

MR. M.M. TUIJTEL

# Samenloop van enquêteprocedure en andere mogelijke rechtsgangen waaronder een beroepsprocedure op grond van artikel 26 WOR

O &amp; F

2

Nr. 60 / april 2004

**D**aar waar het oude enquêterecht van voor 1970 nog vergeleken kon worden met een slapend Doornroosje,<sup>1</sup> roept de huidige rechtspraak van de Ondernemingskamer ten aanzien van het enquêterecht dat beeld beslist niet meer op. Een boeiende reeks van uitspraken in enquêteprocedures trekt inmiddels jaarlijks aan ons voorbij.

Het is daarbij niet ondenkbaar dat er sprake kan zijn van samenloop van een enquêteprocedure met een andere mogelijke rechtsgang. Een bepaald feitencomplex kan immers de aanleiding zijn, voor zowel een ondernemingsraad als een vakorganisatie of andere enquêtegerechtigde, een procedure in te stellen. De ondernemingsraad kan besluiten tot het instellen van een beroepsprocedure ex artikel 26 WOR en de vakorganisaties dan wel andere enquêtegerechtigden kunnen een enquêteprocedure instellen. De Ondernemingskamer is in beide gevallen de bevoegde gerechtelijke instantie. Interessant is de vraag of een dergelijke samenloop van procedures mogelijk is en hoe de Ondernemingskamer daarmee omgaat. In deze bijdrage zal die vraag eerst aan de orde gesteld worden.

Daarnaast zal ik stilstaan bij een mogelijke samenloop van een enquêteprocedure en een kort geding. De bijdrage zal worden afgesloten met een korte conclusie.

## Samenloop enquêteprocedure en de procedure van artikel 26 WOR

### *Vergelijking van beide procedures*

De bevoegdheid om een enquêteverzoek in te dienen, wordt als een zelfstandige actie gekwalificeerd en is derhalve geen bevoegdheid die van een subjectief recht is afgeleid. Een feitencomplex kan zoals gesteld aanleiding vormen voor het indienen van een enquêteverzoek, maar eveneens de grond vormen voor het voeren van de beroepsprocedure van artikel 26 WOR. In het geval beide procedures worden ingesteld, is er sprake van samenloop.

Alvorens nader op het punt samenloop in te gaan, zullen de enquêteprocedure en de beroepsprocedure van artikel 26 WOR op hoofdlijnen met elkaar worden vergeleken:<sup>2</sup>

- voor beide procedures geldt dat de Ondernemingskamer het initiërend verzoek met de meeste spoed moet behandelen (artikel 26 lid 5 WOR respectievelijk 349a), maar ook dat de Ondernemingskamer bevoegd is een beslissing omtrent het treffen van voorzieningen aan te houden om een schikking te beproeven (artikel 26 lid 7 WOR, respectievelijk 355 lid 5);
- in beide procedures is het de Ondernemingskamer alleen toegestaan maatregelen/voorzieningen te

<sup>1</sup> W.C. Treurniet, *NV* 45, 109 e.v. en 46, 81 e.v.

<sup>2</sup> Zie *Losbl. Rp. inl. titel 8, afd. 8, par. 3, sub 2.*

treffen als het beleid van de rechtspersoon respectievelijk het besluit van de ondernemer de marginale toets der kritiek niet kan doorstaan;<sup>3</sup>

- het belangrijkste verschil tussen de enquêteprocedure en de beroepsprocedure van artikel 26 WOR is dat de enquêteprocedure kan worden ingesteld door een werknemersorganisatie en betrekking heeft op het beleid van de rechtspersoon en de beroepsprocedure ingesteld kan worden door de ondernemingsraad en betrekking heeft op een adviesplichtig besluit van de ondernemer. Hierbij teken ik het volgende aan. Als een besluit onjuist is, wil dat nog niet zeggen dat er sprake is van een onjuist beleid. In de literatuur<sup>4</sup> wordt er terecht op gewezen dat de procedure ex artikel 26 WOR zich weliswaar richt op een besluit, maar dit besluit kan het topje van de ijsberg zijn van een aan dit besluit ten grondslag liggend beleid. Worden er geen besluiten genomen of ontbreekt samenhang daartussen dan kan er ook sprake zijn van onjuist beleid. In beginsel kan gesteld worden dat beleid niet samenvalt met een bepaald besluit. Slechts onder omstandigheden zal een bepaald besluit voldoende grond opleveren om aan een juist beleid te twijfelen of wanbeleid opleveren. Ik wijs in dit kader op de beschikkingen van de Hoge Raad inzake Ogem<sup>5</sup>, VIBA/Recobel<sup>6</sup> en HBG/VEB<sup>7</sup> waar de Hoge Raad overwoog dat er met name sprake kan zijn van wanbeleid bij een eenmalige gedraging als die gedraging tot voor de onderneming zeer nadelige c.q. schadelijke gevolgen heeft geleid.<sup>8</sup> In HR 18 april 2003, *RvdW* 2003, 78 (RNA) besliste de Hoge Raad dat ook een incidenteel besluit als wanbeleid kan kwalificeren als het besluit mogelijk tot nadelige gevolgen had kunnen leiden. Het is mogelijk in een enquêteverzoek als een van de redenen om aan een juist beleid te twijfelen een adviesplichtig besluit van de ondernemer/rechtspersoon aan te voeren, waarvan de Ondernemingskamer in een procedure ex artikel 26 WOR heeft beslist dat de

ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot dat besluit had kunnen komen.<sup>9</sup> Een besluit dat de marginale toets der kritiek van artikel 26 WOR wel heeft doorstaan kan overigens een gegronde reden vormen om aan een juist beleid te twijfelen. Toewijzing van een enquêteverzoek kan dus toch het gevolg zijn van een dergelijk besluit.<sup>10</sup>

#### *Wat zegt de wetsgeschiedenis over dit samenloopvraagstuk?*

Alvorens het vraagstuk samenloop aan de hand van jurisprudentie nader te bezien, geef ik eerst weer wat uit de wetsgeschiedenis hierover af te leiden valt.

