

De Laurus-beschikking

Inleiding

Bij beschikking van 8 april 2005¹ inzake Laurus heeft de Hoge Raad vier interessante beslissingen gegeven. Deze betreffen:

1. het ontbreken van bindende kracht van het oordeel wanbeleid in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure;
2. het ontbreken van recht op (tegen)bewijs van bestuurders en commissarissen in de enquêteprocedure waarin het verzoek om te bepalen dat er sprake is (geweest) van wanbeleid van de rechtspersoon en het eventuele verzoek om voorzieningen te gelasten, aan de orde zijn;
3. de mate van duidelijkheid waaraan de omschrijving van het verzoek om wanbeleid uit te spreken moet voldoen; en
4. de mogelijkheid van het bevelen door de Ondernemingskamer van een aanvullend onderzoek.

Hierna wordt, na een zeer korte schets van de zaak, ingegaan op deze vier beslissingen.

Feiten en procesverloop

De tijd voorafgaande aan de enquêteprocedure tegen Laurus valt uiteen in twee relevante periodes. De eerste periode (door Ondernemingskamer en Hoge Raad 'Fase I' genoemd) loopt van 1 januari 2000 tot medio augustus 2001. In die periode vindt de ontwikkeling en mislukking van de ombouwoperatie 'Operatie Groenland' plaats. Het bestuur van Laurus vat, met goedkeuring van de raad van commissarissen, in 2000 het plan op om alle zes supermarktfomules waarmee Laurus op de Nederlandse markt actief is, volgens een één-formulestrategie (de Konmar-formule) te gaan exploiteren. Operatie Groenland komt echter niet van de grond en wordt rond augustus 2001 gestaakt. De tweede periode ('Fase II') loopt van augustus 2001 tot juni 2002. In die periode is alle inspanning gericht op het redden van Laurus. Laurus trekt aanvullend krediet aan en komt met Casino Guichard Perrachon S.A. overeen dat Casino Laurus overneemt door middel van een emissie van aandelen.

Naar aanleiding van de hiervoor genoemde gebeurtenissen wordt op 6 mei 2002 een verzoekschrift ingediend bij de Ondernemingskamer om een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Laurus. De Ondernemingskamer wijst het verzoek tot het houden van een enquête toe. Na deponering van het onderzoeksverslag in december 2002 wordt in februari 2003 een verzoekschrift ingediend, waarin primair wordt verzocht om een nader onderzoek ten aanzien van Fase II te gelasten en subsidiair aan de Ondernemingskamer wordt verzocht om te oordelen dat is gebleken van wanbeleid van Laurus, en om een aantal

voorzieningen te gelasten (art. 2:356 BW). Bij beschikking van 16 oktober 2003 beschikt de Ondernemingskamer dat ten aanzien van Fase I van wanbeleid is gebleken. Ten aanzien van Fase II beveelt de Ondernemingskamer ambtshalve een nader onderzoek naar een aantal aspecten die in het eerste onderzoek niet voldoende duidelijk zijn geworden. Tegen deze beschikking gaan Laurus en de commissarissen in cassatie.

Geen bindende kracht van het oordeel wanbeleid in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure

De belangrijkste beslissing in de Laurus-beschikking neemt de Hoge Raad en passant in rechtsoverweging 3.8, bij de behandeling van de hierna te bespreken klacht van de commissarissen dat de Ondernemingskamer hun bewijsaanbod heeft gepasseerd. Het betreft de bindendheid van het oordeel wanbeleid in opvolgende procedures.

