

Samenloop van de enquêteprocedure en de civiele procedure: een (wed)strijd tussen de oude dame en de efficiënte dienstmaagd

Mijke Sinninghe Damsté, Klaas Jan Smit en Sidney Berendsen*

Inleiding

Mede naar aanleiding van de DSM-zaak komt in deze bijdrage een aantal vragen aan de orde over de samenloop tussen de civiele procedure en de enquêteprocedure.

In de DSM zaak¹ was – kort gezegd – de vraag aan de orde of het DSM was toegestaan in haar statuten een regeling op te nemen op grond waarvan aandeelhouders die gedurende een bepaalde termijn aandeelhouder bleven, meer dividend (een zogenoemd 'loyaliteitsdividend') ontvangen dan hun medeaandeelhouders. De Ondernemingskamer oordeelde dat een dergelijke regeling in strijd is met artikel 2:92 BW (gelijke behandeling van aandeelhouders) en verbood DSM bij onmiddellijke voorziening de beoogde statutenwijziging in stemming te brengen op een aandeelhoudersvergadering. Het verzoek tot het houden van een enquête werd door de Ondernemingskamer aangehouden en zou, op verzoek van één der partijen, worden behandeld op een nadere zitting.

DSM besloot, waarschijnlijk door alle ophef en publiciteit die deze zaak had veroorzaakt, af te zien van de invoering van een loyaliteitsdividend; beroep in cassatie bleef achterwege en het verzoek tot het houden van een enquête is nooit behandeld. DSM kon ook alleen maar verliezen; bij toewijzing van het verzoek zou een enquête volgen, met alle gevolgen van dien. Bij afwijzing van het verzoek zou de onmiddellijke voorziening in beginsel komen te vervallen,² maar DSM had toch al afgezien van invoering van het loyaliteitsdividend. Verzoekers hadden evenmin belang bij behandeling van het enquêteverzoek. De onmiddellijke voorziening had immers effect gesorteerd – er kon niet over de statutenwijziging worden gestemd – en deze zou bij afwijzing van het enquêteverzoek, zoals gezegd, in beginsel vervallen.

* Mr. Mijke Sinninghe Damsté, mr. Klaas Jan Smit en mr. Sidney Berendsen zijn als advocaat verbonden aan Loyens & Loeff te Amsterdam.

1 OK 28 maart 2007, JOR 2007/118 (Franklin c.s./DSM).

2 Art. 2:349a lid 2 BW, onmiddellijke voorzieningen kunnen worden getroffen voor de duur van het geding.

Hiermee had een onmiddellijke voorziening die slechts geldt voor de duur van het geding (2:349a lid 2 BW), indien het hoger beroep in cassatie in het belang der wet achterwege was gebleven, de verhouding tussen partijen definitief kunnen beïnvloeden, zonder dat het enquêteverzoek zelf ooit behandeld was.

De A-G merkt in zijn beroep in cassatie in het belang der wet – onzes inziens terecht – op dat het (strikt juridisch inhoudelijke) geschil tussen partijen over de uitleg van artikel 2:92 BW na een wel heel summiere rechtsgang met geringe rechtswaarborgen door de Ondernemingskamer in deze ‘voorprocedure’³ in feite definitief beslist is. De geringe rechtswaarborgen zijn volgens de A-G gelegen in 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 kent dan een civiele procedure, (iii) aan het opleggen van onmiddellijke voorzieningen doorgaans slechts een (zeer) beperkt partijdebat voorafgaat⁴ en (iv) er geen tweede feitelijke instantie bestaat.^{5,6}

De DSM-procedure is kenmerkend voor de wijze waarop de Ondernemingskamer met de enquêteprocedure omgaat. Flexibel, snel, doorgaans doelmatig maar, naar onze mening, soms wat te ver doorgeschoten in pragmatisme. De Hoge Raad heeft de door de Ondernemingskamer gehanteerde procedure, het treffen van onmiddellijke voorzieningen voordat op het enquêteverzoek is beslist (de voorprocedure), overigens gesanctioneerd,⁷ dus hij deelt deze mening in ieder geval niet met betrekking tot de DSM-zaak.

De DSM-zaak roept echter ook vragen op over de samenloop van de enquêteprocedure en de civiele procedure. In de DSM-zaak stond immers de (strikt juridisch inhoudelijke) vraag centraal of het loyaliteitsdividend in strijd was met de gelijke behandeling van aandeelhouders ex artikel 2:92 BW. De vraag komt op of een dergelijk geschil wel bij de Ondernemingskamer thuishoort.

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

4 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.

5 HR 17 september 2007, NJ 2008/105, r.o. 3.90.

6 Zie voor de vraag met welke rechtswaarborgen de enquêteprocedure is omgeven en of deze voldoen ook S.J.H.M. Berendsen & W.A. Westenbroek, ‘Het SER advies en ontwikkelingen in het enquêterecht, dienen bestaande rechtswaarborgen te leiden tot aanpassing van de enquêteprocedure?’, Ondernemingsrecht 2008-6, p. 225 e.v.

7 HR 17 september 2007, NJ 2008, 105.

Indien wordt uitgegaan van de veronderstelling dat de algemene vergadering van aandeelhouders van DSM wel over de bewuste statutenwijziging heeft gestemd en deze heeft aangenomen, dan hebben aandeelhouders die tegen dit besluit wilden ageren de keuze tussen een procedure bij de (gewone) civiele rechter of bij de Ondernemingskamer (ervan uitgaande dat zij bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek).⁸

Bij de civiele rechter vorderen de aandeelhouders vernietiging van het betrokken besluit op grond van artikel 2:15 BW.⁹ Het betreft een dagvaardingsprocedure in drie instanties, die met vele rechtswaarborgen, onder andere ten aanzien van bewijsrecht, is omkleed.

De route bij de Ondernemingskamer is minder direct (eerst in de tweede fase kan de Ondernemingskamer het betrokken besluit vernietigen).¹⁰ De aandeelhouders verzoeken de Ondernemingskamer een enquête te gelasten.¹¹ Nadat het onderzoek heeft plaatsgevonden en het verslag van de onderzoeker ter griffie is neergelegd, volgt de tweede fase van de procedure waarin de aandeelhouders de Ondernemingskamer verzoeken vast te stellen dat er sprake is van wanbeleid en bij wege van definitieve voorziening het betrokken besluit tot wijziging van de statuten te vernietigen.¹² Het betreft een verzoekschriftprocedure in twee instanties die met relatief weinig rechtswaarborgen is omkleed.

Is het niet opmerkelijk dat eenzelfde geschil – is loyaliteitsdividend in strijd met artikel 2:92 BW en dient het besluit tot statutenwijziging op die grond te worden vernietigd? – door twee verschillende rechters kan worden beoordeeld?¹³ Is het mogelijk dat beide procedures naast elkaar gevolgd worden, zodat tegenstrijdige uitspraken mogelijk zijn? Welke bevoegdheden komen de civiele rechter nog toe (of zouden deze moeten toekomen) ter zake een ondernemingsrechtelijk geschil dat reeds aanhangig is bij de Ondernemingskamer, en *vice versa*? Het is thans aan een verzoeker/eiser om te bepalen of de Ondernemingskamer of de gewone rechter wordt geadieerd. Welke consequenties kan deze keuze hebben voor betrokken partijen?