De huidige regeling van het enquêterecht is gebaseerd op het rapport 'Herziening van het Ondernemingsrecht' van de Commissie Verdam (ingesteld bij beschikking van de minister van Justitie van 8 april 1960). Deze Commissie stelde zich destijds op het standpunt dat ook van de zijde van de werknemers een onderzoek moet kunnen worden uitgelokt in het geval er sprake is van een gegronde vermoeden van misstanden. De Commissie stelde daarom voor om aan de centrale vakorganisaties het recht toe te kennen (de ondernemingsraad gehoord hebbend) een enquête te verzoeken. De Commissie gaf aan deze regeling de voorkeur boven het toekennen van een recht van beroep van werknemers tegen beslissingen of handelingen van de werkgever. Het toekennen van een beroepsrecht aan werknemers zou naar de mening van de Commissie de gang van zaken in de onderneming kunnen verlammen. Een dergelijk beroepsrecht zou bovendien in verband met de gezagsverhoudingen in de onderneming op bezwaren stuiten. Aldus de Commissie.

De Sociaal-Economische Raad (SER) concludeerde een aantal jaren later in het SER-Advies 1972 dat de invoering van een beroepsrecht wel gerechtvaardigd is.<sup>11</sup> In haar advies wijst de SER onder meer op de beperkte mogelijkheden tot aanwending van het enquêterecht in het geval het bestuur van een onderneming een beslissing neemt welke zonder

<sup>3</sup> Hof Amsterdam 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71 (Batco) resp. Hof Amsterdam 13 november 1980, *NJ* 1981, 588. De systematiek van artikel 26 lid 5 WOR laat de mogelijkheid open dat de Ondernemingskamer enerzijds verklaart dat de ondernemer in redelijkheid bij afweging van de betrokken belangen niet tot zijn besluit had kunnen komen, anderzijds het verzoek van de ondernemingsraad om voorzieningen op te leggen afwijst. Zie Hof Amsterdam 21 juni 1990, *NJ* 1992, 101.

<sup>4</sup> *Asser-Maeijer* 2-III, 2000, nr. 519.

<sup>5</sup> HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466.

<sup>6</sup> HR 21 februari 2003, *NJ* 2003, 181.

<sup>7</sup> HR 21 februari 2003, *NJ* 2003, 182.

<sup>8</sup> Zie voor een bespreking van deze beschikkingen B. Winters en E. van de Weert, *Ondernemingsrecht* 2003-8, pp. 302 e.v.

<sup>9</sup> Losbl. Rp. inl. titel 8, afd. 8, par. 3, sub 2.

<sup>10</sup> Hof Amsterdam 2 juni 1983, *NJ* 1985, 212 en Hof Amsterdam 29 augustus 1985, *NJ* 1986, 578 m.o. Ma (Howson Algraphy).

<sup>11</sup> SER-advies 1972, nr. 16.

redelijke grond in ernstige mate indruist tegen de belangen van het geheel of een deel der werknemers.<sup>12</sup>

In 1974 is een wetsontwerp ingediend tot invoering van een beroepsrecht.<sup>13</sup> Later is de regeling van het beroepsrecht opgenomen in het wetsontwerp tot herziening van de WOR.<sup>14</sup> Dit wetsontwerp is wet geworden op 5 juli 1979 en in werking getreden op 1 september 1979.<sup>15</sup> Als gevolg hiervan ontstond de mogelijkheid van samenloop van de enquêteprocedure en de beroepsprocedure van artikel 26 WOR.

In oktober 1988 heeft de SER vervolgens het advies Wijziging enquêterecht uitgebracht.<sup>16</sup> Dit advies alsmede een nader aanvullend advies uitgebracht in 1989<sup>17</sup> hebben geleid tot de Wet wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête (aanvullingswet).<sup>18</sup> Uit het SER-advies van 1988 blijkt dat de SER zich in dat advies op het standpunt stelt dat er geen aanleiding is voor een nadere wettelijke regeling van de problematiek van de samenloop van het enquêterecht en de beroepsprocedure van artikel 26 WOR.

In de Memorie van Toelichting bij de Aanvullingswet wordt naar dit SER-advies verwezen. De toenmalige Staatssecretaris van Justitie Kosto blijkt zich geheel in de visie van de SER te kunnen vinden. In de Memorie staat geschreven:

*'De opvatting van de SER dat er geen aanleiding is voor een nadere wettelijke regeling van de problematiek van de samenloop van het enquêterecht en artikel 26 van de Wet op de ondernemingsraden is ook de mijne. In het bijzonder ben ik gevoelig voor het argument, dat een sluitende regeling tot het tegengaan van samenloop niet eenvoudig is te geven. Met de SER spreek ik het vertrouwen uit dat de ondernemingskamer de beide procedures in voorkomende gevallen op elkaar zal afstemmen. Ook mij lijkt het dat de ondernemingskamer geen moeite zal hebben om snel te beslissen, indien een enquêteverzoek door een vakorganisatie enkel wordt gebaseerd op een ondernemingsbesluit waartegen door een ondernemingsraad reeds tevergeefs op grond van artikel 26 WOR een beroepsprocedure is gevoerd.'*<sup>19</sup>

De wetgever is dus niet overgegaan tot het geven van een wettelijke regeling om samenloop tegen te gaan. Dit in het vertrouwen dat de Ondernemingskamer in voorkomende gevallen de beide procedures op elkaar zou weten af te stemmen.

### Jurisprudentie inzake samenloopkwesities

#### De Ford-zaak

Het zal sporadisch voorkomen dat een bepaald besluit van de rechtspersoon/ondernemer kan worden aangevochten door de ondernemingsraad op grond van artikel 26 WOR en dat dit besluit tevens de basis vormt voor een verzoek tot het instellen van een enquête door een vakorganisatie krachtens artikelen 344 e.v. Jurisprudentie op dit gebied is dan ook schaars.

Het enquêterecht blijkt met name in de jaren tachtig van de vorige eeuw herhaaldelijk ingezet te zijn in het geval van dreigende sluiting van bedrijven. In een aantal van die gevallen speelt het samenloopvraagstuk. Een voorbeeld hiervan is de Ford-enquête (Hof Amsterdam, 10 december 1981, NJ 1983, 24). Hieraan ging een kortgedingprocedure vooraf tussen de vakorganisaties en de rechtspersoon. Het Hof besliste in hoger beroep dat de bevoegdheid van de ondernemingsraad om krachtens artikel 26 WOR tegen een ondernemersbesluit beroep in te stellen onverlet laat de bevoegdheden van vakorganisaties om tegen datzelfde besluit op te komen met gebruikmaking van hun eigen rechtsmiddelen (Hof Amsterdam, 22 oktober 1981, NJ 1983, 23.) Deze zaak is tevens van groot belang omdat een duidelijke grens gesteld wordt aan de mogelijkheid om in kort geding voorlopige voorzieningen te vorderen hangende of in het vooruitzicht van een enquêteprocedure. Aangezien hierna nog de samenloop kort geding-enquêteprocedure aan de orde zal komen, is deze Ford-uitspraak derhalve voor beide kwesties relevant.

