

Enquêterecht en de beslechting van vermogensrechtelijke geschillen

Inleiding

De Hoge Raad heeft met zijn beschikking van 18 november 2005 inzake Unilever¹ (vooralsnog) een einde gemaakt aan de discussie over de reikwijdte van het enquêterecht voorzover deze betrekking heeft op het geval waarin aanneemelijk is dat tussen verzoeker en de rechtspersoon die voorwerp is van het gevraagde onderzoek, een vermogensrechtelijk geschil bestaat. Na een korte uiteenzetting van de relevante feiten en het procesverloop zullen de belangrijkste overwegingen van de Hoge Raad worden weergegeven en besproken.

Feiten

De Unilever groep heeft in 1997 haar chemische divisie afgestoten. Moedervenootschappen Unilever N.V. (hierna: Unilever) en Unilever PLC hebben de opbrengst van de verkoop (uiteindelijk) uitgekeerd aan de houders van (certificaten van) gewone aandelen. In 1999 hebben zij voorgesteld een uitkering (voor de aandeelhouders van Unilever: per aandeel NLG 14,50 (EUR 6,58); voor de aandeelhouders van Unilever PLC: de tegenwaarde daarvan in Engelse ponden tegen een wisselkoers van 3,289) te doen in de vorm van een speciaal dividend. Aangezien een dividenduitkering in contanten voor Nederlandse particuliere aandeelhouders destijds fiscaal ongunstig was (namelijk in de inkomstenbelasting volledig belast tegen het progressieve tarief van maximaal 60%), konden de aandeelhouders van Unilever (naast een uitkering in contanten) ervoor kiezen om het speciale dividend als stockdividend in de vorm van preferente aandelen te ontvangen. Dit stockdividend was onder bepaalde voorwaarden voor de inkomstenbelasting onbelast. In juni 1999 zijn meer dan 200 miljoen cumulatief preferente aandelen met een nominale waarde van NLG 0,10 (later gesteld op EUR 0,05) en een rekenwaarde van NLG 14,50 (later EUR 6,58) geplaatst bij aandeelhouders van Unilever die hadden gekozen voor stockdividend. De preferente aandelen hebben een notering verkregen aan (thans) Euronext.

Op 24 maart 2004 heeft Unilever door middel van een persbericht meegedeeld voornemens te zijn de preferente aandelen in het eerste kwartaal van 2005 om te wisselen in gewone aandelen Unilever. Het persbericht houdt onder meer in dat bij de conversie gebruik zal worden gemaakt van bestaande aandelen, en dat de beslissing tot conversie rekening houdt met de huidige koers van de gewone aandelen Unilever en de belangen van alle aandeelhouders respecteert. De preferente aandelen die resteren na conver-

1. HR 18 november 2005, RvdW 2005, 137.

sie, zullen een rekenwaarde hebben van EUR 0,05, en zullen, na goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering, worden ingetrokken tegen betaling van die waarde. Op de website van Unilever is in maart 2004 nadere informatie over de voorgenomen conversie geplaatst. Onder meer is vermeld dat het, gezien de huidige waarde van de gewone aandelen Unilever, ten opzichte van houders van gewone aandelen en tegenover de vennootschap niet gerechtvaardigd zou zijn een premie te betalen ten opzichte van de waarde die voortvloeit uit de conversieformule.

Na bekendwording van de voorgenomen conversie is de koers van de preferente aandelen op 24 maart 2004 met meer dan 20% gedaald (van EUR 6,07 tot EUR 4,83). Naar aanleiding van de voorgenomen conversie hebben enkele betrokken partijen (waaronder de Vereniging van Effectenbezitters) hun bezwaren hiertegen aan Unilever kenbaar gemaakt. Deze bezwaren komen erop neer dat Unilever in 1999 en daarna het vertrouwen zou hebben gewekt dat zij de preferente aandelen in de tweede helft van 2004, althans na 9 juni 2004, tegen EUR 6,58 per preferent aandeel zou inkopen.

Op 12 juli 2004 hebben verweerders in cassatie de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken rond de uitgifte in juni 1999 van de desbetreffende preferente aandelen en het op 24 maart 2004 aangekondigde en gepubliceerde (voorgenomen) besluit van Unilever om deze aandelen te converteren in gewone aandelen Unilever. Bij beschikking van 21 december 2004 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Unilever met betrekking tot de preferente aandelen, zowel rond en naar aanleiding van de uitgifte van de preferente aandelen op 9 juni 1999 als rond de besluitvorming omtrent de op 24 maart 2004 bekendgemaakte (voorgenomen) conversie. Tegen deze beschikking heeft Unilever beroep in cassatie ingesteld.