8 Art. 2:346 BW.

9 Of de vaststelling dat het betrokken besluit nietig is ex art. 2:14 BW.

10 Afgezien van het vragen van onmiddellijke voorzieningen, deze kunnen immers in elke stand van de procedure getroffen worden.

11 Art. 2:345 BW.

12 Art. 2:353, 2:355 en 2:356 BW.

13 Opgemerkt moet worden dat de gronden waarop de Ondernemingskamer bij definitieve voorziening ex art. 2:356 BW een besluit van (bijv.) de algemene vergadering van aandeelhouders kan vernietigen niet beperkt zijn tot die van art. 2:14 en 2:15 BW. Dit neemt echter niet weg dat een zelfde geschil door twee rechters beoordeeld kan worden.

In deze bijdrage proberen wij op dergelijke vragen, die zien op de samenloop van de civiele procedure en de enquêteprocedure, een antwoord te vinden. Daarbij merken wij op dat deze bijdrage deels verkennend van aard is, aangezien over deze samenloop relatief weinig uitspraken voorhanden zijn en evenmin veel is gepubliceerd.

Ontwikkeling van het enquêterecht

Vooraf nadat de Ondernemingskamer in 1994 door de invoering van artikel 2:349a lid 2 BW de mogelijkheid heeft gekregen om onmiddellijke voorzieningen te treffen,¹⁴ is het gebruik van het enquêterecht sterk toegenomen. Ten aanzien van ondernemingsrechtelijke geschillen heeft een onmiskenbare verschuiving plaatsgevonden van de gewone rechter naar de 'bijzondere' rechter, de Ondernemingskamer, dit geldt zowel voor bodemprocedures als voor procedures in kort geding.¹⁵ In beginsel is daar niet zoveel mis mee. Immers, de Ondernemingskamer is een gespecialiseerde rechter die adequaat en effectief kan optreden in geval van ondernemingsrechtelijke geschillen.

Aan de andere kant is de vraag gerechtvaardigd of het wenselijk is dat de beslechting van ondernemingsrechtelijke geschillen nagenoeg exclusief tot het terrein van de Ondernemingskamer behoort. De afgelopen jaren is in jurisprudentie en literatuur veel aandacht besteed aan de uitdijende reikwijdte van het enquêterecht en de daarmee samenhangende vrees dat de ruime toepassing van het enquêterecht niet samengaat met de relatief beperkte rechtswaarborgen waarmee de huidige enquêteprocedure is omkleed.

De Sociaal-Economische Raad (SER) heeft in haar Advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur van 15 februari 2008 enkele aanbevelingen ten aanzien van de rechtswaarborgen rondom het enquêterecht gedaan,¹⁶ waaronder de invoering van twee feitelijke instanties.¹⁷ Daarnaast heeft, het is hiervoor al aan de orde geweest, de A-G in zijn beroep in cassatie in het belang der wet in de DSM-zaak ook uitdrukkelijk de geringe rechtswaarborgen in de enquêteprocedure aan de orde gesteld.¹⁸

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

15 Zie in dat kader ook G.J.H. van der Sangen, 'Het enquêterecht als nieuwe bron van het ondernemingsrecht (deel I)', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2004-1, p. 33 e.v.

16 Het advies is te vinden op de website van de SER.

17 Nadeel van deze aanbeveling is dat deze het relatief snelle en efficiënte verloop van de enquêteprocedure deel teniet zal doen.

18 HR 17 september 2007, LJN BB 3523, CPG CW 2516, r.o. 3-90.

Aangezien de procedure voor de civiele rechter met meer waarborgen is omkleed, is de vraag gerechtvaardigd of het speelveld van de Ondernemingskamer ten opzichte van de civiele rechter niet te ruim is en of de Ondernemingskamer niet een terughoudender rol zou moeten spelen. Voor dat wij aan deze vraag toekomen, zal worden uiteengezet hoe de bevoegdheden van de Ondernemingskamer thans zijn afgebakend ten opzichte van die van de gewone rechter (en *vice versa*) en wat de reikwijdte van het enquêterecht is.

Bevoegdheid op grond van de wet

Bevoegdheid Ondernemingskamer

De bevoegdheid van de Ondernemingskamer om kennis te nemen van ondernemingsrechtelijke geschillen is neergelegd in artikel 66 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie. Dit artikel bepaalt dat de Ondernemingskamer (onder meer) bevoegd is kennis te nemen van 'zaken als bedoeld in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek'.¹⁹

Deze algemene bevoegdheidsgrondslag geeft nog geen antwoord op de vraag hoe de Ondernemingskamer dient te beoordelen of zij ook daadwerkelijk bevoegd is. Dient de Ondernemingskamer bijvoorbeeld te beoordelen of de grondslag van het verzoek in het verzoekschrift daadwerkelijk een zaak als bedoeld in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek betreft? De Hoge Raad heeft deze vraag ontkennend beantwoord in zijn tweede Landis-beschikking.²⁰

De Hoge Raad heeft in deze beschikking – kort gezegd – bepaald dat indien verzoekers aan hun verzoekschrift een in Boek 2 BW neergelegde wettelijke regeling van het enquêterecht ten grondslag leggen, daarmee de bevoegdheid van de Ondernemingskamer is gegeven.²¹ Als maatstaf geldt de grondslag zoals deze in het verzoekschrift is neergelegd. Indien deze grondslag op een onjuiste rechtsopvatting berust, leidt dat niet tot onbevoegdheid van de Ondernemingskamer, maar zal dat leiden tot niet-ontvankelijkheid van de verzoekers.²²

19 In deze bijdrage wordt geen aandacht besteed aan – bijvoorbeeld – de bevoegdheid van de Ondernemingskamer ter zake geschillen die betrekking hebben op bepaalde artikelen uit de Pensioenwet en de Wet op de ondernemingsraden.

20 HR 9 december 2005, NJ 2006, 174.

21 Zie daarover meer uitgebreid J.W.H. van Wijk, 'De Hoge Raad en het enquêterecht: een overzicht', *Ondernemingsrecht* 2007-10/11, p. 3.

22 De A-G had – zeer kort gezegd – overigens geconcludeerd dat 'in beginsel de grondslag van het verzoek doorslaggevend is, maar niet dat enkel de grondslag van hetgeen wordt ver-

De Ondernemingskamer is dus bevoegd om van een geschil kennis te nemen indien verzoekers aan hun verzoekschrift een in Boek 2 BW neergelegde wettelijk regeling van het enquêterecht ten grondslag leggen. Blijkt de aangevoerde grondslag achteraf op een onjuiste rechtsopvatting van verzoekers te berusten, dan dient de Ondernemingskamer zich niet-ontvankelijk te verklaren en kunnen verzoekers zich alsnog wenden tot de civiele rechter. Daarmee is het speelveld van de Ondernemingskamer in algemene zin vanzelfsprekend beperkt, maar nog steeds ruim.

