Laurus-beschikking [39] geoordeeld dat de aard van de procedure met zich meebrengt dat een uitzondering is gerechtvaardigd op art. 284 Rv, maar in deze zaak was slechts aan de orde de vraag of bepaalde commissarissen in de gelegenheid dienden te worden gesteld tegenbewijs te leveren tegen voor hen nadelige bevindingen uit het onderzoeksrapport. Hiermee is vanzelfsprekend niet gezegd dat art. 284 Rv niet van toepassing is op de eerste en tweede fase van de enquêteprocedure.

Bovendien bepaalt art. 2:349a BW uitdrukkelijk dat de Ondernemingskamer alvorens te beslissen op een verzoek om onmiddellijke voorzieningen te treffen 'ook' ambtshalve getuigen en deskundigen kan horen en bepaalt art. 2:352a BW expliciet dat de onderzoekers de Ondernemingskamer kunnen vragen om personen als getuigen te horen. Anders dan in de 'normale' kortgedingprocedure van art. 254 Rv waarin de gewone regels van bewijsrecht geen toepassing vinden, [40] wordt via art. 284 Rv en de regels over het enquêterecht dus juist expliciet gewezen op de mogelijkheden van het bewijsrecht.

De enquêteprocedure kent aldus op zich voldoende *bewijsrechtelijke waarborgen*, probleem is echter dat daarop in de praktijk niet of nauwelijks een beroep wordt gedaan.

7 Aanbevelingen ten aanzien van rechtswaarborgen

Het voorgaande geeft aanleiding om te onderzoeken op welke wijze nadere invulling aan de rechtswaarborgen van de enquêteprocedure kan worden gegeven. In dit kader worden in het Advies, zoals gezegd, onder meer de aanbevelingen gedaan om (i) de criteria die gelden voor een gewoon kort geding als bedoeld in art. 254 e.v. Rv toe te passen op een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen [\[41\]](#) en (ii) het enquêterecht in twee feitelijke instanties te laten plaatsvinden en aan hoger beroep in beginsel schorsende werking toe te kennen.

Ad (i) Toepassing criteria kort geding

De aanbeveling in het Advies om in art. 2:349a BW expliciet op te nemen dat onmiddellijke voorzieningen slechts kunnen worden getroffen na een redelijke afweging van de belangen van partijen achten wij overbodig. Uit de *Skygate*-beschikking [\[42\]](#) volgt immers dat de ruimte die de Ondernemingskamer heeft bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet wezenlijk afwijkt van die van de voorzieningenrechter. Een onmiddellijke voorziening mag leiden tot een tijdelijke inbreuk op de geldende rechtsverhouding binnen de vennootschap, ook als het gevolg onomkeerbaar is, mits de voorziening naar aard voorlopig is en een deugdelijke belangenafweging heeft plaatsgevonden. [\[43\]](#) In de DSM-uitspraak heeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar de *Skygate*-uitspraak, nogmaals bevestigd dat voornoemde belangenafweging dient plaats te vinden.

Ad (ii) De enquêteprocedure in twee feitelijke instanties?

De aanbeveling in het Advies om hoger beroep tegen de beschikking van de Ondernemingskamer mogelijk te maken [\[44\]](#) en daaraan in beginsel schorsende werking te verbinden, [\[45\]](#) leidt hoe dan ook tot een verbetering van de rechtswaarborgen van de enquêteprocedure. [\[46\]](#) Hiermee is echter niet gezegd dat deze aanbeveling een oplossing voor de geconstateerde gebreken vormt. De invoering van twee feitelijke instanties zal namelijk het relatief snelle en efficiënte verloop van de enquêteprocedure volledig teniet doen en dat is onzes inziens onacceptabel. Overigens geldt het bezwaar van vertraging van de procedure nauwelijks in de tweede fase van de enquêteprocedure. De snelheid van de procedure is immers met name te vinden bij de behandeling van enquêteverzoeken en verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Het onderzoek neemt veelal veel tijd (een jaar of meer is niet ongebruikelijk) in beslag en de procedure in de tweede fase kent aanzienlijke wachttijden voordat de Ondernemingskamer haar beschikking wijst.

De rechtswaarborgen van de enquêteprocedure kunnen onzes inziens op andere wijze verbeterd worden. De enquêteprocedure kan zorgvuldiger ingericht worden waardoor de mogelijkheden voor de Ondernemingskamer om op een verantwoorde wijze tot een oordeel te komen vergroot wordt. Daarbij zou - zoveel mogelijk - aansluiting gezocht moeten worden bij de civiele procedure.