De feiten van de Ford-zaak zijn als volgt.<sup>20</sup> Ford Nederland NV had sinds 1979 te kampen met een structurele verliessituatie en de directie van Ford stelde reorganisatieplannen op die de sluiting van de

<sup>12</sup> Losbl. Rp. inl. titel 8, afd. 8, par. 3, sub 2.

<sup>13</sup> Kamerstukken 1974-1975, 13 350.

<sup>14</sup> Kamerstukken 1975-1976, 13 954.

<sup>15</sup> Stb. 1979, nr. 448.

<sup>16</sup> SER-uitgave 88/14.

<sup>17</sup> SER-uitgave 89/21.

<sup>18</sup> Stb. 1993, nr. 597.

<sup>19</sup> MvT Bundel NV en BV, p. Xe-10.

<sup>20</sup> Zie over dit arrest resp. Rood en Slagter resp. in *TVVS* 1981, pp. 294 e.v. en in *TVVS* 1982, pp. 42 e.v.

productieafdeling en afvloeiing van 1225 van de 1600 werknemers inhielden. Met de bonden en de ondernemingsraad kon geen overeenstemming over deze plannen worden bereikt. Nadat de ondernemingsraad formeel ex artikel 25 lid 1 WOR advies was gevraagd over het voornemen van de directie om conform de plannen te besluiten, volgde een korte bedrijfsbezetting. Na diverse gesprekken met de bonden en de ondernemingsraad en nog een nieuwe bezetting dagvaardde Ford drie vakbonden in kort geding. Ford stelde zich op het standpunt dat de bezetting de overlegfase van artikel 25 WOR doorkruiste en stelde zich op het standpunt dat de bezetting om verschillende redenen onrechtmatig was. Primair werd de beëindiging van de bezetting gevorderd. Ter zitting dienden de bonden een reconventionele eis in, die strekte tot een verbod het voornemen tot sluiting uit te voeren. De bonden kondigden aan een enquêteverzoek bij de Ondernemingskamer in te dienen en vorderden dat de president de uitvoering van het besluit verbood totdat in de enquêteprocedure zou zijn beslist.

De President besliste dat de bezetting beëindigd moest worden en Ford werd geboden uitvoering van haar voornemens na te laten totdat de Ondernemingskamer op een binnen vier weken in te dienen enquêteverzoek zou hebben beslist.

In de appelprocedure komt enkel de reconventionele vordering aan bod. Het Hof achtte de vordering van de bonden prematuur en vernietigde de beslissing in reconventie. De bonden hadden, aldus het arrest, hun vordering gericht tegen een voornemen om te besluiten en niet tegen een besluit zelf:

*‘Een definitief besluit overeenkomstig dat voornemen was echter door Ford ten tijde dat het bestreden vonnis werd gewezen nog niet genomen en is ook thans nog niet door haar genomen. Naar het oordeel van het Hof is het vorderen en treffen van bedoelde voorzieningen voortijdig.’*

Nu de bonden zelf stellen dat de ondernemer nog een voornemen had om te besluiten, is een verbodsvordering om een nog niet genomen besluit uit te voeren voorbarig. Een dergelijk verbod zou met zich brengen dat het voornemen niet eens in een besluit kan worden omgezet. Dit gaat te ver.<sup>21</sup>

Het Hof vervolgt verder dat, in het geval er sprake is van een besluit als bedoeld in de artikelen 25 en 26 van de WOR, Ford verplicht is de uitvoering van zijn

besluit, dat immers niet de instemming van de ondernemingsraad heeft, gedurende een maand op te schorten. De ondernemingsraad kan daartegen beroep instellen bij de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer kan in dat geval onverwijld voorlopige voorzieningen treffen. Voorts wijst het Hof erop dat, als de bonden, die zich de behartiging van de belangen van hun leden als werknemers immers ten doel stellen, tegen het definitieve besluit van Ford willen opkomen, hun daartoe rechtsmiddelen ter beschikking staan. Het Hof overweegt:

*‘Vorenbedoelde regeling in de WOR laat immers de bevoegdheden van de Bonden van deze rechtsmiddelen gebruik te maken onverlet.’*

De systematiek van de artikelen 25 en 26 WOR gaat ervan uit dat de ondernemer als eerste de verantwoordelijkheid heeft en ook moet kunnen nemen – desnoods tegen het advies van de ondernemingsraad in – te besluiten.<sup>22</sup> De uitvoering van dit besluit, dat niet overeenstemt met het advies van de ondernemingsraad, dient dan ingevolge artikel 25 lid 6 WOR opgeschort te worden tot een maand na de dag waarop de ondernemingsraad van dat besluit in kennis is gesteld.<sup>23</sup> Het eenmaal genomen besluit wordt vervolgens achteraf door de Ondernemingskamer marginaal getoetst. Nadat het verzoekschrift is ingediend, dus als het besluit al is genomen, kan de Ondernemingskamer op grond van artikel 26 lid 8 WOR voorlopige voorzieningen treffen. Een voorlopige voorziening wordt slechts opgelegd indien daarvoor zwaarwichtige belangen zijn. Eveneens moet de aanmerkelijke kans bestaan dat in de eindbeschikking geoordeeld zal worden dat van een kennelijk onredelijk besluit sprake is. In het geval de opschortingstermijn afloopt voordat de Ondernemingskamer op het verzoek om voorlopige voorzieningen kan hebben beslist, is het zinvol om te pogen via een kort geding de uitvoering van het reeds genomen besluit als het ware te bevriezen totdat de Ondernemingskamer haar beslissing omtrent de voorlopige voorziening heeft genomen. Uit kort gedingen<sup>24</sup> die gevoerd zijn in afwachting van de toepassing van artikel 26 WOR door de Ondernemingskamer, blijkt de uitvoering van het genomen besluit voorlopig bevroren te zijn.

Uit de Ford-zaak moet afgeleid worden dat een dergelijk optreden van de rechter in kort geding ten aanzien van een voorgenomen, doch nog niet genomen besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR, zoals

<sup>21</sup> M.G. Rood, in: *TVVS* 1981, p. 295.

<sup>22</sup> Zie Maeijer in zijn noot bij dit arrest.

<sup>23</sup> Die verplichting vervalt overigens wanneer de ondernemingsraad dat te kennen geeft.