Het oordeel van de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure dat er van wanbeleid van de onderzochte rechtspersoon is gebleken (art. 2:355 BW), kan de opstap vormen voor aansprakelijkheidsprocedures tegen onder meer de vermeende verantwoordelijken voor dit wanbeleid, zoals bestuurders en commissarissen. In de OGEM-beschikking (HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466) besliste de Hoge Raad dat de vaststelling dat er van wanbeleid sprake is, ook in andere procedures bindend is voor degenen die in de enquêteprocedure zijn verschenen (verzoekers, verweerders en belanghebbenden) zonder dat daarmee tevens is vastgesteld of en in hoeverre dit wanbeleid aan iedere individuele verweerder kan worden verweten en deze daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld. Deze beslissing heeft veel kritiek uitgelokt.² De beslissing leek een vergaande binding aan het door de Ondernemingskamer uitgesproken oordeel dat er van wanbeleid sprake was, mee te brengen in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure. Mogelijk zou in die opvolgende aansprakelijkheidsprocedure niet meer kunnen worden betwist dat er sprake is geweest van wanbeleid op de punten waarop dat oordeel door de Ondernemingskamer was uitgesproken, en zou het aan dit oordeel ten grondslag gelegde feitencomplex in die opvolgende aansprakelijkheidsprocedure als gegeven moeten worden aanvaard. De kritiek hield in dat een dergelijke binding te weinig rekening hield met de onderscheiden aard van enquête- en aansprakelijkheidsprocedures: de enquêteprocedure kent slechts één feitelijke instantie, de onderzoekers zijn vrij in de wijze waarop zij feiten vergaren, en de gewone bewijsregels zijn in een enquêteprocedure niet van toepassing. Aangezien het oordeel dat er sprake was van wanbeleid, alleen bindend was voor degenen die in de enquêteprocedure waren verschenen, besloten bestuurders en (eventuele)

1. HR 8 april 2005, RvdW 2005, 51.

2. Zie o.m. de NJ-noot van Maeijer onder de OGEM-beschikking; G. van Solinge, Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid, in: F.J.P. van den Ingh, G. van Solinge & J.M.M. Maeijer, Drie Nijmeegse redes, Deventer: Kluwer 1998, p. 43-44; P. van Schilfgaarde & J. Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2003, p. 308.

commissarissen van de rechtspersoon veelal niet (als belanghebbenden) in de enquêteprocedure te verschijnen.

In rechtsoverweging 3.8 van de Laurus-beschikking komt de Hoge Raad onder het mom van een nadere uitleg van zijn hiervoor beschreven beslissing terug van deze beslissing. De Hoge Raad herhaalt dat de vaststelling dat er van wanbeleid van de onderzochte rechtspersoon is gebleken, niet de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de organen van de rechtspersoon impliceert voor dat wanbeleid. De Hoge Raad overweegt verder dat de door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten in een aansprakelijkheidsprocedure ook niet op voorhand vaststaan, zelfs niet behoudens tegenbewijs. Wel kan het oordeel van de Ondernemingskamer dat er van wanbeleid sprake is geweest, in een aansprakelijkheidsprocedure onder omstandigheden de bewijsrechtelijke betekenis hebben dat de rechter, mede gelet op het onderzoeksverslag en het daarover gevoerde debat in het gedeelte van de enquêteprocedure na het onderzoeksverslag, voorshands bewezen acht dat de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.

Hiermee heeft de Hoge Raad in feite de binding in een aansprakelijkheidsprocedure aan het door de Ondernemingskamer uitgesproken oordeel dat er van wanbeleid is gebleken overboord gezet. Dit oordeel heeft in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure hoogstens bewijsrechtelijke betekenis.

Consequentie van de uitspraak van de Hoge Raad is tevens dat het minder noodzakelijk is geworden voor bestuurders en commissarissen om niet te verschijnen in de enquêteprocedure.

Geen recht op tegenbewijs

Het ontbreken van de bindendheid van het oordeel wanbeleid in opvolgende aansprakelijkheidsprocedures bespreekt de Hoge Raad als onderdeel van zijn argumentatie ten aanzien van de klacht van de commissarissen dat de Ondernemingskamer ten onrechte niet is ingegaan op hun aanbod al hun stellingen te bewijzen.³

Op grond van schakelbepaling 284 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) zijn in verzoekschriftprocedures de voor dagvaardingsprocedures geldende regels van bewijsrecht van overeenkomstige toepassing, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. Ingevolge artikel 284 lid 1 Rv juncto artikel 166 lid 1 Rv moet een aanbod tot bewijs door getuigen worden gehonoreerd. Verder moet een aanbod tot het leveren van tegenbewijs (normaliter) worden gehonoreerd.⁴ Om twee redenen meent de Hoge Raad dat

de aard van de enquêteprocedure afwijking van deze regels van bewijsrecht rechtvaardigt. De eerste reden is de hiervoor besproken beperkte betekenis die de Hoge Raad toekent aan het oordeel wanbeleid in eventuele aansprakelijkheidsprocedures tegen leden van de organen van de rechtspersoon (of tegen de rechtspersoon zelf). Dit oordeel van de Hoge Raad moet als volgt worden begrepen: waar het oordeel dat er sprake is van wanbeleid en de daaraan ten grondslag gelegde feiten geen bindende kracht hebben in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure, kunnen de leden van de organen van de rechtspersoon (of de rechtspersoon zelf) hun stellingen terzake (eventueel door het leveren van tegenbewijs) in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure bewijzen, zodat er geen dwingende noodzaak bestaat hun die mogelijkheid te geven in de enquêteprocedure.

