
Bevoegdheid tot het indienen van een verzoek voor het treffen van een onmiddellijke voorziening in een enquêteprocedure

Hof Amsterdam (OK) 25 juni 2002,
JOR 2002, 126

Inleiding

Sinds 1 januari 1994 heeft de Ondernemingskamer (OK) de bevoegdheid om in een enquêteprocedure een onmiddellijke voorziening te treffen. Een onmiddellijke voorziening kan zowel worden verzocht in de fase waarin het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon worden onderzocht (art. 2:345 BW; de eerste fase), als in de daaropvolgende fase, waarin wordt vastgesteld of uit het onderzoeksverslag al dan niet van wanbeleid is gebleken en er eventuele voorzieningen worden getroffen (art. 2:355 BW; de tweede fase).

Ten aanzien van de bevoegdheid om in de tweede fase een onmiddellijke voorziening te vragen heeft de OK op 25 juni 2002 (Hof Amsterdam 25 juni 2002, JOR 2002, 126 m.nt. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 52 m.nt. P.G.F.A. Geerts en ARO 2002, 97) een interessante beschikking gegeven. In deze bijdrage zal ik naar aanleiding van deze beschikking ingaan op de mogelijkheden voor een belanghebbende om tijdens de tweede fase een onmiddellijke voorziening aan de OK te vragen.

OK 25 juni 2002

Bij beschikking van 19 december 2001 (JOR 2002, 9) heeft de OK op verzoek van twaalf aandeelhouders onder leiding van de heer F. Faas (hierna: Faas c.s.) een onderzoek gelast naar het beleid en de gang van zaken van de naamloze vennootschap AND International Publishers N.V. (hierna: AND). Het verzoek was ingediend naar aanleiding van de emissie van een zodanig aantal aandelen AND aan Roosland Beheer B.V. (hierna: Roosland) dat het belang van de overige aandeelhouders in AND was verwaterd en Roosland de absolute meerderheid in de algemene vergadering van AND had verworven.

AND rechtvaardigde de emissie met een beroep op haar dringende behoefte aan versterking van het eigen vermogen, maar de OK oordeelde in de eerste fase dat de emissie niet had mogen plaatsvinden zonder voorafgaand overleg met de overige aandeelhouders van AND. Bovendien had AND hun de mogelijkheid moeten bieden om zich voor deze emissie in te schrijven. Dit klemde temeer nu AND en Roosland in het kader van de herstructurering en herfinanciering van AND overeen waren gekomen dat AND een door Roosland te garanderen claimemissie zou uitschrijven, hetgeen ook aan de overige aandeelhouders van AND (herhaaldelijk) kenbaar was gemaakt. Met de evenbedoelde emissie aan Roosland handelde AND volgens de OK in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders. Dit handelen leverde een gegronde reden op om aan een juist beleid van AND te twijfelen en derhalve werd een onderzoek naar dit beleid bevolen.

Op het moment dat het verzoek door Faas c.s. werd ingediend, was de statutair bestuurder van Roosland de enige commissaris van AND. Teneinde de invloed van Roosland in AND tijdelijk aan banden te leggen trof de OK twee onmiddellijke voorzieningen, te weten de benoeming van een tijdelijke commissaris in de raad van commissarissen van AND en schorsing van het stemrecht op de aan Roosland uitgegeven aandelen (vertegenwoordigend een belang van circa 25% van het totaal geplaatste kapitaal van AND).

Op 7 maart 2002 deponeerde de onderzoeker zijn verslag ter griffie van de OK. Op 25 april 2002 verzochten Faas c.s. de OK om vast te stellen dat uit het verslag van wanbeleid was gebleken en te bepalen dat de tijdelijk benoemde commissaris zou aanblijven tot het moment waarop, naar het oordeel van deze commissaris, de raad van commissarissen en de raad van bestuur van AND naar behoren zouden zijn samengesteld en de invloed van Roosland zou zijn teruggebracht tot die van een 'normale aandeelhouder'.

Roosland, die in de eerste fase geen partij in de procedure was geweest, diende op 12 juni 2002 als belanghebbende een verweerschrift in en verzocht de OK om Faas c.s. niet-ontvankelijk te verklaren, althans het door hen verzochte af te wijzen en, subsidiair, een nader onderzoek te gelasten alvorens op de verzoeken van Faas c.s. te beslissen. Op 18 juni 2002 diende Roosland een aanvullend verweerschrift in, waarin zij de OK verzocht de besluitvorming in de op 28 juni 2002 te houden algemene vergadering van aandeelhouders van AND (met als agendapunten onder meer de vaststelling van de jaar-

rekeningen 2000 en 2001, de samenstelling van de directie en de benoeming van een aantal commissarissen) op te schorten totdat de OK definitief zou hebben beslist in de onderhavige procedure, zulks in verband met het door Roosland verzochte nadere onderzoek.