<sup>24</sup> Zie Pres. Rb. Utrecht 6 augustus 1981, *NJ* 1982, 109; Pres. Rb. Groningen 24 april 1982, *NJ* 1982, 239.

hiervoor cursief is weergegeven, niet wordt aanvaard.<sup>25</sup> Als het besluit genomen is, kan de ondernemingsraad in beroep komen en – eventueel ook in kort geding – voorlopige voorzieningen vragen. Daarnaast kunnen de vakorganisaties hangende of in het vooruitzicht van een door hen aan te spannen enquêteprocedure eveneens voorlopige voorzieningen vorderen. Hierbij wijs ik er alvast op, later ga ik hier nog verder op in, dat deze Ford-zaak speelde in 1979. In dat jaar bestond de voorlopige voorziening ex artikel 349a lid 2 nog niet. Duidelijk is ook dat de ruimte bestaat voor zowel de ondernemingsraad om de beroepsprocedure ex artikel 26 WOR te voeren als voor de vakorganisatie om de enquêteprocedure te voeren.

Na het arrest nam Ford het reorganisatiebesluit, maar de ondernemingsraad stelde daartegen geen beroep bij de Ondernemingskamer in. De bonden hadden inmiddels een enquêteprocedure aanhangig gemaakt, welk enquêteverzoek is gestrand. De Ondernemingskamer achtte onvoldoende redenen aanwezig voor een enquête.<sup>26</sup>

#### *Howson Algraphy*

Ik noem vervolgens in dit kader de Howson Algraphy-zaak (OK 2 juni 1983, HR 11 juni 1984, NJ 1982, 212). Een beroep van de ondernemingsraad op grond van artikel 26 WOR werd niet ontvankelijk verklaard omdat het niet een genomen besluit (tot fusie) van de ondernemer betrof, doch slechts een voorgenomen besluit. Een daaropvolgend enquêteverzoek (OK 29 augustus 1987, NJ 1986, 578) van de vakorganisatie werd echter toegewezen. Het verweer dat het enquêteverzoek voortijdig zou zijn gedaan omdat het besluit nog niet genomen zou zijn werd verworpen. De Ondernemingskamer overwoog (r.o. 2) dat de bezwaren van de bonden zich immers richten tegen het door Howson Algraphy in de afgelopen periode van ruim tien jaren gevoerde beleid. Het voorgenomen besluit vormt daarvan een onderdeel.

#### *De IJsselwerf-zaak (OK 21 oktober 1999, JOR 1999, 228 en 229)*

Deze zaak betreft een geval waarin de ondernemer tussen de ondernemingsraad en de vakorganisatie kan worden geplaatst in situaties waarin met betrekking tot een voorgenomen besluit zowel het adviesrecht ex artikel 25 WOR geldt als waar van een vermoeden van wanbeleid kan worden gesproken.

IJsselwerf B.V., een dochteronderneming van YVC Holding B.V. had begin maart 1999 de werf van Wilton Feyenoord overgenomen. In verband daarmee was met de vakorganisaties voor alle werknemers van IJsselwerf en van Wilton Feyenoord een werkgelegenheidsgarantie van twee jaar na transactiedatum overeengekomen. April/mei 1999 wilde YVC overgaan tot een reorganisatie. Dit zou gepaard gaan met een verlies van arbeidsplaatsen binnen IJsselwerf. Op 4 juni 1999 heeft IJsselwerf voorlopige surseance van betaling verkregen, waarop FNV Bondgenoten een enquêteverzoek indiende. FNV Bondgenoten achtte het welbewust afstevenden op een beëindiging van IJsselwerf, onder meer gezien de aan het personeel gegeven werkgelegenheidsgarantie, in strijd met elementaire beginselen van behoorlijk ondernemerschap.<sup>27</sup>

Ondertussen had ook de ondernemingsraad zich tot de Ondernemingskamer gewend. De ondernemingsraad was niet om advies gevraagd ter zake van het besluit tot het aanvragen van een surseance van betaling en stelde zich op het standpunt dat de ondernemer reeds om die reden bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het besluit inzake de beëindiging van de activiteiten van IJsselwerf. De Ondernemingskamer verklaarde bij beschikking van 21 oktober 1999 dat de ondernemer bij afweging van alle belangen in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het besluit om surseance van betaling aan te vragen. Ten aanzien van het door de ondernemingsraad gedane verzoek te verklaren dat de ondernemer in redelijkheid niet had kunnen komen tot het besluit tot beëindiging van activiteiten van IJsselwerf, werd onder verwijzing naar de hiervoor genoemde inmiddels door de

<sup>25</sup> Maeijer stelt zich (met Slagter, in: *TVVS* 1982, p. 42) in de noot bij dit arrest op het standpunt dat ongeacht of het voorgenomen besluit nu wel of niet genomen is, en procedureregels met betrekking tot de totstandkoming van dit besluit dusdanig zijn veronachtzaamd dat wezenlijk aan de belangen van de ondernemingsraad dreigt te worden tekortgedaan een door de ondernemingsraad uit te lokken verbod in k.g. tot het 'uitvoeren' of zelfs 'nemen' van het besluit mogelijk is. Ook een door de vakorganisaties uit te lokken verbod in k.g. in het perspectief van een enquêteprocedure zou volgens Maeijer dan mogelijk moeten zijn in het geval het voorgeschreven overleg met de ondernemingsraad en vakorganisaties niet plaatsvindt.

<sup>26</sup> Hof Amsterdam 10 december 1981, NJ 1983, 24. Zie voor een bespreking van de factoren die daarbij speelden de noot van Maeijer bij deze beschikking en A. Korthals Altes, *Bedrijven in wankel evenwicht*, Zwolle 1985, p. 33.

<sup>27</sup> Zie hierover ook M. Holtzer, 'De enquêteprocedure en de behartiging van collectieve werknemersbelangen', in: *SMA* mei 2001, nr. 5.



Ondernemingskamer bevolen enquête de beslissing aangehouden.<sup>28</sup> Uiteindelijk concludeerde de Ondernemingskamer in de enquêtezaak dat er geen sprake was van wanbeleid. De Ondernemingskamer wees vervolgens in de artikel 26 WOR-procedure het verzoek van de ondernemingsraad af. Dit onder duidelijke verwijzing naar het enquêteverslag. Het Hof overweegt naar aanleiding van het onderzoeksverslag dat onvoldoende is vast komen te staan dat een besluit tot beëindiging van de activiteiten van IJsselwerf was genomen.<sup>29</sup>

Van der Grinten<sup>30</sup> heeft ooit betoogd dat tussen de enquêteprocedure en de beroepsprocedure een rangorde zou moeten bestaan inhoudend dat, waar de WOR een beroepsrecht geeft aan de ondernemingsraad, de enquêterechter een grote mate van terughoudendheid zou moeten betrachten. Van der Grinten acht in dit geval het beroepsrecht van de ondernemingsraad de aangewezen rechtsweg.