Deze reden (het ontbreken van bindende kracht in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure), gevoegd bij het spoedeisende karakter van enquêteprocedures, maakt dat de Hoge Raad vindt dat de Ondernemingskamer niet gehouden is in te gaan op een aanbod tot bewijslevering. En hoewel de Hoge Raad erkent dat commissarissen belang hebben bij het oordeel van de Ondernemingskamer ten aanzien van het verzoek om te bepalen dat van wanbeleid van de vennootschap is gebleken (hetgeen evenzeer geldt met betrekking tot bestuurders en de vennootschap zelf), meent de Hoge Raad dat zij ook geen recht hebben op het leveren van tegenbewijs tegen voor hen nadelige bevindingen in het onderzoeksverslag.

De Hoge Raad voegt aan zijn beslissing nog toe (als doekje voor het bloeden) dat de commissarissen wel het recht hebben om de bevindingen van de onderzoekers te bestrijden. Indien het gaat om stellingen die essentieel zijn voor de in dat geding te nemen beslissingen, dient de Ondernemingskamer daaraan in haar beschikking aandacht te besteden, aldus de Hoge Raad.

De beslissing van de Hoge Raad die meebrengt dat commissarissen, bestuurders en de vennootschap zelf – in afwijking van het commune bewijsrecht – geen recht hebben op het leveren van (tegen)bewijs, is geen gelukkige. Ten eerste geldt dat het oordeel van de Ondernemingskamer dat er sprake is van wanbeleid en/of dat één of meer organen (of personen die deel uitmaken van die organen) verantwoordelijk zijn voor dat wanbeleid,⁵ stigmatiserend is voor de vennootschap en de desbetreffende bestuurders en commissarissen. De omstandigheid dat in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure aan het in de enquêteprocedure uitgesproken oordeel dat er van wanbeleid van de vennootschap is gebleken en aan de daaraan ten grondslag gelegde feiten geen bindende kracht toekomt (en er in die aansprakelijkheidsprocedure dus een geheel andere beslissing kan

3. Zie r.o. 3.7-3.9.

4. Zie o.m. HR 16 januari 1998, NJ 1999, 414 en HR 24 mei 2002, NJ 2002, 413.

5. Zie HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (OGEM), r.o. 4.1 en HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite), r.o. 4.1.1.

worden gegeven ten aanzien van de relevante feiten, waardoor het in de enquêteprocedure uitgesproken oordeel wanbeleid en/of het oordeel ten aanzien van de vraag wie daarvoor verantwoordelijk is, niet meer gerechtvaardigd zou zijn), kan aan dit stigmatiserende effect weinig tot niets afdoen: het leed voor een bestuurder, commissaris of vennootschap die het stigma wanbeleid opgeplakt heeft gekregen, is dan al geleden.

Ten tweede is de spoedeisendheid van enquêteprocedures kwetsieus. In curatieve enquêteprocedures, die zijn gericht op de sanering en het herstel van gezonde verhoudingen binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon door het treffen van maatregelen van reorganisatorische aard,⁶ en in antagonistische enquêteprocedures, waarbij niet zozeer de belangen van de onderneming maar eerder de belangen van de betrokken partijen centraal staan,⁷ kan – en zal – spoed vaak een grote rol spelen. Maar bij inquisitoire enquêteprocedures ligt dit anders. Inquisitoire enquêteprocedures zijn gericht op het bieden van opening van zaken en het vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid.⁸ Die doelstellingen worden het best gediend door een zorgvuldige procedure met gebruikmaking van de normale regels van bewijsrecht. Spoed is in wezen strijdig met de doelstellingen van opening van zaken en het aanwijzen van degenen die verantwoordelijk zijn voor dat wanbeleid. Inquisitoire enquêteprocedures (wat men daarvan ook vindt) zijn niet in de eerste plaats gebaat bij spoed (en behoeven ook niet per se heel spoedig te verlopen), maar bij zorgvuldigheid.