Bevoegdheid civiele rechter

De civiele rechter is in beginsel bevoegd om kennis te nemen van alle burgerlijke zaken,²³ waaronder dus ondernemingsrechtelijke geschillen. Deze bevoegdheid wordt in principe niet beperkt door het feit dat een ondernemingsrechtelijk geschil ook onderwerp kan zijn van een enquêteprocedure, met dien verstande dat de gewone rechter vanzelfsprekend niet kan oordelen over een verzoek tot het gelasten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en – bijvoorbeeld – evenmin een aantal van de voorzieningen genoemd in artikel 2:356 BW kan treffen, waaronder het ontslag van statutair bestuurders en commissarissen. Deze bevoegdheid komt immers exclusief aan de Ondernemingskamer toe.²⁴

Reikwijdte van het enquêterecht

Verzoekers/eisers hebben aldus de keuze of zij het ondernemingsrechtelijk geschil voorleggen aan de Ondernemingskamer of aan de civiele rechter. Daarbij dient echter bedacht te worden dat de Ondernemingskamer weliswaar bevoegd kan zijn om van een geschil kennis te nemen, maar dat dit niet betekent dat het voorgelegde geschil ook daadwerkelijk onderwerp kan zijn van een enquêteprocedure.²⁵

Zo blijkt uit de Gucci-beschikking²⁶ van de Hoge Raad dat indien er geen aanleiding bestaat voor het instellen van een enquêteonderzoek – bijvoor-

zoekt van belang is.' Daar valt wel iets voor te zeggen. Anders zou – zoals de AG overweegt – ook in geval dat op een evident onjuiste grondslag berust, de verkeerde rechter kunnen worden verzocht kennis te nemen van een geschil terwijl deze rechter zich niet onbevoegd kan verklaren. De HR volgde in zijn beschikking de A-G echter niet.

²³ Zie art. 42 van de Wet op de rechterlijke organisatie.

²⁴ Wij laten de exclusieve bevoegdheden van de Ondernemingskamer in het kader van – bijv. – de jaarrekeningprocedure, de uitkoopprocedure en de wettelijke geschillenregeling (in hoger beroep) buiten beschouwing

²⁵ Zie in dat kader Van Wijk, a.w. 2007, p. 4.

²⁶ HR 27 september 2000, NJ 2000, 653.

beeld omdat de Ondernemingskamer de feiten zelf kan vaststellen zonder onderzoek – maar er wel behoefte bestaat aan (definitieve) voorzieningen, de belanghebbende zich dient te wenden tot de civiele rechter voor een gewone procedure, met alle daaraan verbonden waarborgen.²⁷

De Ondernemingskamer zal zich voorts niet-ontvankelijk dienen te verklaren indien een verzoek niet gerelateerd is aan één van de doeleinden van het enquêterecht. In de Ogem-beschikking²⁸ heeft de Hoge Raad de doeleinden van het enquêterecht geformuleerd, te weten: (i) sanering en herstel van gezonde verhoudingen binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon door het treffen van maatregelen van reorganisatorische aard en (ii) opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid. Daarnaast wijst de Hoge Raad op de mogelijke preventieve werking die uitgaat van de mogelijkheid een enquêteonderzoek in te stellen. Het is de vraag of – bijvoorbeeld – de DSM-zaak wel past binnen de hiervoor geformuleerde doeleinden van de enquêteprocedure.

In de Unilever-beschikking²⁹ heeft de Hoge Raad vervolgens bepaald dat een enquêteverzoek niet kan worden toegewezen indien een geschil een uitsluitend vermogensrechtelijk karakter kent, waarbij de doeleinden van het enquêterecht niet verwezenlijkt kunnen worden. Tot de doeleinden van het enquêterecht behoort immers niet de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard. Dergelijke geschillen dienen in een procedure voor de civiele rechter (met alle daaraan verbonden waarborgen) aan de orde te komen.

Dit leidt echter niet tot een grote beperking van het speelveld van de Ondernemingskamer indien tussen de verzoekers en de betrokken rechtspersoon een vermogensrechtelijk geschil bestaat. De drempel voor ontvankelijkheid en toewijsbaarheid van het enquêteverzoek is laag. De verzoeker hoeft bijvoorbeeld slechts te stellen dat één van de doeleinden van het enquêterecht gediend is met het verzoek om niet-ontvankelijkheid te voorkomen. Daarbij komt dat een geschil niet vaak louter van vermogensrechtelijke aard zal zijn, omdat een dergelijk geschil al snel op enigerlei wijze de positie van de vennootschap en haar organen zal raken, waardoor het alsnog binnen

27 In de DSM-zaak komt de vraag op of er wel enige aanleiding had bestaan voor het instellen van een enquêteverzoek. De feiten waren immers duidelijk en hielden partijen niet verdeeld. Partijen verschilden, zoals gezegd, in de kern van mening over de uitleg van art. 2:92 BW.

28 HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466.

29 HR 18 november 2005, NJ 2006, 173.

de ruime doeleinden van het enquêterecht valt. Een verzoeker zal in ieder geval weinig moeite hebben om aannemelijk te maken dat een verzoek dat betrekking heeft op een vermogensrechtelijk geschil tevens gericht is op een van de ruime doeleinden van het enquêterecht (zoals 'opening van zaken').

De Ondernemingskamer oordeelde in de recente Yukos-beschikking³⁰ kort gezegd nog dat indien een beslissing van de bevoegde civiele rechter ten aanzien van een 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. De Ondernemingskamer stelde daarbij wel voorop dat niet de Ondernemingskamer, maar de gewone civiele rechter bevoegd is te beslissen over de vraag wie heeft te gelden als aandeelhouder van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, aangezien een zodanige beslissing op zichzelf van puur vermogensrechtelijke aard is.

Eenzelfde redenering als voor geschillen van louter vermogensrechtelijke aard, kan gevolgd worden voor geschillen die zuiver verbintenisrechtelijk van aard zijn. Voor deze geschillen geldt dat deze niet bij de Ondernemingskamer maar bij de gewone rechter thuishoren, (in ieder geval) zo lang niet gezegd kan worden dat de positie van de vennootschap en haar organen mede in het geding zijn.³¹ Ook hier geldt dat het niet moeilijk zal zijn om aannemelijk te maken dat een geschil van verbintenisrechtelijke aard tevens op enige wijze de positie van de vennootschap en het functioneren van haar organen raakt, waardoor het geschil binnen de reikwijdte van het enquêterecht valt.

Ten overvloede merken wij op dat de vaststelling van aansprakelijkheid, causaal verband en de daarbij behorende schadevergoeding niet tot één van de doeleinden van het enquêterecht behoort. Daarvoor dient men zich te wenden tot de civiele rechter. De Ondernemingskamer kan niet oordelen over de persoonlijke aansprakelijkheid van bijvoorbeeld bestuurders en commissarissen, hetgeen overigens niet wegneemt dat een enquêteprocedure wel degelijk van grote invloed kan zijn op (en eventueel zelfs van doorslaggevende betekenis kan zijn in) een eventuele aansprakelijkheids-

30 Zie OK 21 maart 2008, LJN BC 7530, 1174/2007 (Yukos), r.o. 3.5.

31 Zie ook Hof Amsterdam 22 februari 2006, JOR 2006/123.

procedure.³² Een van de doeleinden van het enquêterecht is immers opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor (mogelijk) blijkend wanbeleid.