De IJsselwerf-zaak laat het tegendeel zien. Het beroep van de ondernemingsraad wordt juist opgeschort in afwachting van de uitkomst van de enquêteprocedure. Staatssecretaris Kosto sprak destijds de verwachting uit dat de Ondernemingskamer in voorkomende gevallen van samenloop beide procedures op elkaar af zou weten te stemmen. De IJsselwerf-zaak laat zien dat de Ondernemingskamer Kosto volgt. De Ondernemingskamer deelt blijkbaar niet de visie van Van der Grinten ten aanzien van dit punt. In dit geval van samenloop stemt de Ondernemingskamer de procedures op elkaar af en wordt informatie die in de enquêteprocedure naar voren is gekomen door de Ondernemingskamer ingezet bij de beslissing op de artikel 26 WOR-procedure. Het ingestelde onderzoek dient hier twee procedures. Mijns inziens valt daar weinig kritiek op te leveren. De Ondernemingskamer weet niet alleen creatief om te gaan met het samenloopvraagstuk, maar laat eveneens zien de geschillenbeslechting efficiënt aan te pakken. Hierbij laat ik buiten beschouwing dat de Hoge Raad later de beschikking van de Ondernemingskamer van 21 oktober 1999 vernietigd heeft. Die vernietiging hangt samen met een andere discussie namelijk de vraag of het besluit voorlopige surseance te verlenen

leidt tot een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming dan wel in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming. Het besluit om surseance van betaling aan te vragen strekt er volgens de Hoge Raad niet toe een belangrijke wijziging te brengen in de organisatie van de onderneming dan wel in de verdeling van de werkzaamheden van de onderneming. Verder tast de surseance, als zij verleend wordt, de organisatie van de onderneming niet aan. De Hoge Raad wijst het verzoek van de ondernemingsraad alsnog af.

### *Korte tussenconclusie ten aanzien van dit samenloopvraagstuk*

Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat er slechts sporadisch sprake is van samenloop van een enquêteprocedure en de beroepsprocedure van artikel 26 WOR. Dit is mede te wijten aan het feit dat de laatste jaren de vakorganisaties relatief weinig gebruik maken van het aan hen toegekende enquêterecht. Duidelijk is dat beide procedures gelijktijdig maar ook na elkaar gevoerd worden. In de Ford-zaak stelt het Hof helder dat het de vakorganisaties vrij staat gebruik te maken van de rechtsmiddelen die hun ter beschikking staan, waaronder het enquêterecht, ook in het geval waarin de ondernemingsraad de beroepsprocedure zal voeren.

De Howson Algraphy-zaak laat zien hoe een voorgenomen besluit leidt tot niet-ontvankelijkheid in de artikel 26 WOR-procedure, maar wel kan leiden tot toewijzing van een enquêteverzoek. Het Hof stelt daartoe dat een voorgenomen besluit onderdeel vormt van het beleid.

Uit de IJsselwerfzaak blijkt dat de Ondernemingskamer goed weet hoe beide procedures op elkaar af te stemmen. De Ondernemingskamer schortte het beroep van de ondernemingsraad op in afwachting van de uitkomst van de enquêteprocedure.

Ik wijs erop dat aan de ondernemingsraad geen recht van enquête is toegekend<sup>31</sup>, maar een vakorganisatie is ingevolge artikel 349 lid 2 niet-ontvankelijk in haar enquêteverzoek, indien zij niet tevoren de ondernemingsraad in de gelegenheid heeft gesteld schriftelijk van zijn gevoelens te doen blijken. De

<sup>28</sup> Hof Amsterdam 21 oktober 1999, *JOR* 1999, 229. In deze uitspraak volgt de Ondernemingskamer het betoog van de ondernemingsraad inhoudend dat een besluit om surseance van betaling aan te vragen een adviesplichtig besluit is. Deze beschikking van het Hof wordt later door de Hoge Raad vernietigd. Het verzoek van de ondernemingsraad wordt alsnog afgewezen. HR 6 juni 2001, *NJ* 2001, 477.

<sup>29</sup> Hof Amsterdam 9 november 2000, *JOR* 2000, 242.

<sup>30</sup> Handboek 191, nr. 363.

<sup>31</sup> De wetgever heeft zich aangesloten bij het meerderheidsstandpunt van de SER. De SER achtte het wenselijk noch noodzakelijk om de bevoegdheid om een enquête te verzoeken toe te kennen aan de ondernemingsraad. MvT, TK 22 400, nr. 3, pp. 4 e.v.; Nota n.a.v. Eindverslag, TK 22 400, nr. 9, p. 3.

ondernemingsraad kan voorts ook op andere wijze bij de enquêteprocedure betrokken raken. De Ondernemingskamer kan de ondernemingsraad horen over het verzoek en de eventuele voorzieningen (artikelen 349a lid 1 en 355 lid 3). De ondernemingsraad kan ervoor kiezen als belanghebbende op te treden in de enquêteprocedure.<sup>32</sup> Eveneens kan de ondernemingsraad ingevolge artikel 31 WOR inlichtingen verzoeken over de enquête. Overigens kan de bevoegdheid tot het instellen van een enquête bij overeenkomst of de statuten zijn toegekend aan de ondernemingsraad (artikel 346c).

### Samenloop enquêteprocedure – kort geding

#### *De situatie voor 1 januari 1994*

Uit de hiervoor genoemde Ford-zaak is al een aantal aspecten naar voren gekomen van de samenloop enquête-kort geding. De Ford-zaak speelde in de periode voor 1994, hetgeen betekent dat de mogelijkheid tot het verzoeken van voorlopige voorzieningen in het enquêterecht nog niet was opgenomen. Die mogelijkheid is eerst op 1 januari 1994 gecreëerd. Voordien was men voor wat betreft het uitlokken van voorlopige voorzieningen volledig aangewezen op de president in kort geding.