Op 14 juni 2002 heeft AND een verweerschrift ingediend waarin zij (kort gezegd) de verzoeken van Faas c.s. heeft overgenomen.

Op het verzoek van Roosland tot het treffen van een onmiddellijke voorziening oordeelde de OK bij beschikking van 25 juni 2002 in rechtsoverweging 3.4 als volgt:

‘(...) In de hiervoor in 1.1 tot en met 1.3 vermelde procedure met rekestnummer 1095/2001 OK [de eerste fase, EvdW] is Roosland Beheer noch als verzoekster, noch als belanghebbende verschenen. In het onderhavige geding heeft Roosland Beheer zich als belanghebbende gemeld. Zij heeft zich echter niet geschaard dan wel gevoegd aan de zijde van de verzoekers of AND. Zij kan derhalve niet worden aangemerkt als verzoekster in de onderhavige procedure. Aldus is Roosland Beheer – slechts – aan te merken als belanghebbende in dit geding, dat op de voet van artikel 2:355 lid 1 BW is ingeleid met een verzoekschrift door – het merendeel van – de oorspronkelijke verzoekers. (...)’

In rechtsoverweging 3.5 overwoog zij vervolgens:

‘Nu Roosland Beheer niet valt aan te merken als verzoekster in onderhavige procedure en dat in de aan het onderhavige geding voorafgegane procedure met rekestnummer 1095/2001 OK evenmin was, kan zij thans niet worden aangemerkt als verzoekster in de zin van art. 2:355 lid 3 BW, in welk artikel onder meer art. 2:349a lid 2 BW in een geding als het onderhavige van toepassing wordt verklaard.’

Voorts overwoog de OK naar aanleiding van het verzoek van Roosland tot het treffen van een onmiddellijke voorziening dat de omstandigheid dat Roosland een verzoek tot het gelasten van een nader onderzoek had ingediend, evenmin meebracht dat zij zou kunnen worden aangemerkt als indiener van het in artikel 2:345 BW vermelde verzoek (tot het gelasten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van AND), aangezien Roosland haar verzoek niet had gegrond op de stelling dat sedert de voltooiing van het onderzoek sprake was (geweest) van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (rechtsoverweging 3.6). Ten slotte overwoog

de OK dat het verzoek van Roosland tot het treffen van een onmiddellijke voorziening ook niet kon worden aangemerkt als het doen van een tegenverzoek, aangezien Faas c.s. zelf geen verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen hadden ingediend (rechtsoverweging 3.7).

De OK verklaarde Roosland niet-ontvankelijk en oordeelde, in een overweging ten overvloede, dat indien Roosland wel ontvankelijk was geweest, haar verzoek niettemin zou zijn afgewezen.

Commentaar

De bevoegdheid om een onmiddellijke voorziening in de tweede fase te vragen berust op artikel 2:355 lid 3 BW, waarin onder meer artikel 2:349a BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. In artikel 2:349a lid 2 BW is de bevoegdheid van de OK neergelegd om in elke stand van het geding een onmiddellijke voorziening te treffen, zulks op verzoek van de indieners van het in artikel 2:345 BW bedoelde verzoek om een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon.

Artikel 2:355 lid 3 BW is niet geheel duidelijk over de vraag wie in de tweede fase tot het vragen van een onmiddellijke voorziening bevoegd is. Immers, de (enkele) verwijzing naar artikel 2:349a BW roept de vraag op hoe dit laatste artikel, dat uitsluitend ziet op de eerste fase, moet worden geïnterpreteerd in de tweede fase. De vraag rijst of in de tweede fase slechts de verzoekers die de OK ex artikel 2:355 BW hebben verzocht vast te stellen dat uit het verslag van wanbeleid is gebleken (hierna: de tweede fase verzoekers), een onmiddellijke voorziening kunnen vragen.