Al met al zijn de bevoegdheden van de Ondernemingskamer om kennis te nemen van een ondernemingsrechtelijk geschil en dit geschil vervolgens onderwerp te maken van een onderzoek, zeer ruim, zelfs indien het gaat om geschillen van vermogensrechtelijke en verbintenisrechtelijke aard.

Samenloop civiele procedures en enquêteprocedures

Civiele procedure aanhangig; bevoegdheid Ondernemingskamer

In het feit dat er een procedure aanhangig is bij een gewone rechter, ziet de Ondernemingskamer in beginsel geen grond om aan te nemen dat verzoekers geen belang hebben bij een te entameren enquêteprocedure.

In de CDG-zaak speelde bijvoorbeeld het volgende. Tussen partijen was bij de Rechtbank Den Haag een civiele procedure aanhangig. De feiten in deze procedure, gebaseerd op onrechtmatige daad, waren min of meer gelijk aan het feitencomplex dat in het enquêteverzoek was opgenomen. In zijn beschikking van 24 februari 2006³³ overweegt de Ondernemingskamer echter dat het feit dat aan de aanhangige civiele procedure in belangrijke mate hetzelfde feitencomplex ten grondslag ligt als aan het enquêteverzoek, niet wegneemt dat de rechtbank als gewone civiele rechter, het feitencomplex toetst aan de hand van een civielrechtelijk toetsingskader, welk kader evident niet overeenkomt met dat van (de onderzoeker(s) van) de Ondernemingskamer. Daarmee kan volgens de Ondernemingskamer niet worden gezegd dat verzoeksters geen belang hebben bij een enquête naast de bij de rechtbank te Den Haag lopende procedure, noch dat de laatstgenoemde procedure het door verzoekers gevraagde onderzoek overbodig maakt.

Zelfs indien er sprake is van een geschil tussen partijen dat zuiver verbintenisrechtelijk van aard is, waarover door partijen een kort geding is gevoerd en met betrekking tot welk geschil een arbitrageprocedure aanhangig is gemaakt, ziet de Ondernemingskamer hierin geen grond voor niet-ontvankelijkheid, zo blijkt uit de beschikking van de Ondernemingskamer van 3 mei 2006 (Bonne Route).³⁴ De Ondernemingskamer overweegt dat vast-

³² Zie o.m. HR 8 april 2005, NJ 2006, 443, (Laurus), HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite) en HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem).

³³ OK 24 februari 2006, ARO 2006,58 (CDG).

³⁴ OK 3 mei 2006, JOR 2006/211 (Bonne Route).

staat dat tussen partijen ernstige verschillen van mening zijn gerezen die zuiver verbintenisrechtelijk van aard zijn en als zodanig niet tot de bevoegdheid van de Ondernemingskamer, doch tot die van de civiele rechter behoren. Op zichzelf verschillen partijen hierover ook niet van mening. Verzoeksters hebben in dit kader echter gesteld dat aan de desbetreffende geschillen mede kwesties betreffende het beleid van de vennootschap ten grondslag liggen. De Ondernemingskamer overweegt dat mede de toestand van de onderneming van de dochtervennootschappen van de vennootschap en het functioneren van haar organen in het geding zijn. Nu niet bij voorbaat kan worden uitgesloten dat de door verzoeksters naar voren gebrachte feiten gegronde twijfel aan een juist beleid van de vennootschap kunnen opleveren, terwijl de toetsing van dat door de vennootschap gevoerde beleid, zoals verzocht, één van de doeleinden van de enquêteprocedure kan zijn, is er geen sprake van oneigenlijk gebruik van de enquêteprocedure.³⁵ De omstandigheid dat de voorzieningenrechter reeds op onderdelen van de tussen partijen bestaande geschillen in kort geding heeft geoordeeld, doet daaraan niet af, nu diens toetsingskader evident anders is dan dat (van de onderzoekers) van de Ondernemingskamer.³⁶ Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* met betrekking tot de aanhangige arbitrageprocedure.

De Ondernemingskamer lijkt³⁷ aldus van oordeel dat het aanhangig zijn van enige civiele procedure, ook als deze op nagenoeg dezelfde feitenconstellatie ziet, geen belemmering vormt voor het entameren van een enquêteprocedure zolang verzoekster maar stelt dat aan de desbetreffende geschillen mede kwesties betreffende het beleid van de vennootschap ten grondslag liggen (conform HR Unilever). Het toetsingskader van de civiele rechter wijkt in dat geval immers af van dat van de Ondernemingskamer. De reikwijdte van het enquêterecht, zoals hiervoor omschreven, wordt dus in beginsel niet beperkt door het aanhangig zijn van een civiele procedure.³⁸

De Ondernemingskamer gaat echter nog verder. In de zaak waarop de beschikking van 18 december 2006 van de Ondernemingskamer (ETI)³⁹ betrekking heeft, speelde het volgende. Verzoekster heeft de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van ETI en bij wijze van onmiddellijke voorziening onder meer te bepalen dat (i) Cartogo B.V. wordt geschorst als bestuurder van ETI, dan wel om een afhankelijke derde te benoemen als bestuurder van ETI met door-

35 Aldus, wederom, de OK.

36 Aldus, wederom, de OK.

37 Op basis van de zeer summiere jurisprudentie en literatuur op dit punt.

38 Wederom, op basis van de zeer summiere jurisprudentie en literatuur op dit punt.

39 OK 18 december 2006, ARO 2007/2 (ETI).

slaggevende stem en (ii) dat een vonnis van 27 april 2006 van de voorzieningenrechter te Utrecht buiten werking wordt gesteld. De voorzieningenrechter had in dit vonnis bepaald dat de bestuursleden van ETI voor besluiten waarmee een hoger bedrag dan € 25.000 gemoeid was alleen gezamenlijk bevoegd waren. De Ondernemingskamer wijst het verzoek toe en overweegt dat wat betreft de verzochte onmiddellijke voorzieningen hij het geboden acht dat een bestuurder wordt benoemd aan wie een doorslaggevende stem toekomt. De Ondernemingskamer vervolgt dat hij verdere maatregelen in het bestuur van de genoemde vennootschappen dan ook – althans voorschans – niet nodig acht, ‘ook niet met betrekking tot de door de rechtbank te Utrecht in haar vonnis van 27 april 2006 bepaalde bevoegdheidsbeperking, zodat deze in stand blijft.’

Deze overweging impliceert dat de Ondernemingskamer de bevoegdheid heeft om de voorlopige voorziening die eerder is opgelegd door de Voorzieningenrechter te Utrecht buiten werking te stellen. Dit lijkt ons niet juist. In beginsel kan een kortgedingvonnis enkel (i) in hoger beroep vernietigd worden, (ii) door het vonnis in de civiele bodemprocedure haar werking verliezen of (iii) door middel van een executie kort geding beperkt/gewijzigd worden.⁴⁰ Een door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorziening zou een kortgedingvonnis niet opzij moeten kunnen zetten.

