

PRAKTIJK

## Het enquêterecht voor banken

### Annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2012 (Nijl Aircraft Docking)

*Ph.W. Schreurs*

#### Inleiding

In haar beschikking van 29 oktober 2012<sup>1</sup> heeft de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam (hierna: OK) zich voor het eerst uitgesproken over enquêtebevoegdheid voor een pandhouder van aandelen. Dat deze mogelijkheid bestaat, was onbetwist, maar ze was nog nimmer gebruikt. In een artikel uit maart 2012<sup>2</sup> wees ik samen met mijn kantoorgenoot Hendriks op die mogelijkheid, onderzocht de aanzienlijke voordelen daarvan en sloot af met de voorspelling dat het wachten slechts was op de eerste verzoeken van banken tot het houden van een enquête. Die gedachte werd instemmend besproken door prof. mr. J.H.M. Willems.<sup>3</sup> Voor het jaar 2012 voorbij was, is de handschoen opgepakt door de afdeling Bijzonder Beheer van ING Bank NV en heeft de OK vervolgens inderdaad onmiddellijke voorzieningen getroffen bij een kredietrelatie van ING door een dwarsliggende bestuurder te schorsen. In dit artikel wordt deze eerste uitspraak besproken, waarin overigens nog maar een deel van de mogelijkheden is benut, en wordt stilgestaan bij nut en noodzaak van het enquêterecht bij bedrijven in moeilijkheden, gelet op de bijzondere positie van de pandhoudende bank.

#### Nijl Aircraft Docking

De feiten zijn als volgt. De heer Schut is (door middel van een verder irrelevante Stak) indirect enig aandeelhouder en bestuurder van Nijl Holding. Nijl Holding heeft drie dochtermaatschappijen en is daar ook bestuurster van. Een daarvan is voorwerp van het enquêteverzoek: Nijl Aircraft Docking (hierna: NAD). NAD heeft ook nog een in Turkije gevestigde dochtervennootschap, waar productieactiviteiten plaatsvinden. Schut heeft daarnaast nog een vennootschap Big Smile BV. ING heeft een krediet verstrekt aan de groep van ruim € 6 miljoen. De groep is

- 1 Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2012, LJN BY3869, ARO 2012, 154 en JOR 2013/9 m.nt. K. Spruitenburg (Nijl Aircraft Docking).
- 2 Ph.W. Schreurs & L.H.J.C. Hendriks, Het enquêterecht voor banken en andere verschaffers van vreemd vermogen, Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk (FIP) 2012-2, p. 44-47.
- 3 J.H.M. Willems, Externe vermogensverschaffers en enquêtebevoegdheid: een reactie, FIP 2012-4, p. 122-125.

Ph.W. Schreurs

gehouden haar bancaire verkeer geheel via ING te laten verlopen. Schut staat privé borg voor een bedrag van € 250.000. Naast gewone zekerheden heeft de bank een pandrecht op de aandelen NAD.

In de loop van 2011 komt de groep in de problemen. De bank en Schut voeren daarover intensief overleg, waarbij Schut niet alleen *aandacht* vraagt voor zijn privébelangen (de borgtocht, zijn aandeelhoudersbelang en zijn inkomsten uit hoofde van een managementovereenkomst), maar daar ook keer op keer een breekpunt van lijkt te maken bij pogingen om activiteiten of aandelen te vervreemden aan een derde. De activiteiten van een zustermaatschappij van NAD worden verkocht en – tot ontstemming van ING – een andere zustermaatschappij wordt op eigen verzoek en zonder vooroverleg met de bank failliet verklaard. De bank probeert door middel van een bedrijfsadviseur en later ook via een bestuurswisseling het verkoopproces in goede banen te leiden, maar ook daar steekt Schut spaken in het wiel. Inkomsten die via de Turkse werkmaatschappij binnenkomen, leidt Schut via een Rabo-rekening om en gebruikt hij onder meer voor betalingen aan zich privé en aan zijn vennootschap Big Smile. De bom barst kennelijk als in oktober 2012 een serieuze kandidaat voor overname dreigt af te haken ten gevolge van de bemoeienissen van Schut, die vindt dat zijn privébelangen onvoldoende gewaarborgd worden.