Re- en dupliek

Invoering van een tweede schriftelijke ronde (re- en dupliek), ook ten aanzien van een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, zal het debat zonder meer ten goede komen en de duur van de mondelinge behandeling verkorten en/of de effectiviteit daarvan vergroten. Art. 282 lid 1 Rv, dat bepaalt dat iedere belanghebbende tot aan de zitting een verweerschrift kan indienen, staat aan de invoering van re- en dupliek niet in de weg. De (voorzitter van de) Ondernemingskamer is van oordeel dat de

eisen die aan een behoorlijke rechtspleging kunnen worden gesteld, voornoemde regel, dat een verweerschrift tot aan de zitting kan worden ingediend, opzij kunnen zetten; de termijn die de Ondernemingskamer pleegt te bepalen voor het indienen door verweerder(s) en belanghebbenden van een verweerschrift is bepalend. ^[47]

Uiteraard dient het invoeren van een re- en dupliek niet ten koste te gaan van de effectieve en snelle toegang tot de Ondernemingskamer die, waar nodig, op korte termijn beslissingen moet kunnen nemen. De termijnen waaraan betrokkenen zich dienen te houden zullen dus kort moeten zijn en de Ondernemingskamer zal de omstandigheden van het geval moeten kunnen meewegen bij de vraag of deze termijnen verder ingekort dienen te worden. Een onmiddellijke voorziening zou in beginsel slechts getroffen kunnen worden nadat re- en dupliek is gevoerd. Voor die gevallen waar een onmiddellijke voorziening per direct nodig is, zal de Ondernemingskamer echter de vrijheid moeten houden om maatregelen te nemen ook vóódat partijen aan re- en dupliek zijn toegekomen. De Ondernemingskamer zal daarbij echter kunnen bepalen dat de duur en het voortbestaan van de onmiddellijke voorziening afhankelijk is van hetgeen bij re- en dupliek aan de orde wordt gesteld. Enerzijds wordt hiermee de mogelijkheid behouden dat de Ondernemingskamer desgewenst direct kan optreden. Anderzijds wordt daarmee een extra waarborg in het leven geroepen om te voorkomen dat de Ondernemingskamer een langdurige (lees: een voor de duur van de gehele enquêteprocedure en/of een tot de vernietiging van de beschikking door de Hoge Raad geldende) onmiddellijke voorziening treft zonder daar een grondig feitelijk onderzoek voor te hebben verricht. Bovendien, en zeker minstens zo belangrijk, wordt hiermee voorkomen dat de Ondernemingskamer te lichtvaardig een onderzoek beveelt. ^[48]

Getuigenverhoren

Hiervoor kwam aan de orde dat er weinig aan in de weg staat om het bewijsrecht van de civiele procedure op de enquêteprocedure toe te passen. Art. 2:349a lid 1 BW geeft de Ondernemingskamer in de eerste fase (ten overvloede) de mogelijkheid om getuigen en deskundigen te horen. Van deze mogelijkheid wordt nagenoeg geen gebruik gemaakt. Wij zien geen reden waarom de Ondernemingskamer niet vaker getuigen zou kunnen horen. De Ondernemingskamer zou daarnaast bij tussenbeschikking aan partijen vragen kunnen stellen of 'bewijsopdrachten' kunnen verlenen.

Het onderzoek

In de praktijk leeft vrij sterk de gedachte dat de onderzoekers tijdens het onderzoek en het opstellen van het rapport te weinig worden gestuurd en gecontroleerd.

In de Laurus-zaak deden verzoekers op enig moment het verzoek tot het houden van een aanvullend onderzoek. Zij stelden met betrekking tot de door de onderzoekers gevolgde procedure onder meer dat was nagelaten in het verslag te vermelden van welke stukken de onderzoekers hadden kennisgenomen, dat sommige betrokkenen door de onderzoekers niet waren gehoord, dat van sommige gesprekken met gehoorde personen geen schriftelijke verslagen waren opgemaakt en dat bij gebreke van bronvermelding in het verslag niet kon worden nagegaan of hetgeen de onderzoekers in hun verslag hadden vermeld feitelijk juist was. Op voorhand lijken verzoekers hier geen onredelijke eisen aan het onderzoek en het verslag te stellen.

De Ondernemingskamer heeft het verzoek echter afgewezen omdat voornoemd betoog uitgaat van 'aan een onderzoek in het kader van de enquêteprocedure te stellen eisen waarvoor in het recht grondslag ontbreekt. Voorzover de door onderzoekers gevolgde werkwijze in enig geval zou meebrengen dat de Ondernemingskamer niet dan wel onvoldoende in staat is tot een oordeel over

een verzoek op de voet van artikel 2:355 BW te komen, dient zulks in dat verband onder ogen te worden gezien. ^[49] In het *Halcion II*-arrest overwoog de Hoge Raad dat deskundigen ' de nodige vrijheid en zelfstandigheid dient te worden gelaten om het onderzoek, waarvoor zij immers verantwoordelijk zijn, op de hun best voorkomende wijze te verrichten'. ^[50]

De onderzoekers genieten dus een grote vrijheid en de discussie over het onderzoek en het verslag dient tijdens de procedure in de tweede fase gevoerd te worden. Indien het onderzoek eenmaal is afgerond en het verslag ter inzage is gelegd, is het voor betrokkenen echter bijzonder lastig om de werkwijze van de onderzoekers en het verslag ter discussie te stellen, al was het maar omdat (i) het verslag inmiddels 'op straat' ligt ^[51] en (ii) nieuwe gelden nodig zijn voor een aanvullend onderzoek terwijl de vennootschap niet zelden is gefailleerd.