Beschikking Hoge Raad

Unilever heeft in de procedure voor de Ondernemingskamer onder meer als verweer aangevoerd dat het verzoek een beperkt en zuiver vermogensrechtelijk geschil aan de orde stelt, wat betreft doel en middel oneigenlijk is en niet strekt tot het realiseren van de doeleinden van het enquête-recht, zodat de preferente aandeelhouders bij hun verzoek geen rechtens te respecteren belang hebben en zij derhalve daarin door de Ondernemingskamer niet kunnen worden ontvangen, althans het verzoek moet worden afgewezen.² Het cassatiemiddel van Unilever richt zich (onder meer) tegen de verwerping van dit verweer door de Ondernemingskamer.³

De kern van de beschikking van de Hoge Raad voor wat betreft de vraag naar de reikwijdte van het enquête-recht wordt gevormd door rechtsoverweging 4 waarin de Hoge Raad uiteenzet of, en onder welke voorwaarden, het in de artikelen 2:344-359 BW geregelde onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon mag worden gelast, indien aannemelijk is dat tussen verzoeker en de rechtspersoon die voorwerp is van het gevraagde onderzoek, een vermogensrechtelijk geschil bestaat.⁴

Bij de beantwoording van vorenbedoelde vraag neemt de Hoge Raad de doeleinden van het enquête-recht, zoals deze de wetgever voor ogen stonden en zoals de Hoge Raad deze naar aanleiding van de opvatting van de wetgever heeft omschreven in de Ogem-beschikking, tot uitgangspunt.⁵ Deze doeleinden zijn niet slechts de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan. Tot deze doeleinden behoort noch de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard, noch het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond van dergelijke geschillen. Een enquête-verzoek kan dus niet worden toegewezen op het moment dat een geschil een uitsluitend vermogensrechtelijk karakter kent, waarbij de doeleinden van een enquêteprocedure niet verwezenlijkt kunnen worden. De Hoge Raad werkt deze gedachte vervolgens nader uit door te overwegen dat indien een enquêteverzoek niets inhoudt dat op die doeleinden betrekking heeft, dat verzoek niet ontvankelijk zal zijn. Indien het wel op die doeleinden gerichte stellingen inhoudt, maar deze stellingen niet aannemelijk zijn, zal het verzoek weliswaar – indien ook overigens is voldaan aan hetgeen daartoe vereist is – ontvankelijk zijn, maar moeten worden afgewezen.⁶ Uit het vorenstaande volgt (onder meer) dat voor ontvankelijkheid van het verzoek niet vereist is dat hetgeen de verzoekers aan dit verzoek ten grondslag leggen, gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid van de rechtspersoon betreft en ook blijkt in te houden.⁷

De Ondernemingskamer heeft het vorenstaande in de bestreden beschikking niet miskend, nu zij ten aanzien van vorengenoemd verweer van Unilever heeft overwogen dat het verzochte onderzoek – mede – het tussen de preferente aandeelhouders en Unilever gerezen vermogensrechtelijke conflict betreft en dat een dergelijk conflict op zichzelf en zonder meer niet kan leiden tot gegronde twijfel aan een juist beleid van de vennootschap, dit te minder nu geen sprake lijkt te zijn van verstoring van de dagelijkse gang van

2. R.o. 3.4.1.
3. R.o. 3.5.

4. R.o. 4.1.
5. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466, r.o. 4.1.
6. R.o. 4.2.
7. R.o. 5.1.4.

zaken in de onderneming van de vennootschap. De Ondernemingskamer is echter van oordeel dat in het onderhavige geval, waarin – volgens de stellingen van de preferente aandeelhouders omtrent hetgeen zij met de verzochte enquête willen bereiken – het vermogensrechtelijke conflict ook de positie van de vennootschap en het functioneren van haar organen raakt, het verkrijgen van opening van zaken als door verzoekers bedoeld, moet worden beschouwd als een van de doeleinden van een mogelijk onderzoek.⁸