Gelet op het voorafgaande menen wij dat de Hoge Raad er verstandiger aan had gedaan om te onderscheiden naar soorten enquêteprocedures. Daar waar spoed is geboden (veelal in curatieve en antagonistische enquêtes), moet het de Ondernemingskamer vrijstaan een aanbod tot (tegen-) bewijs (door getuigen) te passeren. Daar waar geen spoed is geboden (veelal in inquisitoire enquêtes), moet het de Ondernemingskamer niet vrijstaan een dergelijk aanbod te passeren.

De omschrijving van het verzoek om wanbeleid uit te spreken

Op grond van art. 278 Rv dient een verzoekschrift een duidelijke omschrijving te geven van het verzoek en de gronden waarop dat verzoek berust.

Het verzoekschrift van de verzoekers om het oordeel wanbeleid uit te spreken in de Laurus-zaak bevatte geen enkele uitgewerkte stelling ten aanzien van Fase I. Toen Laurus en de commissarissen zich daarop hadden beroepen bij wege

van niet-ontvankelijkheidsverweer, refereerden de verzoekers zich aan het oordeel van de Ondernemingskamer. Daarbij maakten zij duidelijk dat het hun ging om het vermeende wanbeleid van Laurus gedurende Fase II. De Ondernemingskamer wees dit niet-ontvankelijkheidsverweer af. De Hoge Raad beslist in rechtsoverweging 3.5 echter dat de Ondernemingskamer dit verweer had dienen te honoreren, omdat niet was voldaan aan artikel 278 Rv. De Hoge Raad overweegt het volgende:

‘Weliswaar is het (...) petitum van het verzoekschrift (...) op zichzelf voldoende ruim geformuleerd om daaronder ook een verzoek tot vaststelling van wanbeleid van de rechtspersoon in fase I te kunnen begrijpen, maar dit petitum dient te worden uitgelegd in het licht van de daaraan ten grondslag gelegde stellingen en van het processuele debat, zoals dit zich vervolgens heeft ontwikkeld. De hiervoor weergegeven inhoud van het verzoekschrift en het daarop gevolgde verloop van het processuele debat laten geen andere uitleg toe, dan dat het verzoek geen betrekking had op het beleid van Laurus in fase I.’

Onder verwijzing naar een eerder arrest⁹ voegt de Hoge Raad aan de hiervoor genoemde overweging toe dat als de Ondernemingskamer, gelet op de door haar opgesomde omstandigheden, aanleiding zag deze kwestie ambtshalve aan de orde te stellen, zij partijen in een tussenbeschikking in de gelegenheid had moeten stellen het processuele debat daarover aan te gaan en zij zich van een beslissing op dit punt had dienen te onthouden als vervolgens zou blijken dat partijen dit debat niet wensten te voeren.

Deze beslissing van de Hoge Raad maakt duidelijk dat een verzoek voldoende duidelijk moet zijn omschreven en dat een simpele verwijzing, zoals in dit geval, naar het onderzoeksverslag daarvoor niet voldoende is. A-G Timmerman wijst er in dit verband terecht op dat het partijdebat en in het verlengde daarvan de partijen zelf in de knel kunnen komen wanneer de ene partij slechts verwijst naar een vaak omvangrijk onderzoeksverslag, waaraan nogal eens de bijlagen ontbreken en waarvan niet altijd duidelijk is of het totstandgekomen is met inachtneming van hoor en wederhoor, en de andere partij alles wat haar van belang lijkt, eenzijdig ter discussie moet stellen.¹⁰ Dit probleem wordt ondervangen in geval de Ondernemingskamer, zo zij in de door haar vastgestelde omstandigheden aanleiding ziet een mogelijke grond voor wanbeleid ambtshalve aan de orde te stellen, partijen in de gelegenheid stelt daarover het processuele debat aan te gaan en zij zich van een beslissing over deze mogelijke grond onthoudt als haar blijkt dat partijen dat processuele debat niet wensen aan te gaan. Overigens zien

6. R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, in: G. van Solinge & M. Holzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 116.

7. Zie Hermans 2003, p. 118-119.

8. Zie Hermans 2003, p. 116-117.

9. HR 26 september 2003, NJ 2004, 460.

10. In nr. 3.18 van zijn conclusie.

wij niets in de – in de voorliggende en eerdere¹¹ uitspraak – door de Hoge Raad aan de rechter toegekende bevoegdheid om ambtshalve kwesties aan de orde te stellen, die gelet op de artikelen 23 en 24 Rv tot het domein van de procespartijen behoren.