In een civiele procedure is het gebruikelijk dat de rechter, alvorens een deskundige aan te wijzen, partijen vraagt om zich bij akte uit te laten over - onder meer - de vragen die aan de deskundige voorgelegd dienen te worden waarna de rechter de opdracht aan deskundige zo exact mogelijk formuleert. Voorts is het gebruikelijk dat de deskundige een conceptrapport aan partijen voorlegt waarover deze zich kunnen uitlaten. Wij zien geen reden waarom een en ander in de enquêteprocedure niet mogelijk zou zijn. De Ondernemingskamer kan besluiten dat een onderzoek dient plaats te vinden en partijen vragen zich - in aansluiting op de tekst van de beschikking - schriftelijk uit te laten over de exacte feitelijke omschrijving van de onderzoeksopdracht en waarin zij suggesties doen voor door onderzoekers te beantwoorden vragen. Aldus kan worden bewerkstelligd dat het onderzoek en het verslag daarvan beter aansluit op het geschil dat partijen verdeeld houdt.

8 Conclusie

Gelet op de betrekkelijk exclusieve vennootschappelijke kort geding jurisdictie van de Ondernemingskamer, de steeds grotere rol die de Ondernemingskamer in de maatschappelijke en economische verhoudingen speelt en de beperkte rechtswaarborgen waarmee de huidige enquêteprocedure is omgeven, lijkt de discussie omtrent de rol van de Ondernemingskamer nog in zijn kinderschoenen te staan. Wij zouden er voorstander van zijn om deze discussie niet zozeer te focussen op het introduceren van twee feitelijke instanties of het (ten overvloede) gelijktrekken van de onmiddellijke voorzieningen met de regeling van art. 254 Rv als wel op het toepassen, via art. 284 Rv en dus zonder dat enige wetswijziging noodzakelijk is, van elementen uit de civiele procedure zoals het invoeren van re- en dupliek, het horen van getuigen en het beter structureren van het onderzoek.

Voetnoten

^[1]

Mr. S.J.H.M. Berendsen en mr. W.A. Westenbroek zijn advocaat te Amsterdam.

^[1]

Het Advies is te vinden op de website van de SER.

^[2]

Zie in dit verband M.J. Kroeze, 'Ondernemingsrecht en Politiek: de SER als wegbereider', *NJB* 2008, 674, afl. 13, p. 774.

^[3]

Het Advies, p. 43 en 44.

[4]

Zie bijvoorbeeld S. Bartman en M.J. Kroeze in 'SER zet bijl in de Ondernemingskamer', *de Volkskrant* van 8 november 2007.

[5]

Interview met J.H.M. Willems in *Het Financieele Dagblad*, 20 november 2007.

[6]

Ingevoerd bij de Wet van 2 juli 1928 (*Stb.* 216) en opgenomen in art. 53-54c WvK.

[7]

Ex art. 2:349A BW.

[8]

Ex art. 2:356 BW.

[9]

Rechtspersonen Boek 2 BW, Artikelsgewijs commentaar, Titel 8. Geschillenregeling en het recht van enquête (bewerkt door C.A. Boukema, A.F.M. Dorresteyn en P.G.F.A. Geerts), Titel 8 - Afdeling 2, par. 1.

[10]

P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 2.

[11]

Wet van 10 september 1970, *Stb.* 1970, 411 in werking getreden op 1 januari 1971.

[12]

M.W. Josephus Jitta, M.R. Mok, *Het recht van enquête onderzocht, Preadvies van de vereniging 'Handelsrecht' 2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 15.

[13]

Wet van 8 november 1993, *Stb.* 597, in werking getreden op 1 januari 1994.

[14]

J.H.M. Willems, *De enquêteprocedure; een efficiënte dienstmaagd, Conflicten rondom de rechtspersoon*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, Deventer: Kluwer 2000, p. 39.

[15]

Hof Amsterdam 7 november 1996, *KG* 1997, 3.

[16]

Grote namen als Unilever, Versatel, DSM, ABN AMRO en Stork passeren de revue, veelal onder druk van hedgefondsen/activistische aandeelhouders.

[17]

De betekenis van art. 6 EVRM voor de enquêteprocedure blijft in dit artikel buiten beschouwing.