Het antwoord op deze vraag is in de parlementaire geschiedenis te vinden. Volgens de wetgever zijn in de tweede fase uitsluitend de tweede fase verzoekers bevoegd een onmiddellijke voorziening te vragen (Wetsvoorstel 22 400, TK 1992-1993, nr. 9; zie voorts Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 518). De indieners van het verzoek in de eerste fase kunnen in de tweede fase dus slechts een onmiddellijke voorziening vragen als zij (mede) het verzoek als bedoeld in artikel 2:355 BW hebben gedaan.

Gelet op de parlementaire geschiedenis strookt de uitkomst waartoe de OK in haar beschikking van 25 juni 2002 komt – te weten dat Roosland geen onmiddellijke voorziening mag vragen in de tweede fase – met de bedoeling van de wetgever.

De vraag rijst evenwel waarom de OK in de rechtsoverwegingen 3.4 en 3.5 ingaat op het feit dat Roosland in de eerste fase noch als verzoekster noch als belanghebbende partij in deze procedure is verschenen. Dat is immers irrelevant voor het antwoord op de vraag of Roosland in de tweede fase een onmiddellijke voorziening mag vragen (zie hiervoor, de op-een-na-laatste alinea).

Evenmin relevant is de overweging van de OK dat Roosland zich niet heeft geschaard dan wel gevoegd aan de zijde van AND. Alvorens hierop in te gaan zij opgemerkt dat de OK met de term 'gevoegd' kennelijk niet de in artikel 217 Rv voor *dagvaardingsprocedures* neergelegde figuur van voeging – waarbij een derde zich schaart aan de zijde van een van beide partijen in een tussen hen ahangig geding – op het oog heeft. Aan voeging bestaat in *verzoekschriftprocedures*, zoals de enquêteprocedure, immers geen behoefte, gelet op de mogelijkheid voor belanghebbenden om op de voet van artikel 282 Rv een verweerschrift in te dienen waarin een belanghebbende het standpunt van verzoeker (of verweerder) kan onderschrijven (vgl. Snijders/Ynzonides/Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2002, p. 280).

De in de voorafgaande alinea bedoelde overweging van de OK is irrelevant om de volgende reden. AND was in de voorliggende procedure verweerder en het bestuur van AND was niet bevoegd om een verzoek tot het vaststellen van wanbeleid in te dienen (zie HR 1 februari 2002, JOR 2002, 29). AND kon dus formeel nooit als tweede fase verzoekster kwalificeren. Het is voor het antwoord op de vraag of Roosland in de tweede fase een onmiddellijke voorziening kon vragen, dus irrelevant of zij zich heeft geschaard of gevoegd aan de zijde van AND. Daarmee zou Roosland immers geen tweede fase verzoekster zijn geworden die een onmiddellijke voorziening kon vragen. Een partij kwalificeert pas als tweede fase verzoekster indien die partij ofwel zelf een verzoek tot het vaststellen van wanbeleid heeft ingediend en/of voorzieningen als bedoeld in artikel 2:355 BW heeft gevraagd, ofwel als belanghebbende zich heeft gevoegd of geschaard aan de zijde van de tweede fase verzoekster (om tezamen met de tweede fase verzoekster te trachten de OK het oordeel te laten uitspreken dat van wanbeleid is gebleken en/of dat er voorzieningen moeten worden opgelegd).

Niettemin valt de overweging van de OK wel te begrijpen. AND had immers de verzoeken van Faas c.s. overgenomen. Zou Roosland zich dus hebben geschaard of gevoegd aan de zijde van AND, dan zou Roosland – in feite – de verzoeken van Faas c.s. hebben overgenomen

dan wel zich hebben gevoegd of geschaard aan de zijde van Faas c.s. en aldus hebben gevraagd wanbeleid uit te spreken en voorzieningen op de voet van artikel 2:355 BW hebben gevraagd. Eenvoudiger ware het geweest indien de OK zich zou hebben beperkt tot de overweging dat Roosland zich niet had geschaard of gevoegd aan de zijde van Faas c.s. en op deze grond niet als tweede fase verzoekster kon worden beschouwd.

De OK overweegt voorts dat Roosland evenmin bevoegd was op grond van artikel 282 lid 4 Rv (bepalende dat het verweerschrift een zelfstandig verzoek mag bevatten, mits dit betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek) onmiddellijke voorzieningen bij wege van tegenverzoek te vragen, omdat Faas c.s. in deze tweede fase zelf niet om een onmiddellijke voorziening hadden gevraagd. Deze overweging is in lijn met de Gucci-beschikking (OK 3 maart 1999, JOR 1999, 87), waarin de OK Gucci Groep N.V. (als verweerder) (hierna: Gucci) ontvankelijk achtte in haar tegenverzoek tot het treffen van een onmiddellijke voorziening (te weten schorsing van het stemrecht op de door verzoekster LVMH gehouden aandelen in Gucci), omdat LVMH ook een onmiddellijke voorziening had gevraagd (te weten schorsing van het stemrecht op de door De Stichting Belangen Werknemers en Gucci Holdings B.V. gehouden aandelen in Gucci).