ING verzoekt vervolgens om een enquête en om drie onmiddellijke voorzieningen, te weten: schorsing van de bestuurder, benoeming van een onafhankelijke bestuurder en overdracht van de aandelen ten titel van beheer. De vennootschap en de bestuurder laten na overleg met ING vooraf weten niet te verschijnen en zich te refereren aan de twee eerste onmiddellijke voorzieningen; ING ziet daartegenover alsnog af van de verzochte overdracht ten titel van beheer.

Aan de bevoegdheid van pandhouder ING besteedt de OK niet veel woorden,<sup>4</sup> ook al is sprake van een primeur. In deze annotatie zal ik er daarom juist wel uitvoerig aandacht aan besteden. Als die horde is genomen, volgt<sup>5</sup> de overweging die sinds de DSM-zaak<sup>6</sup> standaard is in de gevallen waarin de OK onmiddellijke voorzieningen wil geven vooruitlopend op de beslissing omtrent het eigenlijke enquêteverzoek. Het is immers praktijk dat het partijen vaak meer te doen is om die voorzieningen dan om het dure en langdurige onderzoek naar het beleid en de gang van zaken dat nu eenmaal wettelijk de enige aanleiding voor dergelijke voorzieningen vormt. In de impasse- en noodzaakfinancieringszaken is dat eigenlijk zonder uit-

4 'Uit het samenstel van de bepalingen daarover in de statuten en de pandakte (...) volgt dat, zoals ING heeft gesteld, aan ING als houder van een pandrecht (op alle aandelen NAD) dezelfde rechten toekomen als een certificaathouder. Derhalve is ING op grond van art. 2:346 aanhef en sub b BW bevoegd tot het indienen van het hier aan de orde zijnde enquêteverzoek.'

5 Overweging 3.5.

6 HR 14 december 2007, ARO 2008, 4.

zondering het geval.<sup>7</sup> De OK moet daarom expliciet overwegen dat naar haar *voorlopig oordeel* gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twijfelen en er voldoende zwaarwegende redenen bestaan voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

De OK acht in dat kader aannemelijk dat Schut het verkoopproces heeft belemmerd in strijd met de met ING gemaakte afspraken, terwijl die transactie noodzakelijk is voor voortzetting van de activiteiten van NAD. De OK betwijfelt of Schut wel zorgvuldig is omgegaan met de belangen van NAD en de door haar gedreven onderneming door een breekpunt te maken van zijn daarbij betrokken privébelangen. Daarbij kent de OK belang toe aan het in strijd met de kredietovereenkomst met ING omleiden van gelden via de Rabo en het feit dat de kredietrelatie met ING in tijden van financieel zwaar weer op het spel is gezet. Een en ander levert voorlopig gegronde redenen op om te twijfelen aan een juist beleid.

Omdat Schuts optreden als bestuurder en de kredietopzegging door ING de door NAD gedreven onderneming acuut in haar voortbestaan bedreigt en alleen verkoop van de activiteiten of aandelen voortzetting van de onderneming lijkt te kunnen waarborgen, acht de OK dringend maatregelen nodig om de continuïteitsbedreigende situatie te keren door de slagingskans van het verkoopproces te maximaliseren. De OK schorst vervolgens Nijl Holding (en daarmee indirect Schut) als bestuurster en benoemt een onafhankelijke derde tot bestuurder van NAD.<sup>8</sup> De behandeling van het eigenlijke enquêteverzoek wordt ten slotte aangehouden tot een van de partijen daar alsnog om verzoekt.

### *Effectief enquêterecht*

Art. 2:346 Burgerlijk Wetboek (BW) biedt aandeelhouders het recht om een onderzoek te vragen naar het beleid en de gang van zaken binnen een rechtspersoon.<sup>9</sup> Indien er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid, kan dat verzoek worden toegewezen. Het onderzoek kan (grouweg) ten doel hebben (a) het verkrijgen van informatie, (b) het ingrijpen in en herstel van verhoudingen

7 Deze praktijk heeft ertoe geleid dat in het met ingang van 1 januari 2013 geldende enquêterecht de DSM-regel is gecodificeerd in art. 2:349a lid 3 BW: 'Ingeval nog geen onderzoek is gelast, wordt een onmiddellijke voorziening slechts getroffen indien er naar het voorlopig oordeel van de ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen. De ondernemingskamer beslist daarna binnen een redelijke termijn op het verzoek als bedoeld in artikel 345.'