Enquêteprocedure aanhangig; bevoegdheid (gewone) civiele rechter

Hoewel er, zoals hiervoor opgemerkt, in beginsel geen wettelijke bevoegdheidsverdeling bestaat met betrekking tot ondernemingsrechtelijke geschillen, stelt de civiele rechter zich in de praktijk in sommige gevallen terughoudend op indien er reeds een enquêteprocedure aanhangig is.

Voorzieningenrechter

Uit de memorie van toelichting volgt ten aanzien van artikel 2:349a lid 2 BW dat de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om een onmiddellijke voorziening te treffen de bevoegdheid van de voorzieningenrechter onverlet laat. Uit deze memorie van toelichting blijkt echter tevens dat de voorzieningenrechter zich terughoudend dient op te stellen indien van hem een voorziening wordt gevraagd ‘met het oog op een in te dienen enquêteverzoek’.⁴¹

⁴⁰ Herroeping ex art. 382 Rv. blijft hier bijvoorbeeld buiten beschouwing.

⁴¹ Kamerstukken II 1991/92, 22 400, nr. 3.

Dit is overigens grotendeels in lijn met het Advies wijziging enquêterecht van 12 oktober 1988 van de SER. De SER adviseerde – nadat hij had geconstateerd dat er een zekere terughoudendheid bestaat bij de voorzieningenrechter om ordemaatregelen te treffen in het kader van een enquêteprocedure – om de bevoegdheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen die gevorderd worden met het oog op een lopende enquêteprocedure toe te wijzen aan de Ondernemingskamer in plaats van aan de voorzieningenrechter.⁴² De SER wijst er daarbij op dat deze bevoegdheden voor de Ondernemingskamer naast – en niet: in plaats van – de bevoegdheden van de voorzieningenrechter zouden moeten komen te staan.

In lijn met het voorgaande heeft de Kort Geding Kamer van het Amsterdamse Gerechtshof geoordeeld dat de voorzieningenrechter zich terughoudend dient op te stellen bij een verzoek om een voorlopige voorziening te treffen vooruitlopend op een enquête, ondanks dat de voorzieningenrechter zeer wel bevoegd is naast de Ondernemingskamer.⁴³ Alleen in uitzonderlijke situaties en indien het gaat om een hoge mate van spoedeisendheid zou de voorzieningenrechter een gevraagde voorziening toch kunnen treffen.

Zowel de memorie van toelichting als voornoemde uitspraak van het Amsterdamse Gerechtshof zien op de situatie waarin de voorzieningenrechter wordt aangezocht ‘met het oog op’ of ‘vooruitlopend op’ een nog te entameren enquêteprocedure. In beide gevallen lijkt het te gaan om voorlopige voorzieningen die de periode tot de enquêteprocedure moeten overbruggen. Bijvoorbeeld: een verzoek tot schorsing van stemrecht op aandelen totdat de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure op een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen heeft beslist.⁴⁴

Wanneer een kort geding bij de voorzieningenrechter met betrekking tot een ondernemingsrechtelijk geschil echter niet, kort gezegd, in afwachting van een enquêteprocedure aanhangig wordt gemaakt, maar eenvoudigweg omdat eiser ervoor kiest de kwestie aan de voorzieningenrechter voor te leggen en niet aan de Ondernemingskamer, dient de voorzieningenrechter zich niet terughoudend op te stellen. Minder duidelijk ligt de situatie indien, terwijl er reeds een enquêteprocedure aanhangig is, in kort geding

42 Bedacht moet worden dat de SER evenals de wetgever er geen rekening mee heeft gehouden dat eerst in een afzonderlijke zitting op het verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen zou kunnen worden beslist onder aanhouding van het verzoek een enquêteonderzoek te gelasten.

43 Hof Amsterdam, 7 november 1996, KG 1997/3.

44 De SER adviseert iets ruimer: voorzieningen ‘met het oog op een lopende enquêteprocedure’ zouden exclusief door de Ondernemingskamer getroffen dienen te worden, maar de SER stelt tevens dat Ondernemingskamer en Voorzieningenrechter naast elkaar bevoegd dienen te blijven.

voorlopige voorzieningen worden gevraagd. Indien niet aannemelijk is dat de Ondernemingskamer zal worden verzocht eenzelfde voorziening als onmiddellijke voorziening te treffen – en de voorlopige voorziening dus niet ‘met het oog op’ of ‘vooruitlopend op’ de enquêteprocedure gevraagd wordt – zou de voorzieningenrechter zich onzes inziens niet terughoudend dienen op te stellen.

Al met al heeft het enkele feit dat een enquêteprocedure reeds aanhangig is, of aannemelijk is dat deze aanhangig zal worden, onzes inziens niet tot gevolg dat de voorzieningenrechter zich terughoudend op zou moeten stellen of zich zelfs onbevoegd zou moeten achten. Voor een terughoudende opstelling is slechts aanleiding wanneer in afwachting van een door de Ondernemingskamer te treffen onmiddellijke voorziening, in kort geding een voorlopige voorziening wordt gevraagd.

Rechtbank

Er is nauwelijks jurisprudentie gepubliceerd die ziet op de situatie waarin, hangende een enquêteprocedure, met betrekking tot (min of meer) hetzelfde feitencomplex een bodemprocedure bij de rechtbank aanhangig gemaakt wordt.

In de casus waarop de beschikking van 24 mei 2007 van de Rechtbank Den Haag (VEB-KPNQwest)⁴⁵ betrekking heeft, diende de VEB, hangende een enquêteprocedure een verzoek in tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor. Verweerders stelden, zeer kort gezegd, dat de VEB geen belang had bij een dergelijk verhoor, omdat het enquêteverzoek was gebaseerd op nagenoeg dezelfde omstandigheden als het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor en er een enquête was gelast. De rechtbank overweegt (i) dat de gelaste enquête wat betreft de toegelaten periode en onderwerpen beperkter van omvang is dan het gevraagde verhoor en (ii) dat nog niet duidelijk is of die enquête doorgang zal vinden, omdat de financiering daarvoor ontbreekt.

‘Bovendien miskennen verweersters dat de eventuele resultaten van een enquête ex art. 2:235 BW slechts een beperkte bewijsrechtelijke betekenis hebben voor de door verzoekers voorgenomen bodemprocedure op de voet van artikel 6:162 BW jo. 2:9 BW (vgl. HR NJ 2003, nr. 538 [Skipper Club Charter] en NJ 206 nr 443 [Laurus]),

aldus de rechtbank. De rechtbank wijst het verzoek af.

⁴⁵ Rb. Den Haag 24 mei 2007, LJN BA6044.

In hoger beroep⁴⁶ is voornoemd verweer van verzoekers (dat VEB belang bij het verzoek ontbeerde omdat er reeds een enquête gelast was) niet uitdrukkelijk meer aan de orde gekomen. Wel overweegt het gerechtshof dat het toetsingskader van een voorlopig getuigenverhoor verschilt van dat van een enquêteverzoek. Volgens het gerechtshof zijn de mogelijkheden tot het instellen van een enquête binnen de grenzen van artikel 2:350 lid 1 BW veel ruimer dan de mogelijkheden tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor. Het gerechtshof wijst het verzoek (deels) toe.