[18]

Zie ook de A-G in zijn conclusie bij HR 17 september 2007, *LJN* BB3523, CPG CW 2516 (*Franklin c.s./DSM*), r.o. 3.69 tot en met 3.72.

[19]

HR 27 september 2000, *NJ* 2000, 653 (*Gucci*).

[20]

HR 8 april 2005, *NJ* 2006, 443 (*Laurus*).

[21]

HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 293 (*Jan Rebel*).

[22]

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

[23]

Zie OK 21 maart 2008, *LJN* BC7530, 1174/2007 (*Yukos*), r.o. 3.5.

[24]

De DSM-beschikking en het beroep in cassatie in het belang der wet wordt behandeld door M.W. Josephus Jitta in *Ondernemingsrecht* 2008, 11, afl. 1, p. 36 e.v.

[25]

OK 28 maart 2007, *RO* 2007, 46 en *JOR* 2007/118 (*Franklin c.s./DSM*), r.o. 3.17.

[26]

Met de 'voor'procedure doelt de A-G op de behandeling van de onmiddellijke voorziening in de eerste fase.

[27]

In de DSM-zaak was niet eens tijd om een verweerschrift in te dienen en heeft slechts een debat aan de hand van pleitnotities plaatsgevonden.

[28]

HR 17 september 2007, *LJN* BB3523, CPG CW 2516, r.o. 3.90.

[29]

HR 19 oktober 2001, *NJ* 2002, 92.

[30]

Hoewel de tekst van de beschikking hierover niet duidelijk is zijn wij van mening dat het hierboven omschreven criterium ook van toepassing zou moeten zijn wanneer het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen gelijktijdig wordt behandeld met het enquêteverzoek zelf. Zie hiervoor M.W. Josephus Jitta in *Ondernemingsrecht* 2008, 11, afl. 1, p. 36 e.v.

[31]

Dat wil zeggen de fase vóór en tijdens het eventueel door de Ondernemingskamer gelaste onderzoek welke voorafgaat aan een eventuele 'tweede fase' waarin partijen naar aanleiding van het onderzoek de Ondernemingskamer kunnen verzoeken om het oordeel wanbeleid uit te spreken en definitieve voorzieningen te treffen.

[32]

Josephus Jitta, 2004, p. 14.

[33]

OK 3 mei 2007, *RO* 2007, 53 (451/2007 OK).

[34]

HR 13 juli 2007, *RO* 2007, 69, *LJN* BA7970, r.o. 4.2.

[35]

Een juiste oplossing achten wij dit niet, waarover hierna meer.

[36]

Zo ook J.H.M. Willems in de discussie met prof. M.W. den Boogert over het enquêterecht in het kader van het (Kluwer) Ondernemingsrecht diner op 1 april 2008.

[37]

Zie HR 17 september 2007, *LJN* BB3523, CPG CW 2516, r.o. 3.90 onder (i).

[38]

Zie onder andere P.M.M. van der Grinten en M.J. Kroeze, 'Het Congres 'Rechtspleging in het ondernemingsrecht'', *TVVS* 1997, p. 13 en Maeijer in zijn annotatie bij HR 4 juni 1997, *NJ* 1997, 671 (*Textlite*).

[39]

HR 8 april 2005, *NJ* 2006, 443.

[40]

Zie HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 682 (*Kon. Scheldegroep*).

[41]

Het Advies, p. 43 en 44.

[42]

HR 19 oktober 2001, *NJ* 2002, 92, m.nt. Maeijer (*Skygate*).

[43]

P.D. Olden, 'Tien jaar onmiddellijke voorzieningen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 552, afl. 15.

[44]

Het voorstel van de Commissie luidt om een bijzondere kamer van één van de rechtbanken de functie van de Ondernemingskamer te laten overnemen, en de Ondernemingskamer als hogerberoeprechter te laten fungeren.

[45]

Vanzelfsprekend heeft het rechtsmiddel hoger beroep schorsende werking tenzij, op verzoek van de eisende/verzoekende partij, uitvoerbaarheid bij voorbaat wordt gevorderd/verzocht en toegewezen hetgeen veelal het geval is.

[46]

Rechtspleging in drie instantie levert immers vanzelfsprekend een grotere kans op 'rechtvaardige' rechtspraak dan rechtspleging in twee instanties.

[47]

Zo ook J.H.M. Willems in de discussie met prof. M.W. den Boogert over het enquête-recht in het kader van het (Kluwer) Ondernemingsrecht diner op 1 april 2008.

[48]

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

[49]

OK 5 juni 2003, *JOR* 2003/172, r.o. 2.7.

[50]

HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328 (*Halcion II*).

[51]

Het verslag is niet altijd openbaar, art. 2:353 lid 3 BW, maar de zitting waarop het verslag aan de orde komt is dat normaal gesproken wel.