8 Anders dan wel gebruikelijk in dergelijke beschikkingen en een blijk van de betrachte spoed is dat de OK niet volstaat met de aankondiging van de benoeming, om die dan enkele dagen later in een separate beschikking af te ronden met de benoeming van een specifieke bestuurder. Die gang van zaken heeft het voordeel dat de te benoemen bestuurder de eerdere beschikking kan lezen en kan beoordelen of er wellicht iets aan zijn benoeming in de weg staat. In casu is de bestuurder direct benoemd; wellicht was met hem voorafgaand contact gelegd door de OK of hij bereid en in staat was die benoeming te aanvaarden.

9 In dit artikel wordt eenvoudigheidshalve niet stilgestaan bij andere rechtspersonen dan nv's en bv's.

Ph.W. Schreurs

en (c) het vaststellen van verantwoordelijkheid.<sup>10</sup> Het onder b genoemde heeft zich ontwikkeld tot een effectief rechtsmiddel in situaties waarin sprake is van een ernstige impasse in aandeelhouders- of bestuurskringen, alsmede in situaties van financiële noodzaak.<sup>11</sup> In welhaast alle enquêteverzoeken spelen onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in art. 2:349a lid 2 BW een belangrijke rol. Door het schorsen of aanstellen van een bestuurder of het (doen) nemen van een bepaald besluit wordt de bestaande problematische situatie acuut doorbroken en kan nadien vaak een weg naar een oplossing worden geforceerd.

#### *Bedoeld voor verschaffers van eigen vermogen*

Dit instrument staat, als in art. 2:346 aanhef en onder b BW aangegeven, naast aandeelhouders ook ter beschikking aan certificaathouders. Het doel daarvan is gelegen in het feit dat de economisch belanghebbenden bij een aandeel reële en materiële invloed op het beleid van een vennootschap moeten kunnen uitoefenen, indien er gegronde redenen zijn om aan dat beleid te twijfelen. In de rechtspraak is ruimte ontwikkeld voor andere gerechtigden dan uitsluitend aandeel- en certificaathouders. Hoewel de grenzen van deze ontvankelijkheid nog niet geheel afgebakend zijn, is duidelijk dat diegenen die economisch gerechtigd zijn tot een aandeel (en derhalve degenen die uiteindelijk als verschaffers van het eigen vermogen moeten worden aangemerkt) toegang hebben tot de OK. De strekking van het enquêterecht brengt met zich mee dat daardoor aan de uiteindelijke kapitaalverschaffer bescherming verleend wordt. Dit is uitgemaakt in een serie opvolgende beschikkingen. De eerste daarvan was de Scheipar-beschikking.<sup>12</sup> Daarin is beslist dat een economisch gerechtigde tot certificaten een enquêteverzoek kan indienen indien hem alle bevoegdheden toekomen in verhouding tot de juridische certificaathouder en de certificaten geheel en al voor zijn rekening en risico worden gehouden. In de Bûtot-zaak<sup>13</sup> is uitgemaakt dat het enquêterecht ook toekomt aan een economisch gerechtigde voor wiens rekening en risico de aandelen worden gehouden, omdat hij dusdoende verschaffer is van risicodragend kapitaal en aan hem de bescherming van het enquêterecht moet openstaan 'ook indien aan hem geen bevoegdheden met betrekking tot de zeggenschap toekwamen'. Ten slotte volgt uit de Bamford-uitspraak<sup>14</sup> dat iemand ook enquêtebevoegdheid kan toekomen wanneer deze kan worden beschouwd als of gelijkgesteld met de econo-

10 Vaste rechtspraak sinds HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. J.M.M. Maeijer (Ogem) en recent expliciet bevestigd in HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107 (KPNQwest).