Aangezien tussen het moment van indiening van het enquêteverzoek en de beschikking waarbij op het verzoek om maatregelen wordt beslist geruime tijd gelegen kan zijn, kan het voorkomen dat de rechtspersoon het gewraakte beleid onverminderd voortzet. Ook kan de rechtspersoon proberen het nemen van maatregelen door de Ondernemingskamer onmogelijk te maken. Om dit te voorkomen kan een vordering in kort geding worden ingesteld. Tot 1 januari 1994 werd dit ook wel tegelijk met de indiening van het enquêteverzoek gedaan. Uit de oudere rechtspraak blijkt dat de kortgedingrechter regelmatig in het vooruitzicht van of hangende een enquêteprocedure met succes werd geadieerd. Zie bijvoorbeeld Rb. Dordrecht 28 april 1988, KG 1988, 228 (verbod aan commissarissen zich in te laten met het beleid (zie OK 25 augustus 1988), Rb. Middelburg 25 januari 1991, KG 1991, 62 en Rb. Arnhem, 18 april 1983, KG 1983, 147 later bevestigd door Hof Arnhem, 13 juli 1983, NJ 1984, 570.<sup>33</sup> Ik bespreek hier

kort de Batco-zaak.

#### *De Batco-zaak*

De Batco-zaak<sup>34</sup> speelde voor de Ford-zaak. Zoals gesteld bestond de mogelijkheid van de voorlopige voorzieningen ex artikel 349a lid 2 ten tijde van deze zaak nog niet.

In de Batco-zaak deed zich de vraag voor of vooruitlopend op een enquête een kort geding kon worden aangespannen en voorlopige maatregelen konden worden gevorderd. De President te Amsterdam (9 maart 1978, NJ 1978, 220) besliste bevestigend. De President ging in op de eis van de bonden tot opschorting van een genomen besluit (in tegenstelling tot de Ford-zaak was hier al wel sprake van een genomen besluit) om Batco-Nederland te sluiten en het bedrijf voort te zetten in Brussel. Het vonnis werd bekrachtigd door het Hof (26 oktober 1978, NJ 1980, 70). Het Hof overwoog daarbij mede dat het verzoek tot enquête inmiddels was ingewilligd.<sup>35</sup> De Ondernemingskamer vernietigde voorts in de enquêtezaak in het kader van artikel 356 het sluitingsbesluit omdat er onvoldoende overleg had plaatsgevonden met de OR en de bonden over de sociale gevolgen van het besluit tot sluiting.

#### *Hof Den Bosch 8 september 1993, NJ 1994, 309*

Uit Hof Den Bosch 8 september 1993, NJ 1994, 309 blijkt dat de mogelijkheden die artikelen 344 e.v. bieden hun weerslag kunnen hebben op de toewijsbaarheid van vorderingen in kort geding. Het Hof Den Bosch besliste dat de regeling van artikelen 344 e.v. in beginsel in de weg staat aan de aanstelling van een bewindvoerder door de rechter in kort geding. In de genoemde zaak werd benoeming van een onafhankelijke persoon verzocht die belast zou worden met het bestuur en het beheer van het vermogen van Medical Magnetic Holland BV. Het Hof overweegt dat de gestelde feiten naar het voorlopig oordeel van het Hof de conclusie wanbeleid zouden kunnen rechtvaardigen hetgeen om een bijzondere voorziening vraagt, maar vervolgt het Hof (r.o. 4.1):

*[...] Beantwoording van de vraag of van een wanbeleid gesproken kan worden, resp. welke voorziening het meest in aanmerking komt, is voorwerp van een bijzondere regeling voorzien in de art. 2:344 e.v. B.W. De specifieke aard van deze rege-*

<sup>32</sup> Een voorbeeld van een vrij recente zaak waarin de ondernemingsraad in een enquêteprocedure verweer voerde in het kader van jegens de ondernemingsraad verzochte onmiddellijke voorzieningen is de Corus-zaak. OK 13 maart 2003, NJ 248 en JOR 2003, 85.

<sup>33</sup> Zie voor een uitgebreide weergave van deze oudere rechtspraak Losbl. Rp. Inl. Titel 8, afd. 2, par. 2, sub 1.

<sup>34</sup> OK 26 oktober 1978, NJ 1980, 70; idem 21 juni 1979, NJ 1980, 71.

<sup>35</sup> Zie over deze zaak ook Y. Scholten, in: *De Naamlooze Vennootschap* 60/1, p. 3.

ling, welke onder meer tot uitdrukking komt in de wijze van onderzoek naar het beleid en de gang van zaken en de mogelijk te treffen voorzieningen – [...] – staat in beginsel in de weg aan toewijzing van een vordering als door [...] in het onderhavige geding ingesteld’.

Waar de Batco-zaak (1978) nog duidelijk laat zien dat vooruitlopend op een enquête een kort geding kan worden aangespannen en voorlopige maatregelen kunnen worden gevorderd, laat de zaak Medical Magnetic Holland BV zien dat Hof Den Bosch terughoudend is bij toewijzing van de vordering in kort geding onder verwijzing naar de specifieke aard van de regeling van de artikelen 2:344 e.v. B.W.

#### *Artikel 349a lid 2 en de ontwikkelingen in de jurisprudentie na 1 januari 1994*

Het verzoeken van voorlopige voorzieningen in de enquêteprocedure is mogelijk geworden vanaf 1 januari 1994. Als voorlopige voorzieningen worden gevraagd bij of na de indiening van een enquêteverzoek, geschiedt dat op basis van artikel 349a lid 2 dat op 1 januari 1994 is ingevoerd. De Ondernemingskamer kan krachtens artikel 349a lid 2 in elke stand van het geding op verzoek van de indieners van het enquêteverzoek of op vordering van de advocaat-generaal een onmiddellijke voorziening (= voorlopige voorziening) treffen voor ten hoogste de duur van het geding. De Ondernemingskamer is vrij in de keuze van de te treffen onmiddellijke voorzieningen. Daarbij is de Ondernemingskamer niet gebonden aan de in artikel 356 genoemde mogelijkheden voor het treffen van voorzieningen na gebleken wanbeleid. Van de geschetste mogelijkheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen wordt veelvuldig gebruikgemaakt. Ik noem bijvoorbeeld de HBG-beschikking van 4 juli 2001.<sup>36</sup>

De bevoegdheid van de Ondernemingskamer een onmiddellijke voorziening te treffen laat de bevoegdheid van de kortgedingrechter onverlet.<sup>37</sup>

Na 1 januari 1994 wordt echter enkel nog een beroep op de kortgedingrechter gedaan als een orde-maatregel nodig wordt geacht nog voor een verzoek tot het instellen van een enquête is ingediend. Ik geef de ontwikkeling in de jurisprudentie weer.