De OK legt hier een formeel criterium aan: een verweerder/belanghebbende mag slechts een onmiddellijke voorziening vragen indien de verzoeker ook zo'n verzoek heeft gedaan. Onduidelijk is of de OK ten aanzien van het tegenverzoek vervolgens nog de in artikel 282 lid 4 Rv neergelegde eis stelt dat het tegenverzoek betrekking moet hebben op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek (dat wil zeggen het verzoek van verzoeker om een onmiddellijke voorziening te treffen).

Het door de OK aangelegde formele criterium vindt geen steun in artikel 282 lid 4 Rv. Niet in te zien valt waarom een verweerder of belanghebbende een verzoek om een onmiddellijke voorziening te treffen slechts zou kunnen vragen, indien de verzoeker een dergelijk verzoek heeft gedaan. Voldoende zou moeten zijn dat de door de verweerder of een belanghebbende gevraagde onmiddellijke voorziening verband houdt met het beleid dat en de gang van zaken van de vennootschap die ter beoordeling van de OK voorliggen. In dit verband zij erop gewezen dat de in artikel 282 lid 4 Rv neergelegde connexiteitseis niet (al te) eng moet worden uitgelegd (zie onder meer HR 19 november 1976, NJ 1977, 152; HR 2 februari 1996, NJ 1996, 569; Snijders/Ynzoni-

des/Meijer, a.w., nr. 309 en Josephus Jitta in zijn noot onder de beschikking van de OK van 25 juni 2002 (JOR 2002, 126)).

Tot slot nog een opmerking over de vraag of het verzoek van Roosland door de voorzieningenrechter in een kort geding wél zou zijn toegewezen. Nu Roosland door de OK niet-ontvankelijk was verklaard in haar verzoek om een onmiddellijke voorziening te treffen, had zij zich tot de voorzieningenrechter kunnen wenden met de vordering de besluitvorming in de algemene vergadering van AND op te schorten. De bevoegdheid van de OK om een onmiddellijke voorziening te treffen laat immers de bevoegdheid van de voorzieningenrechter in kort geding onverlet. Wel dient, aldus de wetgever, de voorzieningenrechter zich terughoudend op te stellen teneinde tegenstrijdige of slecht met elkaar in overeenstemming te brengen beslissingen te voorkomen (zie J.M.M. Maeijer, *Naamloze en Besloten Vennootschap*, Xe, p. 10). In casu had een beroep op de voorzieningenrechter Roosland vermoedelijk niet gebaat, aangezien de OK – in een overweging ten overvloede – het verzoek van Roosland ook inhoudelijk had beoordeeld en had afgewezen.

Zou de OK de overweging ten overvloede achterwege hebben gelaten, dan zou het uiteraard ongewenst zijn geweest indien de voorzieningenrechter zich in een eventueel kort geding terughoudend zou hebben opgesteld. Immers, alsdan zou Roosland tussen wal en schip terecht zijn gekomen (afwijzing van haar verzoek om onmiddellijke voorzieningen in de enquêteprocedure vanwege een formeel criterium en een terughoudende opstelling van de voorzieningenrechter in een eventueel kort geding). Dat zou natuurlijk anders zijn als de OK het door haar aangelegde formele criterium zou laten varen en een belanghebbende (of een verweerder) in de enquêteprocedure onmiddellijke voorzieningen zou kunnen vragen ongeacht of verzoeker voorlopige voorzieningen heeft gevraagd. Het vorenstaande lijkt mij een reden temeer om het formele criterium te laten varen.

Conclusie

De bevoegdheid van een belanghebbende om in de tweede fase van een enquêteprocedure een onmiddellijke voorziening te vragen is beperkt en wordt door de OK afhankelijk gesteld van het feit of de tweede fase verzoeker eveneens om een onmiddellijke voorziening heeft verzocht. Dit formele criterium is ongewenst.

*Mr. E.W.A. van de Weert
De Brauw Blackstone Westbroek*