11 Noodzaakfinanciering speelde onder meer in Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, JOR 2011/288 m.nt. A. Doorman (Rhodes Holding), Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2009, JOR 2009/319 m.nt. A. Doorman (Triple E), Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, JOR 2010/60 m.nt. A. Doorman en HR 25 februari 2011, JOR 2011/115 m.nt. A. Doorman (Inter Access). Die uitspraken waren een vervolg op een reeks min of meer vergelijkbare uitspraken in de periode 2000-2002 (o.a. Skygate, Decidewise, Alcas en Gorillapark).

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

13 HR 10 september 2010, JOR 2010/337 m.nt. M. Brink.

14 HR 8 april 2011, JOR 2011/178 m.nt. A. Doorman.

misch rechthebbende op de aandelen voor wiens rekening en risico de aandelen worden gehouden.<sup>15</sup>

*Maar ook bedoeld voor verschaffers van vreemd vermogen*

Veel minder aandacht werd tot voor kort gewijd aan de verschaffers van *vreemd* vermogen, zoals banken, leningverstrekkers en andere financiers (hierna kortheidshalve: banken). Zoals alle enquêtegerechtigden kunnen banken namelijk langs drie wegen de OK bereiken: langs wettelijke, statutaire of contractuele weg.

*Pandrecht op aandelen*

In dit artikel ga ik ervan uit dat de bank een pandrecht op de aandelen heeft.<sup>16</sup> Pandrecht op aandelen wordt ervaren als een weinig comfortabele zekerheid. Bij uitwinning is de waarde van de verpande aandelen doorgaans per definitie uitgehold. In de praktijk moeten er allerlei vennootschapsrechtelijke en processuele horden worden genomen.<sup>17</sup> De (beperkte) rechtspraak<sup>18</sup> stemt niet vrolijk. De positie van de pandhoudende bank wordt er niet beter op wanneer de financiële problemen bij de debiteur toenemen door dwarsliggende bestuurders of aandeelhouders. De pandhouder zal zich veelal (via art. 3:247 en 2:198 lid 3 BW) de wettelijke mogelijkheid hebben voorbehouden om het stemrecht naar zich toe te halen.<sup>19</sup> Veronderstellende dat daarmee een meerderheid in de aandeelhoudersvergadering verkregen is, kan de pandhouder ingrijpen. Er kan informatie van het bestuur worden afgedwongen, er kan ingegrepen worden in het bestuur door ontslag van zittende bestuurders en/of benoeming van de bank welgevallige buitenstaanders en dergelijke. Maar dat maakt het pandrecht niet comfortabeler. Banken voelen zich ongemakkelijk op de stoel van de aandeelhouder en al helemaal wanneer zij zich in moeten laten met de leiding van een bedrijf in moeilijkheden. Het direct ingrijpen in de governance van de vennootschap – al is het maar door een interim-manager aan te stellen – botst met de voorzichtigheid die bankiers

15 H. Koster (Ondernemingsrecht 2012-5) bepleit de tekst van art. 2:346 BW aan te passen en ‘certificaathouders’ te vervangen door ‘de economisch rechthebbende op de aandelen die geldt als verschaffer van risicodragend kapitaal’.

16 Op die in de werkmaatschappij, dan wel op die in één of meer van de (sub)holdingvennootschappen van de (indirecte) aandeelhouders.

17 Zie I. van Gasteren, Financiële herstructurerings door middel van een uitwinning van een pandrecht op aandelen, FIP 2010-1, p. 18 e.v.; H.J. Damkot & P. Neuteboom, ‘Executie van verpande aandelen of een Nederlandse pre-pack’, in: Bancaire zekerheid: liber amicorum J.H.S.G.K. Timmermans, Deventer: Kluwer 2010, p. 111 e.v. en E.M.J. Bergmans, Uitwinning van pandrecht op aandelen, V&O 2011-7/8, p. 143 e.v.