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

Het Hof Amsterdam oordeelde in 1996<sup>38</sup> dat een president in kort geding, gelet op de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer een verzoek om onmiddellijke voorzieningen op zeer korte termijn te behandelen, zich terughoudend dient op te stellen bij een vordering om voorlopige voorzieningen te treffen vooruitlopend op (de resultaten van) een enquête die de eiser kan uitlokken:

*‘In dit licht is het wenselijk dat de president, hoer zeer ook naast de Ondernemingskamer bevoegd, zich terughoudend opstelt bij een verzoek om een voorlopige voorziening te treffen vooruitlopend op (de resultaten van) een enquête, indien dit verzoek ten minste wordt gedaan door een (rechts)persoon of groepering die tot het uitlokken daarvan krachtens de artt. 2:346 en 2:347 BW de bevoegdheid heeft, nadat het enquêteverzoek aanhangig is gemaakt [...]’*

Het Hof stelt zich op het standpunt dat het moet gaan om een uitzonderlijke situatie en om een in hoge mate spoedeisend belang. Dit arrest laat zien dat voor de kortgedingrechter vrijwel geen ruimte meer is wanneer de eiser in kortgeding tevens de mogelijkheid heeft om in een lopende enquêteprocedure voorlopige voorzieningen te vragen. Hierbij speelt een rol dat verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in beginsel binnen een week (zelfs sneller) behandeld kunnen worden door de Ondernemingskamer.<sup>39</sup> De Ondernemingskamer kan met dezelfde snelheid als de kortgedingrechter voorlopige voorzieningen treffen. De kort gedinguitspraken van oudere datum zoals Rb. Haarlem, 14 oktober 1994, KG 1994, 431, (SDI Industries/JCG Holding) die gegeven werden omdat eerst enige maanden na indiening van het verzoek om enquête een beslissing van de Ondernemingskamer kon worden verwacht zijn daarmee achterhaald. Naar aanleiding van dit arrest is eveneens duidelijk dat in het geval de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure geweigerd heeft bepaalde voorzieningen te treffen, deze niet als nog door de kortgedingrechter getroffen kunnen worden, tenzij zich nieuwe, zeer spoedeisende omstandigheden voordoen. De rol van de president lijkt beperkt tot gevallen waarin nog geen enquêteprocedure is gestart en de gevallen waarin wel een enquêteprocedure is gestart maar de eiser in kort geding niet de bevoegdheid heeft in de

<sup>36</sup> OK 4 juli 2001, 591/2001 OK. Ook: OK 31 oktober 2002, JOR 2003/59, ZDS Trading en OK 7 augustus 2002, JOR 2002/194, De Rotte Bergen.

<sup>37</sup> MvT Bundel NV en BV, p. Xe-10.

<sup>38</sup> Hof Amsterdam 7 november 1996, KG 1997, 3, TVVS 1997, p. 56 m.nt. Geerts.

<sup>39</sup> Zie P.G.F.A. Geerts, in: TVVS 1997, p. 57.



enquêteprocedure voorlopige voorzieningen te vragen. In OK 26 februari 1998 en 14 mei 1998, rolnr. 154/98 (*TVVS* 1998, nr. 98/9) komt dit eveneens naar voren. Eerst wordt de kortgedingrechter geadieerd die een voorlopige voorziening treft. Nadien wordt een enquête bij de vennootschap verzocht alsmede verzocht voorlopige voorzieningen te treffen. De Ondernemingskamer treft eveneens voorlopige voorzieningen.

Samenvattend stel ik vast dat er in elk geval ruimte is voor de gang naar de kortgedingrechter in de volgende situaties.

Een daartoe gerechtigde die niet onmiddellijk behoefte heeft aan het uitlokken van een enquête maar wel aan een ordemaatregel op korte termijn, kan de president in kort geding blijven adieren. Zie OK 26 februari 1998, *TVVS* 1998, p. 241 m.nt. Geerts. Ik verwijs ook naar Hof Den Bosch 22 januari 1996, *JOR* 1996/22. Het Hof overweegt (r.o. 4.3):

*‘De procedure van artikel 2:345 BW (waarvan de voorlopige voorziening ex art. 2:349a afhankelijk is) is niet exclusief in die zin dat een belanghebbende, die geen behoefte heeft aan een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon, maar wel een voorziening wenst als thans gevorderd, op straffe van niet-ontvankelijkheid gedwongen zou zijn een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer in te leiden.’*

In het geval wel een enquêteprocedure is gestart, maar de eiser in kort geding niet de bevoegdheid heeft in de enquêteprocedure voorlopige voorzieningen te vragen, kan de kortgedingrechter worden geadieerd (Zie Hof Amsterdam 7 november 1996, *KG* 1997, 3).

*Afname van het aantal kortgedingvorderingen vooruitlopend op een enquêteverzoek, toename verzoeken voorlopige voorzieningen ex artikel 349a lid 2 en overige ontwikkelingen*

Na 1994 is er niet veel jurisprudentie te noemen van ingestelde kortgedingvorderingen vooruitlopend op een enquêteverzoek. De Ondernemingskamer blijkt bijzonder creatief bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Veelvuldig wordt gekozen voor het verzoeken van een onmiddellijke voorziening ex artikel 349a lid 2 in combinatie met een enquêteverzoek. Daarbij valt een bepaalde ontwikkeling waar te nemen. Regelmatig worden onmiddellijke voorzieningen toegewezen terwijl de behandeling van het