Rechtbank en gerechtshof stellen zich in deze zaak dus niet terughoudend op. Geheel anders is echter de opstelling van de Rechtbank Utrecht zoals deze blijkt uit de beschikking van 18 december 2006 van de Ondernemingskamer (ETI).⁴⁷

De Rechtbank Utrecht heeft in het kader van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor overwogen dat, hoewel het verzoek toegewijsbaar is, in afwachting van een beslissing van de Ondernemingskamer in de onderhavige zaak iedere verdere beslissing wordt aangehouden. Hiermee wilde de rechtbank voorkomen dat bij toewijzing van het betrokken verzoek de – volgens de rechtbank prevalerende – enquêteprocedure en het voorlopig getuigenverhoor elkaar doorkruisen. De rechtbank gaat er hier kennelijk van uit dat de enquêteprocedure prevaleert boven een voorlopig getuigenverhoor. Wij menen dat van een dergelijke rangorde geen sprake kan zijn en dat de civiele rechter zich juist niet terughoudend dient op te stellen, (reeds) omdat daarvoor iedere wettelijke grondslag ontbreekt en het toetsingskader aanmerkelijk verschilt.

In de bundel *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*⁴⁸ wordt in dit kader opgemerkt dat het begrijpelijk is dat, in het geval waarin de geëntameerde enquêteprocedure ertoe strekt opening van zaken en/of vaststelling van verantwoordelijkheid voor eventueel blijkend wanbeleid te verkrijgen, en derhalve tot feitenvaststelling te komen, een civiele rechter zich terughoudend zal opstellen indien aan hem wordt verzocht om een voorlopig getuigenverhoor te gelasten. De civiele rechter zal zich in die gevallen dienen af te vragen in hoeverre de eisen van proceseconomie of een goede procesorde (zoals misbruik van procesrecht) aan de toewijzing van het verzoek tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor in de weg staan.

⁴⁶ Hof 's-Gravenhage 22 mei 2008, LJN BD2349.

⁴⁷ OK 18 december 2006, ARO 2007/2 (ETI).

⁴⁸ B. Winters & P.N. Ploeger, 'Kroniek Enquêterecht, Geschriften vanwege de Vereniging corporate litigation 2006-2007', onder redactie van M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 93, Deventer: Kluwer 2007, p. 21.

Hoewel het onzes inziens juist is dat de eisen van proceseconomie en/of een goede procesorde bij de samenloop tussen de civiele procedure (waaronder het voorlopig getuigenverhoor) en de enquêteprocedure een rol kunnen spelen, verdient de gedachte dat de enquêteprocedure bij uitstek geschikt is om tot feitenvaststelling te komen zeker nuancering.

Toegespitst op het voorlopig getuigenverhoor: indien in een dergelijk verhoor bijvoorbeeld de bestuurder van de vennootschap – onder ede – wordt gehoord, dan levert diens verklaring doorgaans zeer bruikbaar bewijs op voor zowel de civiele procedure als de enquêteprocedure.

Onderzoekers in een enquêteprocedure hebben vrij omvangrijke bevoegdheden tot het horen van personen en het inzien van stukken.⁴⁹ Artikel 2:352a BW geeft onderzoekers – dus niet partijen en belanghebbenden – de mogelijkheid om de Ondernemingskamer te verzoeken getuigen te horen, maar van deze mogelijkheid wordt (helaas) nauwelijks gebruikgemaakt. De onderzoekers volstaan doorgaans met het voeren van gesprekken met de betrokken personen, bijvoorbeeld voornoemde bestuurder. Het verslag bevat echter veelal geen letterlijke weergave van deze gesprekken, maar slechts flarden daarvan of een samenvatting van hetgeen is besproken. De bewijskracht van de in het verslag opgenomen, of de uit het verslag blijken, (deel)verklaringen van deze bestuurder is minimaal vergeleken bij die van de getuigenverklaring onder ede uit het voorlopig getuigenverhoor.

Voornoemd voorbeeld maakt onzes inziens reeds duidelijk dat er zeer wel behoefte kan bestaan aan een voorlopig getuigenverhoor naast een enquêteprocedure en dat de rechtbank Utrecht zich in de ETI-zaak ten onrechte terughoudend heeft opgesteld.

Ook om andere redenen kan een terughoudende opstelling van de civiele rechter voor belanghebbenden in een enquêteprocedure negatieve gevolgen hebben. Hiervoor is al bij herhaling aan de orde gekomen dat de enquêteprocedure met minder rechtswaarborgen is omkleed dan de civiele procedure. Reeds om deze reden moet niet te snel voor een primaat van de enquêteprocedure gekozen worden. De enquêteprocedure is ook geen ‘free for all’, waarin iedere partij zich kan mengen.⁵⁰ Belanghebbenden in een enquête-

49 Zie art. 2:351, 2:352 en 2:352a BW.

50 Ook niet elke partij kan worden aangemerkt als belanghebbende. Voor de vraag of iemand belanghebbende is, speelt een rol in hoeverre deze door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat hij dat belang moet kunnen beschermen of anderszins zo nauw betrokken is bij het onderwerp dat wordt behandeld, dat daarin een

procedure kunnen bijvoorbeeld alleen om (andere) voorlopige voorzieningen vragen wanneer er eerder een verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen aan de Ondernemingskamer is voorgelegd door een partij die daartoe ingevolge art. 2:349a BW bevoegd was.⁵¹ Bestuurders, commissarissen en wederpartijen van een rechtspersoon bij een overeenkomst, zullen meestal slechts als belanghebbenden kunnen deelnemen aan een enquêteprocedure en zij kunnen er derhalve belang bij hebben om gedurende deze procedure een civiele procedure te beginnen die is gebaseerd op eenzelfde feitencomplex. Het kan niet zo zijn dat deze belanghebbenden feitelijk ten onrechte worden afgehouden van de mogelijkheid om zich te wenden tot de civiele rechter of, erger nog, hun vorderingen aangehouden of afgewezen zien worden bij de civiele rechter omdat na het aanhangig maken daarvan een enquêteprocedure is geëntameerd.

Conclusies

Uit het vorenstaande volgt dat de samenloop van een gewone civiele procedure en een enquêteprocedure in theorie haast onvermijdelijk is en in de praktijk voor problemen kan zorgen. De problematiek bij samenloop spitst zich al met al toe op de vraag in hoeverre de Ondernemingskamer gebonden is aan (tegenstrijdige) beslissingen van de civiele rechter en *vice versa*.

De bevoegdheid van zowel de Ondernemingskamer als de civiele rechter om kennis te nemen van ondernemingsrechtelijke geschillen is zeer ruim en er bestaat geen wettelijke bevoegdheidsverdeling. Het is in feite aan eiser/verzoeker om de rechtsingang te kiezen. Voorts heeft de Hoge Raad, onder andere in de Unilever-beschikking, de toegangsdeur tot de enquêteprocedure wijd open gezet. Indien de positie van de vennootschap en haar organen in het geding is, valt het geschil onder de reikwijdte van de enquêteprocedure, ook indien het geschil in de kern van vermogens- en/of verbin-tenisrechtelijke aard is.