18 HR 17 juni 1994, NJ 1995, 367 m.nt. H.J. Snijders (Rabobank Westervoort/Sporting Connection); Hof Amsterdam 18 januari 1996, JOR 1996/18 m.nt. F.J.P. van den Ingh (Aranas/SEB); Hof Amsterdam (OK) 10 maart 2003, JOR 2003/108 (Korel); Vzr. Rb. Amsterdam 2 februari 2006, JOR 2006/93 m.nt. J.J. Prinsen (Wesa-Effecten); Rb. Amsterdam 20 december 2007, LJN BC0837; Rb. Utrecht 25 januari 2009, 259816/HA RK 08-577; Rb. Amsterdam 10 en 23 september 2009, JOR 2009/340 m.nt. M.S.J.G. Vermunt (Schoeler/Magnum-SAS).

19 De meest gangbare methode is dat bij de verpanding wordt bepaald dat het stemrecht overgaat op de pandhouder onder de opschortende voorwaarde dat zich een verzuim voordoet onder de kredietovereenkomst (‘subject to default’) en dat de pandhouder de vennootschap schriftelijk in kennis stelt van het intreden van deze voorwaarde.

eigen is of doet hen vrezen voor claims die de bank over zich afroept wanneer hij zich bemoeit met de interne verhoudingen binnen de onderneming van zijn debiteur.<sup>20</sup>

### *Pandhouder enquêtegerechtigd*

De pandhouder heeft evenwel niet alleen het recht van parate executie of de mogelijkheid om via het stemrecht in te grijpen, maar hij kan onder omstandigheden ook *laten* ingrijpen en wel via de band van het enquêterecht. Heeft de bank het stemrecht op de verpande aandelen eenmaal verkregen, dan is hij daarmee bevoegd<sup>21</sup> tot het indienen van een enquêteverzoek. Maar ook *zonder* het stemrecht bestaat die mogelijkheid, namelijk wanneer de statuten bepalen dat de pandhouder beschikt over dezelfde rechten als een certificaathouder en bij de vestiging of overgang van het pandrecht niet anders is bepaald.<sup>22</sup> Welnu, tot het arsenaal van de certificaathouder – en in dit geval dus van de bank/pandhouder – behoort de enquêtebevoegdheid. Art. 2:198 lid 4 BW bepaalt dat de pandhouder met stemrecht dezelfde rechten heeft als een certificaathouder met vergaderrecht; art. 2:346 aanhef en onder b BW geeft de certificaathouder het recht een enquêteverzoek in te dienen. Een nadeel van deze statutaire constructie is dat, zolang er sprake is van certificaathouders (lees: en van een daarmee gelijkgestelde pandhouder), de aandeelhouder of aandeelhouders geen besluiten buiten vergadering kunnen nemen, hetgeen een ongewenst beletsel voor de besluitvorming binnen de vennootschap kan vormen. In de praktijk pleegt dit daarom te worden uitgesloten.<sup>23</sup> Dat is niet nodig wanneer in een van beide aktes wordt bepaald dat de certificaathoudersrechten pas toekomen aan de pandhouder vanaf het moment dat deze zich daar schriftelijk op beroept.

Veel voor de hand liggender is echter dat op voet van art. 2:346 sub c BW het enquêterecht kan worden toegekend bij overeenkomst, mits de vennootschap daar maar partij bij is. Dit zou zeker voor banken eigenlijk standaardpraktijk moeten zijn, maar daarvan lijkt tot op heden nauwelijks sprake. De onderhavige NAD-beschikking zou daar wel eens verandering in kunnen brengen. Banken zouden een en ander uiteraard in de kredietovereenkomst specifiek kunnen bepalen, dan wel toevoegen aan de separate documentatie met betrekking tot de verpanding van de aandelen. Het lijkt mij ook mogelijk om dit in de algemene voorwaarden van kredieten, geldleningen en verpandingen (aandelen) op te nemen. Zoals uit de recente rechtspraak<sup>24</sup> met betrekking tot de bulkverpanding blijkt, acht de Hoge Raad dergelijke algemene voorwaarden in zakelijke verhoudingen niet snel onredelijk bezwarend. Niet valt in te zien dat, als via een in algemene voorwaarden opgenomen volmacht *Selbsteintritt* bij verpanding debiteuren mogelijk is, de

20 Vgl. Damkot & Neuteboom 2010, p.118.

21 Uiteraard indien voldaan is aan de kwantitatieve voorwaarden van art. 2:346 BW.

22 Art. 2:198 lid 4 slot BW.

23 Dit gaat vaak niet helemaal correct en het verdient dus aanbeveling altijd de statuten van een vennootschap in combinatie met de akte van verpanding daarop goed te controleren.