enquêteverzoek wordt aangehouden. Soms is echter al bij toewijzing van de onmiddellijke voorzieningen duidelijk dat de nader te bepalen terechtzitting ter behandeling van het enquêteverzoek nooit zal komen. De inbedding van artikel 2:349a in het enquêterecht en de norm van artikel 350 lid 1 wordt dan op afstand geplaatst. Aldus wordt de enquête hiermee gereduceerd tot formeel, maar feitelijk overbodig aanhangsel.<sup>40</sup> De procedure blijkt te worden gebruikt om snel onmiddellijke voorzieningen toegewezen te krijgen, terwijl het enquêteverzoek op de lange baan geschoven wordt. Het is de vraag of dit een wenselijke ontwikkeling is. Er wordt in ieder geval geen recht gedaan aan de wettekst zoals neergelegd in de artikelen 344 e.v. en de bedoeling van artikel 349 lid 2. De verzoeker van onmiddellijke voorzieningen moet zich afvragen of een enquête wel werkelijk gewenst is. Dit temeer gezien het feit dat de verzoeker van onmiddellijke voorzieningen het procedureverloop niet geheel in de hand heeft. Een verzoeker van onmiddellijke voorzieningen dient bedacht te zijn op mogelijke acties van belanghebbenden. In het geval een verzoeker tot de enquête onmiddellijke voorzieningen heeft gevraagd, kan een belanghebbende die zich in de enquêteprocedure voegt het treffen van andere onmiddellijke voorzieningen verzoeken. De Ondernemingskamer kan hierop acht slaan. Aangenomen wordt immers dat de Ondernemingskamer bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen ook andere (zelfs zwaardere) voorzieningen kan treffen dan door de verzoeker zijn verzocht. Dit kan een voor de oorspronkelijke verzoeker onverwachte wending aan de zaak geven. De aanwezigheid van belanghebbenden in het enquêterecht betekent dat de verzoeker en de rechtspersoon het verloop van de procedure niet meer in eigen hand hebben.<sup>41</sup> Ik noem als duidelijk voorbeeld van effecten op het procedureverloop als gevolg van inmenging van belanghebbenden hier de RNA-zaak. In de RNA-zaak bereikten Westfield en RNA een schikking terwijl de onderzoekers bezig waren een rapport op te stellen op basis van een beschikking van de OK ex artikel 345. Westfield en RNA verzochten gezamenlijk aan de OK om het gelaste onderzoek voor zes maanden aan te houden. De OK was van mening dat alle betrokken partijen met een dergelijk verzoek dienden in te stemmen. Vervolgens stemde de VEB, die zich in de procedure als belanghebbende had gevoegd niet in met dat verzoek. Het rapport is toen alsnog afgerond. Menige verzoeker is zich

<sup>40</sup> S.M. Bartman, in: *Ondernemingsrecht* 2003-6, p. 229.

<sup>41</sup> A.F.J.A. Leijten, ‘De positie van de derde in het enquêterecht’, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2001-2002, p. 67. Van Schilfgaarde, *Van de NV en de BV* (2001), nr. 123 en *Asser-Maeijer* 2-III (2000), nrs. 518 en 533.

onvoldoende bewust van het gevaar van voegen van belanghebbenden in de enquêteprocedure. Bij de afweging kort geding dan wel uitlokken enquête in combinatie met voorlopige voorzieningen moet dit laatste aspect zeer zeker betrokken worden.<sup>42</sup>

### **Conclusie**

Op basis van de wetgeschiedenis moet geconcludeerd worden dat samenloop van de artikel 26 WOR- en de enquêteprocedure mogelijk is. De wetgever heeft de onderlinge afstemming van de procedures overgelaten aan de Ondernemingskamer. Uit de schaarse jurisprudentie blijkt dat de Ondernemingskamer inderdaad de procedures op elkaar afstemt. De IJsselwerf-zaak laat zien hoe de beroepsprocedure wordt opgeschort in afwachting van de enquêteprocedure. Eveneens laat deze zaak zien dat de Ondernemingskamer de uitkomst van de enquêteprocedure bij de beslissing in de beroepsprocedure betreft. Samenloop is mogelijk en daarbij bewerkstelligt de Ondernemingskamer efficiëntie door onder andere de beroepsprocedure op te schorten totdat de resultaten van het onderzoeksverslag in de enquêteprocedure bekend zijn.

Het feit dat weinig jurisprudentie te vinden is inzake een samenloop van enquête en beroepsprocedure hangt mijns inziens samen met het feit dat de vakorganisaties de laatste jaren weinig gebruikmaken van hun enquêterecht. Dit in tegenstelling tot de jaren tachtig van de vorige eeuw. Overigens acht ik het niet uitgesloten dat, onder andere gezien de huidige economische malaise en daarmee gepaard gaande sluitingsproblematieken van ondernemingen, de vakorganisaties weer vaker naar dit middel zullen gaan grijpen.

Ten aanzien van de samenloopkwestie kort geding-enquête is er een duidelijke ontwikkeling in

de geschiedenis te signaleren. Voor 1 januari 1994 bestond de mogelijkheid tot het verzoeken van voorlopige voorzieningen in het enquêterecht nog niet. Voor die datum was men voor wat betreft het uitlokken van voorlopige voorzieningen volledig aangewezen op de kortgedingrechter. Uit oudere rechtspraak voor 1994 blijkt dan ook dat de kortgedingrechter regelmatig in het vooruitzicht van of hangende een enquêteprocedure met succes werd geadieerd. Na 1 januari 1994 valt uit jurisprudentie waar te nemen dat de ruimte van de kortgedingrechter aanzienlijk wordt beperkt. De kortgedingrechter dient zich, gelet op de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer een verzoek om onmiddellijke voorziening op zeer korte termijn te behandelen, terughoudend op te stellen bij een vordering om voorlopige voorzieningen te treffen vooruitlopend op (de resultaten van) een enquête die de eiser kan uitlokken. Afgezien hiervan moet het mogelijk zijn dat een daartoe gerechtigde die geen behoefte heeft aan het uitlokken van een enquête de rechter in kort geding adieert. Vanaf 1 januari 1994 komt samenloop op dit terrein weinig voor. In het geval een verzoeker eerst tevergeefs de Ondernemingskamer heeft verzocht voorlopige voorzieningen te treffen en vervolgens nog eens de kortgedingrechter adieert met de vordering tot het treffen van voorlopige voorzieningen, zal de eiser er rekening mee moeten houden nul op het rekest te krijgen, tenzij zich nieuwe, zeer spoedeisende omstandigheden voordoen (Hof Amsterdam 7 november 1996, *KG* 1997, 3). Inefficiëntie en een onnodige dubbele rechtsgang wordt aldus voorkomen.

**Mw. mr. M.M. Tuijtel is advocaat bij Loyens & Loeff te Rotterdam (Corporate Litigation).**

<sup>42</sup> De kortgedingrechter dient binnen het raamwerk van de vordering te blijven, maar heeft overigens ook wel de nodige vrijheid ten aanzien van het gevorderde. Hij is niet strikt gebonden aan het door eiser geformuleerde petitum, maar kan (binnen het raamwerk van de vordering) de voorziening treffen die hem het meest dienstig voorkomt (Hof Leeuwarden 7 oktober 1998, *NJ* 1999, 405).