Niettemin vraagt de Hoge Raad zich uitdrukkelijk af of de Ondernemingskamer wel voldoende rekening heeft gehouden met de mogelijke bezwaren tegen een ruime toepassing van het middel van enquête. Hierbij wijst de Hoge Raad in het bijzonder op de door Unilever ingeroepen reputatieschade, een negatieve beïnvloeding van de beurskoers, het gevaar dat verzoekers uitsluitend hun eigen vermogensrechtelijke belangen op het oog hebben in plaats van het belang van de rechtspersoon, alsmede het ingrijpende karakter van het onderzoek en de omstandigheid dat de procedure slechts in één feitelijke instantie wordt gevoerd, waarvan de uitkomst van de procedure kan leiden tot de tweede enquêteprocedure (betreffende de vraag of is gebleken van wanbeleid van de vennootschap en/of voorzieningen moeten worden bevolen) en ingevolge de Laurusbeschikking van de Hoge Raad⁹ bewijsrechtelijke betekenis kan hebben in andere procedures.¹⁰

De Ondernemingskamer heeft een discretionaire bevoegdheid een enquête te gelasten, hetgeen betekent dat zij bij de uitoefening van die bevoegdheid de betrokken belangen dient af te wegen, waarbij geldt dat een enquêteverzoek slechts kan worden toegewezen, wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Bij de belangenafweging – gesteund op feiten en omstandigheden zoals die zich voordoen in het haar voorgelegde geval – moet de Ondernemingskamer met de hiervoor genoemde bezwaren rekening houden door naast de hiervoor bedoelde doeleinden van het enquêterecht deze bezwaren, alsmede de aard van het tussen de verzoeker en de rechtspersoon bestaande geschil, te betrekken.¹¹

De Ondernemingskamer hoeft echter niet telkens in de motivering van haar beslissing tot uitdrukking te brengen dat zij de bedoelde bezwaren in de beoordeling heeft betrokken, (mede) aangezien de afweging van de bij die bezwaren betrokken meer algemene belangen tegen de in het concrete geval bestaande belangen zich veelal niet leent voor een gedetailleerde motivering.¹²

Dit geldt evenzeer voor het in het onderhavige geval in het bijzonder genoemde bezwaar dat een geschil beperkt en zuiver vermogensrechtelijk van aard is en dus niet bij de Ondernemingskamer thuishoort. Nu geschillen tussen aandeelhouders die een enquête verzoeken enerzijds en de vennootschap anderzijds veelal mede een vermogensrechtelijk karakter hebben, is de (gedeeltelijk) vermogensrechtelijke aard van een geschil een onvoldoende onderscheidend criterium aan de hand waarvan beoordeeld zou kunnen worden of een bijzondere motivering is vereist.¹³

Commentaar

Met de onderhavige beschikking sluit de Hoge Raad de in de literatuur gevoerde discussie¹⁴ over de ontvankelijkheid (en toewijsbaarheid) van enquêteverzoeken ten aanzien van geschillen met een vermogensrechtelijk karakter (vooralsnog) af.

Uit de beschikking blijkt dat de drempel voor de ontvankelijkheid en toewijzing van een enquêteverzoek laag is, indien tussen de verzoekers en de betrokken rechtspersoon een vermogensrechtelijk geschil bestaat. Om ontvankelijk te zijn dient het verzoek (slechts) stellingen te bevatten die gericht zijn op de doeleinden van het enquêterecht zoals geformuleerd in de Ogem-beschikking van de Hoge Raad (sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen, opening van zaken en vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid). Hierbij geldt (uiteraard) dat ook overigens moet zijn voldaan aan de vereisten voor ontvankelijkheid.¹⁵ De Ondernemingskamer wijst het verzoek toe, indien deze stellingen aannemelijk zijn en de door haar te maken belangenafweging in het voordeel van verzoekers uitvalt. De omstandigheid dat een geschil (overwegend) vermogensrechtelijk van aard is en het onderzoek, gericht op het verkrijgen van opening van zaken, (mede) kan dienen om bewijs te vergaren voor een (op een later tijdstip te beginnen) aansprakelijkheidsprocedure, staat op zich niet aan toewijzing van het verzoek in de weg.

De bezwaren tegen een ruime toepassing van het enquêterecht brengen in de opvatting van de Hoge Raad niet mee dat *in het algemeen* deze reikwijdte dient te worden beperkt (mits uiteraard binnen de doeleinden van het enquêterecht wordt gebleven). Wel dient de Ondernemingskamer *in elk concreet geval* de bezwaren tegen een ruime toepassing van het middel van enquête te betrekken bij haar belangenafweging in de uitoefening van haar (discretionaire) bevoegd-

8. R.o. 4.3.

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

10. R.o. 4.4.1.

11. R.o. 4.4.2.

12. R.o. 4.4.2, laatste twee zinnen.

13. R.o. 4.4.3.

14. Zie M.W. Josephus Jitta, Enkele gedachten over het formele enquêterecht; is het efficiënt wanneer de dienstmaagd moeder wordt?, in: M.W. Josephus Jitta & M.R. Mok, Het recht van enquête onderzocht, Deventer: Kluwer 2004, p. 28-29; B.F. Assink in zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 21 december 2004, ARO 2004, 145 (Unilever), in: Ondernemingsrecht 2005, p. 102-103; M. Brink in nr. 5 van zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 21 december 2004, JOR 2005, 5.