24 HR 3 februari 2012, JOR 2012/200 (Dix/ING).

bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek dan ook niet langs die weg zou kunnen worden overeengekomen.

Willems<sup>25</sup> wijst nog op de interessante en tot nu toe evenmin uitgeprobeerde mogelijkheid dat de bank niet als verzoeker optreedt, maar slechts als belanghebbende. Omdat op de enquêteprocedure de gewone regels van de verzoekschriftprocedure van toepassing zijn, kan iedere belanghebbende een verweerschrift indienen, welk verweerschrift een zelfstandig verzoek kan bevatten.<sup>26</sup> In de e-Traction-zaak<sup>27</sup> heeft de Hoge Raad beslist dat inderdaad iedere belanghebbende een onmiddellijke voorziening kan vragen, ook als die niet zelfstandig bevoegd is een enquête te verzoeken. In zaken waarin sprake is van een dreigende deconfiture lijkt de bank zonder meer belanghebbende te zijn. De bank is dan echter wel afhankelijk van een ander die ertoe overgaat een enquêteverzoek in te dienen en dat zal in de hier besproken situaties nu juist niet het geval zijn: de aandeelhouder of bestuurder wil van geen wijken weten. Zoals hierna nog wordt aangegeven, zijn de hiervoor besproken mogelijkheden met name zo effectief omdat de bank het heft zelf in handen kan nemen. Maar de belanghebbendenroute is zeker het overwegen waard indien de bank geen pandrecht op aandelen of contractueel overeengekomen bevoegdheid heeft en tóch gebruik wil maken van het enquêterecht.

#### *Onmiddellijke voorzieningen nuttig voor bank*

De NAD-zaak leert dat de bank, met het enquêterecht in de hand, over een zeer effectief gereedschap beschikt indien de vennootschap in financiële problemen raakt en daar niet in goed overleg met de bank uit kan of wil komen. Zeker wanneer de bank dat recht heeft zonder dat er reeds sprake hoeft te zijn van wanbetaling onder de kredietovereenkomst. De ervaring leert dat de wettelijk vereiste brief,<sup>28</sup> waarin het voorafgaand bezwaar tegen het beleid of de gang van zaken aan de vennootschap kenbaar moet worden gemaakt, al een bestaande patstelling kan doorbreken. De weg naar de OK zet partijen regelmatig aan tot voordien uitgebleven beweging en een dergelijke brief afkomstig van de kredietverschaffende bank zou dat effect nog eerder moeten hebben.<sup>29</sup>

Terug naar de impasse- en noodzaaksituaties. In die situaties heeft de OK, steeds vaker zonder dat het daadwerkelijk tot een onderzoek of zelfs maar benoeming van een onderzoeker komt, cruciale beweging weten te bewerkstelligen (meestal) door benoeming van een buitenstaander op een doorslaggevende positie: dat kan zijn een bestuurder met een doorslaggevende stem, een bestuurder met uitsluitende stem na schorsing van andere bestuurders, een commissaris, een houder

25 Willems 2012, p. 123.

26 Art. 2:345 BW jo. art. 361 lid 1 resp. 282 lid 1 en 4 Rv.

27 HR 23 maart 2012, ARO 2012, 48.

28 Op grond van art. 2:349 lid 1 BW.

29 Willems 2012, noot 16, noemt een specifiek voorbeeld waarin de bank de bereidheid toont uitwinning op te schorten in de veronderstelling dat de OK een oplossing zal weten te bewerkstelligen.