De reikwijdte van de civiele procedure is haast oneindig. Eiser kan een veelheid aan (ondernemingsrechtelijke) feiten, rechtsvragen en vorderingen aan de rechter voorleggen. In het petitum van de dagvaarding formuleert

belang is gelegen om te verschijnen. P. van Schilfgaarde & J. Winter, 'Van de BV en de NV', p. 327. HR 6 juni 2003, Ondernemingsrecht 2003, 385 (Scheipar). Zie in dit verband memorie van toelichting Kamerstukken II 1963/64, 7753, nr. 3 en Boekman (1996), p. 11. Zie ook OK 29 augustus 2002, ARO 2002, 151, (Case Packing) waarin de OK heeft beslist dat een contractuele wederpartij van een dochtervennootschap niet als belanghebbende kon worden aangemerkt.

51 OK 25 juni 2002, JOR 2002, 126, m.nt. Josephus Jitta. Anders: P.G.F.A. Geerts, Ondernemingsrecht 2002, p. 423.

eiser zijn vordering. Het gevolg van een en ander is dat een groot aantal geschillen/feitencomplexen onder de reikwijdte van zowel de Ondernemingskamer als de civiele rechter valt.

De toetsingskaders van de civiele procedure en de enquêteprocedure lopen echter – in ieder geval aan het begin van beide procedures – sterk uiteen (lees: hetzelfde feitencomplex wordt aan verschillende criteria getoetst). Omdat twee rechters met een ruime bevoegdheid vanuit twee verschillende invalshoeken en aan de hand van verschillende criteria eenzelfde feitencomplex kunnen beoordelen, is het niet of nauwelijks mogelijk om – in ieder geval aan het begin van beide procedures – een keuze te maken en een van beide rechters exclusief bevoegd te maken. Met betrekking tot eenzelfde feitencomplex kunnen de enquêteprocedure en de civiele procedure aldus naast elkaar aanhangig zijn.

Hiervoor gaven wij aan dat het toetsingskader in de enquêteprocedure kan wijzigen gedurende de procedure. Staat in de enquêteprocedure aanvankelijk de vraag centraal of er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan het beleid, in de zogenoemde tweede fase van de procedure oordeelt de Ondernemingskamer over de vraag (of er sprake is van wanbeleid en) of er definitieve voorzieningen getroffen dienen te worden. Een aantal van deze definitieve voorzieningen kan ook als vordering in een civiele procedure ingesteld worden, zoals de vernietiging van besluiten van organen van de vennootschap. Indien in beide procedures een verzoek/vordering aanhangig is tot vernietiging van een dergelijk besluit zal het toetsingskader van beide procedures niet of nauwelijks uiteenlopen.⁵² Bij het aanhangig maken van een enquêteverzoek is evenwel niet (altijd) duidelijk welke definitieve voorzieningen – die in feite het sluitstuk van de procedure vormen – zullen worden verzocht, en wat dus het uiteindelijke toetsingskader in de enquêteprocedure wordt.

Samenloop

Hoe gaan de Ondernemingskamer en de civiele rechter om met samenloop tussen beide procedures? Uit de weinige jurisprudentie en literatuur menen wij op te kunnen maken dat:

52 Opgemerkt moet worden dat de gronden waarop de Ondernemingskamer bij definitieve voorziening ex art. 2:356 BW een besluit van (bijv.) de algemene vergadering van aandeelhouders kan vernietigen niet beperkt zijn tot die van art. 2:14 en 2:15 BW.

- de Ondernemingskamer zich niet terughoudend opstelt indien er met betrekking tot hetzelfde feitencomplex een civiele procedure aanhangig is, terwijl
- de civiele rechter zich in sommige gevallen terughoudend opstelt indien er met betrekking tot hetzelfde feitencomplex een enquêteprocedure aanhangig is.

Wij menen dat de opstelling van de Ondernemingskamer juist is. Beide procedures kunnen immers naast elkaar aanhangig zijn. De civiele rechter dient zich evenmin terughoudend op te stellen. Een uitzondering dient gemaakt te worden voor het geval in kort geding een voorlopige voorziening gevraagd wordt in afwachting van een door de Ondernemingskamer te behandelen verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Doet een dergelijk geval zich voor, dan dient de Voorzieningenrechter zich wel terughoudend op te stellen.

Het naast elkaar 'bestaan' van de civiele procedure en de enquêteprocedure is onzes inziens essentieel, omdat de enquêteprocedure onder omstandigheden ook openstaat voor geschillen die in de kern van vermogens- en/of verbintenisrechtelijke aard zijn. Eiser hoort met betrekking tot dergelijke geschillen te allen tijde ontvankelijk te zijn bij de civiele rechter, omdat de civiele procedure, in drie instanties en met relatief omvangrijke rechtswaarborgen omkleed, bij uitstek geschikt is om geschillen van vermogens- en/of verbintenisrechtelijke aard te beoordelen, dus ook als er een enquêteprocedure aanhangig is.⁵³

Overigens is het evenzeer van essentieel belang dat de enquêteprocedure, die weinig rechtswaarborgen kent maar wel snel, flexibel en doorgaans doelmatig werkt en (grotendeels) haar eigen toetsingskader heeft, haar rol kan blijven vervullen zonder 'tussenkomst' van de civiele rechter.

Uit het voorgaande volgt dat er zich bij samenloop van beide procedures wel een – voor de hand liggend – probleem kan voordoen. Keren wij terug naar het DSM-voorbeeld aan het begin van deze bijdrage, dan menen wij dat de aandeelhouder die wil ageren tegen het besluit tot statutenwijziging zowel een enquêteprocedure als een civiele procedure aanhangig kan maken. In beide procedures komt zoals gezegd uiteindelijk – want in de enquêteprocedure eerst bij behandeling van definitieve voorzieningen – dezelfde rechts-

53 De enquêteprocedure kan zoals hiervoor gezegd wel van betekenis zijn op een civiele procedure. Zie onder meer HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 (Laurus), HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite) en HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem).

vraag aan de orde: is het loyaliteitsdividend in strijd met artikel 2:92 BW?⁵⁴ Stel dat de Ondernemingskamer oordeelt dat er geen strijd is met artikel 2:92 BW en de rechtbank (en/of het gerechtshof) wel. Welke uitspraak prevaleert?

Hetzelfde probleem speelt bij de samenloop van voorlopige voorzieningen en onmiddellijke voorzieningen.⁵⁵ Ook deze uitspraken kunnen tegenstrijdig zijn. In het DSM-voorbeeld heeft de Ondernemingskamer bij onmiddellijke voorziening stemming over het besluit tot statutenwijziging verboden. De voorzieningenrechter zou een overeenkomstige vordering tot het treffen van een voorlopige voorziening echter af hebben kunnen wijzen. Welke uitspraak prevaleert?