Heropening van het onderzoek

Een laatste kwestie waarover de Hoge Raad in deze beschikking duidelijkheid schept, betreft de vraag naar de mogelijkheid van een aanvullend of nader onderzoek nadat de onderzoekers hun verslag hebben gedeponereerd. In de literatuur bestond communis opinio dat de Ondernemingskamer de bevoegdheid had een nader of aanvullend onderzoek te bevelen. Slechts over de procesrechtelijke inbedding van een dergelijk onderzoek bestond discussie, omdat de wet een nader onderzoek niet met zoveel woorden regelt.¹²

Het probleem lag erin dat de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat een enquêteprocedure moet worden gezien als twee afzonderlijke procedures.¹³ De eerste procedure start met het indienen van een enquêteverzoek en eindigt bij de deponering van het onderzoeksverslag door onderzoekers ter griffie. De tweede procedure start daarna met het indienen van een verzoekschrift tot het uitspreken van het oordeel wanbeleid en tot het (eventueel) gelasten van voorzieningen. De (theoretische) moeilijkheid nu was dat een nader onderzoek in feite de eerste procedure doet herleven. Dit is een op het eerste gezicht vreemde consequentie waarover de wetgever niet heeft nagedacht.

In rechtsoverweging 3.11 beslist de Hoge Raad als volgt. De twee afzonderlijke procedures, waaruit het stelsel van het recht van enquête bestaat, staan niet geheel los van elkaar. Immers, in de tweede procedure wordt voortgebouwd op de eerste procedure in die zin dat in de tweede procedure centraal staan (het verslag van) het in de eerste procedure gelaste onderzoek en de beoordeling door de Ondernemingskamer op basis van dat verslag van de vragen of sprake is geweest van wanbeleid en, zo ja, welke voorzieningen dan eventueel moeten worden getroffen. Indien aan de Ondernemingskamer uit het debat tussen partijen dat plaatsvindt na deponering van het onderzoeksverslag ter griffie of ambtshalve blijkt dat het onderzoek niet volledig is geweest, kan zij partijen vragen op de zaak betrekking hebbende bescheiden in het geding te brengen, dan wel de onderzoekers vragen ter mondelinge behandeling van de zaak aanwezig te zijn om een toelichting te geven op het verslag of om een oordeel te geven over stellingen van feitelijke aard die partijen inmiddels naar voren hebben gebracht. Door de uitoefening van deze bevoegdheden kan evenwel

niet steeds de noodzakelijke duidelijkheid worden verkregen ter beantwoording van de vragen of sprake is geweest van wanbeleid en, zo ja, welke voorzieningen dan eventueel moeten worden getroffen. Het alternatief dat in zoverre opnieuw op de voet van artikel 2:345 BW om een onderzoek zou moeten worden gevraagd, welk verzoek vervolgens opnieuw moet worden beoordeeld, onder voeging van die zaak met de reeds aanhangige, vindt de Hoge Raad nodeloos omslachtig. Een redelijke, op de praktijk gerichte wetstoepassing brengt, aldus de Hoge Raad, mee dat de Ondernemingskamer, indien deze in de tweede procedure bevindt dat het onderzoek niet volledig is geweest, bevoegd is – ook ambtshalve – bij tussenbeschikking te gelasten dat het onderzoek wordt heropend.

De beslissing van de Hoge Raad heeft ons inziens uitsluitend betrekking op de situatie dat in de tweede procedure blijkt van één of meer onvolledigheden in het uitgevoerde onderzoek (ten aanzien van de periode en/of de onderwerpen die moesten worden onderzocht). De beslissing van de Hoge Raad heeft ons inziens geen betrekking op de situatie dat er in de tweede procedure nieuwe onderwerpen opkomen, die buiten de onderzoeksperiode en/of onderzoeks- onderwerpen vallen zoals bepaald door de Ondernemingskamer in haar beschikking waarin zij het onderzoek beval. Het is de vraag of de door de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.11 gekozen, hiervoor beschreven oplossing ook voor laatstbedoelde situatie geldt. Ons inziens is dat niet het geval, althans zou dat niet het geval moeten zijn.

Mr. B. Winters
Mr. T.G. Noordhof
De Brauw Blackstone Westbroek

11. Zie noot 9.

12. Zie hierover de conclusie van A-G Timmerman, nr. 3.67 en de daarin vermelde literatuur.

13. HR 27 september 2000, NJ 2000, 653, r.o. 4.1.1.