15. Zie o.m. art. 2:346 en 349 BW.

Vennootschap & Onderneming

heid een onderzoek te gelasten. Ook het bezwaar van de betrokken rechtspersoon dat het geschil beperkt en zuiver vermogensrechtelijk van aard is en niet thuishoort bij de Ondernemingskamer (maar bij de algemeen bevoegde burgerlijke rechter), zal de Ondernemingskamer in deze belangenafweging moeten meenemen. De betrokken rechtspersoon zal deze bezwaren als verweer in de procedure (kunnen) opwerpen en vervolgens (lijdzaam) moeten afwachten of de door de Ondernemingskamer te maken belangenafweging in zijn voordeel uitvalt. De vooruitzichten in dit opzicht zijn vrij ongunstig: in de praktijk tot heden blijkt dat de belangenafweging door de Ondernemingskamer op het moment dat zij heeft vastgesteld dat er gegronde redenen (kunnen) zijn om aan een juist beleid te twijfelen, vrijwel altijd in het voordeel van de verzoeker uitvalt.¹⁶

De Hoge Raad geeft aan dat, nu de aan de Ondernemingskamer toegekende bevoegdheid een enquête te gelasten een discretionaire is, het oordeel van de Ondernemingskamer dat er aanleiding bestaat tot het toewijzen van een enquêteverzoek, slechts in beperkte mate kan worden getoetst.¹⁷ Tevens blijkt uit de onderhavige beschikking dat de Hoge Raad de Ondernemingskamer niet de plicht heeft willen opleggen om in de motivering van haar beslissing op te nemen dat zij de bezwaren van de betrokken rechtspersoon in de beoordeling heeft betrokken, ook niet ten aanzien van het bezwaar dat het geschil beperkt en zuiver vermogensrechtelijk van aard is. De consequentie hiervan is dat het voor de rechtspersoon waartegen een onderzoek is bevolen, zeer moeilijk zal zijn om met succes in cassatie te gaan tegen de beschikking van de Ondernemingskamer voorzover deze betrekking heeft op een belangenafweging die naar het oordeel van de betrokken rechtspersoon onjuist is. Dit is ongelukkig, aangezien de procedure slechts in één feitelijke instantie wordt gevoerd en de nadelige gevolgen die een enquête(procedure) kan hebben voor een rechtspersoon (zoals reputatieschade, dalende beurskoers, verminderd functioneren van de rechtspersoon als gevolg van het onderzoek, bewijsrechtelijke betekenis in andere procedures) aanzienlijk zijn.

Uit het vorenstaande blijkt dat, indien tussen de verzoekers en de betrokken rechtspersoon een vermogensrechtelijk geschil bestaat, een enquêteverzoek vrij snel ontvankelijk en toewijsbaar zal zijn, ook als het middel van enquête (mede) wordt ingezet om bewijs te vergaren voor een aansprakelijkheidsprocedure. Hoewel de Ondernemingskamer zowel de bezwaren tegen ruime toepassing van het middel van enquête als de aard van het geschil in haar belangenafweging moet betrekken (waardoor de Ondernemingskamer in voorkomende gevallen in haar beoordeling rekening moet houden met de (gedeeltelijk) vermogensrechtelijke

aard van het geschil en de omstandigheid dat de enquête (mede) dient om bewijs te vergaren voor een aansprakelijkheidsprocedure), leert de praktijk tot heden dat de belangenafweging vrijwel altijd in het voordeel van de verzoeker uitvalt wanneer naar het oordeel van de Ondernemingskamer sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan juist beleid van de rechtspersoon. Aangezien geen bijzondere motiveringseisen ten aanzien van voornoemde bezwaren worden gesteld, zijn de mogelijkheden (zeer) beperkt om in cassatie met succes op te komen tegen een belangenafweging door de Ondernemingskamer die naar het oordeel van de betrokken rechtspersoon onjuist is.

Mr. B. Winters

Mr. K.A.J. de Vries

De Brauw Blackstone Westbroek

16. Zie M.G. Kuijpers, *Belangenafweging in enquêteverzoeken*, WPNR (2004) 6589, p. 680.

17. R.o. 5.5.2, eerste zin.