Ph.W. Schreurs

van één of meer aandelen ten titel van beheer of iemand die het in een van deze rollen tot zijn expliciete taak mag rekenen te streven naar herstel van verhoudingen. Met name deze onmiddellijke voorzieningen vormen nu precies het gereedschap dat de bank miste bij zijn aandelenpandrecht. Het voorkomt vooral de vaak ongemakkelijke positie als een bank opeens aandeelhouders- of (indirecte) bestuurdersverantwoordelijkheid moet nemen. De bank hoeft geen interimmer te installeren, maar laat deze zo door de OK parachuteren. De procedure bergt in zich de mogelijkheid om in volstreekte transparantie de feiten en omstandigheden aan een onafhankelijke rechter te kunnen voorleggen. De OK heeft inmiddels een terechte en onbedreigde status als uiterst deskundig verworven.<sup>30</sup> Het is met name ook een heel snel middel: vooral in noodzaksituaties is de OK bereid en in staat om extreem snel knopen door te hakken.<sup>31</sup> Ook in de NAD-zaak deed dat zich voor: het verzoekschrift is ingediend op 19 oktober 2012, de mondelinge behandeling vond plaats op 25 oktober 2012 en de beschikking volgde op 29 oktober 2012.<sup>32</sup>

Als bezwaren kunnen worden genoemd de beperkte rechtsbescherming. Zeker in de beginfase worden enquêteprocedures gekenmerkt door uiterst actieve rechters. Dit is in impassesituaties voor aandeelhouders wel aanleiding te aarzelen over het indienen van een enquêteverzoek. Dat zal ook het geval zijn voor de vennootschap zelf, die onder het nieuwe enquêterecht dat met ingang van 1 januari 2013 geldt, door tussenkomst van zowel het bestuur als een eventuele raad van commissarissen zelf bevoegd is een enquêteverzoek in te dienen. Dat element zal veel minder spelen indien een pandhoudende bank de indiener van het enquêteverzoek is. Aan hem zal veel minder het odium aankleven van betrokken te zijn bij een geschil, maar veel meer dat van een objectieve betrokken buitenstaander. Indien een herstructurering nodig is en de goedkeuring van de bank heeft, maar niet kan worden bewerkstelligd door aandeelhouderstegenwerking,<sup>33</sup> zal aan de stellingen van de bank als enquêteverzoeker vermoedelijk door de OK veel waarde worden gehecht. Het belangrijkste nadeel blijft daarmee beperkt tot de ongewenste publiciteit die een enquêtezaak net als andere procedures nu eenmaal met zich mee kan brengen.

30 Dat is iets wat bij de in het kader van de executie van een pandrecht op aandelen soms noodzakelijke gang naar de voorzieningenrechter helaas niet altijd ervaren wordt.

31 De hiervoor in voetnoot 11 genoemde noodzaakfinancieringszaken kenden de volgende chronologie. In de Triple E-zaak werd het verzoek ingediend op 13 januari 2009, vond de mondelinge behandeling plaats op 19 februari 2009 en volgde de beschikking op 29 mei 2009. In de Inter Access-zaak werd het verzoek ingediend op 7 december 2009, vond de mondelinge behandeling plaats op 16 december 2009 en volgde de beschikking op 31 december 2009. In de Rhodes Holding-zaak werd het verzoek ingediend op 16 mei 2011, vond de mondelinge behandeling plaats op 23 mei 2011 en volgde de beschikking op 25 mei 2011. De OK voert de snelheid op.

32 Voor verzoekster ING prettig, voor de wetenschappelijke ontwikkeling wat minder, was dat de vennootschap en de belanghebbende bestuurder verstek lieten gaan.

33 Zoals in Inter Access en Schoeler het geval was.



## Commentaar

De NAD-uitspraak maakt duidelijk dat het enquêterecht voor banken inderdaad een welkome aanvulling in de gereedschapskist van de afdelingen Bijzonder Beheer is. De hiervoor genoemde voordelen doen zich hier immers gelden. Het is duidelijk dat uitwinnen van de zekerheden hier geen soelaas zou hebben kunnen bieden. Verkoop van de onderneming of de aandelen als geheel vergt nu eenmaal coöperatieve betrokkenheid van de aandeelhouder en/of bestuurder en dat was precies wat steeds meer kwam te ontbreken door de opstelling van Schut. Ook het inschakelen van de bedrijfsadviseur en wijziging in de directie met instemming van Schut waren onvoldoende, omdat hij op elk moment de macht weer naar zich toe kon grijpen en dat ook deed. Alleen een daadwerkelijke formele ingreep in de machtsverhoudingen kon die situatie doorbreken en dan is een onmiddellijke voorziening van de OK eigenlijk het enige reële middel: een kort geding is daarvoor veel minder geschikt.