Zouden de eisen van proceseconomie en/of een goede procesorde (zoals misbruik van procesrecht) kunnen eisen dat de eerst gewezen of eerst onherroepelijk geworden uitspraak prevaleert? Zou een eiser/verzoeker misbruik van recht maken indien hij, als er in de andere procedure een uitspraak is gewezen (en deze onherroepelijk is geworden), zijn vordering/verzoek niet intrekt?⁵⁶ Een dergelijke oplossing – de eerste uitspraak prevaleert – zou wellicht recht doen aan (i) de regel dat hetgeen tussen partijen is beslist in een vonnis dat kracht van gewijsde heeft gekregen, tussen partijen bindende kracht heeft (art. 236 Rv)⁵⁷ en (ii) de regel dat er, in belang van de rechtszekerheid, eens een einde moet komen aan een geschil, naar het oude adagium *lites finiri oportet*.⁵⁸

54 Zoals gezegd dient opgemerkt te worden dat de gronden waarop de Ondernemingskamer bij definitieve voorziening ex art. 2:356 BW een besluit van (bijv.) de algemene vergadering van aandeelhouders kan vernietigen niet beperkt zijn tot die van art. 2:14 en 2:15 BW. Een analyse van de gevolgen van een en ander gaat deze bijdrage te buiten.

55 Uitgaande van de veronderstelling dat de voorlopige voorziening niet wordt gevraagd in afwachting van behandeling van een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

56 Zou de eerst aanhangig gemaakte procedure moeten prevaleren? Dit is niet mogelijk omdat, zoals gezegd het toetsingskader van de civiele rechter en de Ondernemingskamer in het begin van beide procedures haast per definitie uiteenlopen.

57 Hoewel het leerstuk van 'gezag van gewijsde' in beginsel is geschreven voor vonnissen, leent het zich voor analogische toepassing op beschikkingen waarin beslissingen zijn gegeven over een rechtsbetrekking in geschil. HR 30 oktober 1998, NJ 1999, 83.

58 De beginselen van procesrecht dienen te voorkomen dat partijen bij verschillende rechtshandelingen aanhangig kunnen maken die in feite een en hetzelfde geschil betreffen. Zie ook Hugenholtz/Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, p. 147. In de literatuur overheerst de mening dat het burgerlijk procesrecht niet het beginsel *ne bis in idem* kent. Anders: A-G Biegman-Hartogh in zijn conclusie bij HR 27 mei 1983, NJ 1983, 600 die meent dat het *ne bis in idem*-beginsel wel degelijk bestaat: 'Ne bis in idem berust op het procesrechtelijk beginsel van het "lites finiri oportet": er moet eens een einde komen aan een proces.'

De hiervoor genoemde oplossingen voldoen onzes inziens evenwel niet. Uitgangspunt is dat de wetgever geen bevoegdheidsverdeling heeft gemaakt tussen Ondernemingskamer en civiele rechter. Het criterium dat de eerst gewezen (onherroepelijk geworden) uitspraak prevaleert, is volstrekt willekeurig en onvoldoende overtuigend om voornoemd uitgangspunt opzij te zetten.

Een acceptabele oplossing voor het probleem van samenloop hebben wij al met al niet gevonden. De (wed)strijd eindigt onbeslist ... Er is wellicht een schrale troost. Indien alle gewone rechtsmiddelen aangewend zijn, belanden beide procedures uiteindelijk bij (verschillende kamers van) de Hoge Raad. Het laat zich moeilijk voorstellen dat de Hoge Raad twee afwijkende uitspraken (een arrest en een beschikking) doet over eenzelfde rechtsvraag.⁵⁹

Eindconclusie

Hiervoor hebben wij een poging gedaan aan te geven wat de stand van het recht is met betrekking tot samenloop van civiele-en enquêteprocedure. De kern van de 'problematiek'⁶⁰ is onzes inziens gelegen in de grote reikwijdte van de enquêteprocedure. Indien deze niet langer open zou staan voor geschillen die in de kern van vermogens- en/of verbintenisrechtelijke aard zijn, zal de kans op tegenstrijdige uitspraken sterk verminderen. De enquêteprocedure zal in dat geval met name toegepast worden in die gevallen waarin het onderzoek naar het beleid van de vennootschap centraal staat (zie ook de hiervoor genoemde Gucci-uitspraak van de Hoge Raad) en waarin de specialistische kennis van de Ondernemingskamer het best tot haar recht komt. Geschillen die in de kern van vermogens- en/of verbintenisrechtelijke aard zijn, zullen bij uitstek behandeld worden in de procedure die daarvoor het beste is toegerust, de civiele procedure.

Tot slot een tweetal (praktijk)voorbeelden die verschillende problemen rond samenloop van de civiele en de enquêteprocedure illustreren.

59 Een en ander is echter vanzelfsprekend ook geheel afhankelijk van de wijze waarop de procedures zijn verlopen en hoe er is geprocedeerd.

60 Relativering is op zijn plaats: uit de geringe jurisprudentie op het gebied van samenloop valt wellicht op te maken dat het probleem van samenloop in de praktijk nauwelijks speelt.

Stork

Eind 2006 bestond er bij Stork een geschil tussen de grootaandeelhouders Centaurus Capital Ltd. en Paulson International Ltd. en het bestuur en de raad van commissarissen van Stork over het door de vennootschap te voeren beleid. Uiteindelijk is dit geschil (deels) beslecht in de hierop volgende door Centaurus en Paulson geëntameerde enquêteprocedure. Een aspect van deze zaak dat onderbelicht is gebleven, is echter dat, voorafgaand aan de enquêteprocedure, Centaurus en Paulson in oktober 2006 zijn gedagvaard door Stork. Stork vorderde in deze procedure op grond van artikel 9 van de Wmz 1996 (thans Art. 5:52 Wft) onder meer schorsing van het uitbrengen van stemmen op de door Centaurus en Paulson gehouden aandelen in Stork over een periode van drie jaar wegens overtreding van de bepalingen in de Wmz. Nota bene: de vervalttermijn van een dergelijke vordering bedraagt drie maanden.⁶¹

Het was aldus zeer goed mogelijk dat de Rechtbank Amsterdam, hangende de enquêteprocedure, een uitspraak had gedaan omtrent de schorsing van het stemrecht van Centaurus en Paulson op hun aandelen in Stork. De vraag dringt zich op hoe de Ondernemingskamer in de enquêteprocedure (al dan niet in het kader van het treffen van onmiddellijke voorzieningen) met een dergelijk vonnis zou zijn omgegaan.

ABN AMRO⁶²

In de ABN AMRO-zaak verbood de Ondernemingskamer ABN AMRO over te gaan tot de uitvoering van de koopovereenkomst met Bank of America door middel van levering van de aandelen in La Salle aan Bank of America. Wat zou er zijn gebeurd indien Bank of America bij de (Nederlandse) civiele rechter, uitgaande van de veronderstelling dat deze ter zake bevoegd zou zijn geweest, jegens ABN AMRO nakoming van haar verplichting onder de koopovereenkomst tot levering van de aandelen zou hebben gevorderd? Zou de civiele rechter het aangedurfd hebben om aan de beschikking van de Ondernemingskamer voorbij te gaan?

61 De Rb. Amsterdam heeft op 16 november 2006 het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor met betrekking tot deze kwestie toegewezen. Zie Rb. Amsterdam 16 november 2006, JOR 2007/18.

62 OK 3 mei 2007, JOR 2007/143 en HR 3 juli 2007, JOR 2007/178.