Ook wordt duidelijk dat de bank inderdaad een heel andere positie in een enquêteprocedure inneemt dan een rechtstreeks betrokken aandeelhouder of bestuurder. Dat zullen we pas ten volle ontdekken wanneer er een zaak is waarin die laatsten wel verschijnen en verweer voeren. Doordat Schut in casu verstek liet gaan, was er meer aanleiding voor de OK om ING 'op haar woord' te geloven. Hierdoor is bijvoorbeeld veel nadruk gelegd op de verstrengeling door Schut van zijn privébelangen en die van de onderneming van NAD. Ik sluit niet uit dat indien er verweer gevoerd was dit minder prominent was geweest. Het is immers niet onlogisch dat een directeur-groootaandeelhouder bij verkoop van de onderneming *mede* aandacht besteedt aan zijn privébelangen. Maar nu leek het inderdaad zo te zijn dat Schut de balans veel te ver liet doorslaan ten nadele van het belang van de onderneming en de daarbij betrokken stakeholders als werknemers en crediteuren. De OK zal dat makkelijker hebben kunnen oordelen omdat het uit de mond van de op enige afstand staande bank kwam. Die zweem van objectiviteit zal naar verwachting nog groter zijn als een bank niet als verzoeker maar (slechts) als belanghebbende optreedt in een enquêteprocedure.

Opvallend vond ik dat de bank na aanhangigmaking bereid was om het verzoek de aandelen ten titel van beheer over te dragen, in te trekken. Dat zal alleen te verklaren zijn doordat 'in ruil' geen verweer werd gevoerd op de andere onderdelen van het verzoek. Toch is het merkwaardig omdat het voor de door ING én OK cruciaal geachte verkoop van óf de onderneming óf de aandelen beter geweest zou zijn indien de aandelen ook buiten de daadwerkelijke macht van Schut waren gebracht. Nu was zijn medewerking mogelijk nog nodig en waarom zou hij daarvoor niet onverminderd een prijs vragen, namelijk de honorering van een deel van zijn privébelangen. De zaak is niettemin tot een voortvarende afwikkeling gekomen. Blijkens de beschikking van de OK van 18 december 2012<sup>34</sup> heeft de advo-

34 ARO 2013, 16.

Ph.W. Schreurs

caat van ING 'bericht dat NAD inmiddels is verkocht' en dat het enquêteverzoek wordt ingetrokken.

## **Conclusie**

Zitten er nu ook nadelen voor de bank aan deze weg? Ik zie ze nog niet. Juist in het huidig tijdsgewricht, waarin aan transparantie en governance-regels veel grotere waarde wordt toegedicht, biedt het ingrijpen in het bestuur door tussenkomst van de OK op initiatief van de bank veel voordelen. Veel meer dan het opdringen aan de vennootschap in moeilijkheden van een interim-bestuurder die vervolgens bedreigd wordt door aansprakelijkheidsrisico's of later iets uit te leggen heeft aan een nadien aangestelde curator. Maar uiteraard is het geen panacee. Het is heel wel denkbaar dat een verzoek tot een onmiddellijke voorziening wordt afgewezen of dat een benoemde onafhankelijke bestuurder andere stappen zet dan de bank zich had voorgesteld. Dat is nu eenmaal het risico dat aan elke procedure verbonden is.

Ik waag mij echter wederom aan een voorspelling, namelijk dat banken door deze uitspraak de smaak te pakken zullen krijgen. Weliswaar heeft de bank iets minder directe grip op het proces, maar het 'stempel' van de OK en de toetsbaarheid van de nadien te nemen maatregelen zullen tot oplossingen met een grotere houdbaarheid leiden. Wordt dus vervolgd!