

Wie gaat dat betalen?

Inleiding

Het enquêterecht biedt aan de daartoe gerechtigden een breed inzetbaar en effectief middel om een onderzoek te doen instellen naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. Een enquêteverzoek kan bovendien relatief eenvoudig en zonder al te hoge kosten worden ingediend. Het verweer tegen een enquêteverzoek vergt daarentegen de nodige tijd en aandacht van het bestuur en de werknemers van de betrokken rechtspersoon en gaat al snel gepaard met aanzienlijke kosten voor juridische en overige bijstand. Ook de kosten van het eventueel bevolen enquêteonderzoek zelf kunnen erg omvangrijk zijn.¹ Deze door de Ondernemingskamer vast te stellen onderzoekskosten moeten – uitzonderingen daargelaten² – op grond van artikel 2:350 lid 3 BW door de rechtspersoon worden voldaan. Wanneer de rechtspersoon die het onderwerp vormt van een enquêteverzoek (feitelijk) insolvent is, is de rechtspersoon hiertoe echter niet langer (zonder meer) in staat. Omdat een te benoemen onderzoeker niet snel bereid zal zijn het onderzoek uit te voeren zolang het nog maar zeer de vraag is of daarvoor enige vergoeding zal worden ontvangen,³ kan voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van een enquêteverzoek de situatie ontstaan dat vaststaat dat zelfs indien het enquêteverzoek zou worden toegewezen, de enquête feitelijk niet zal worden uitgevoerd.

De vraag rijst dan of van de rechtspersoon en eventuele belanghebbenden kan worden gevergd dat zij zich in die situatie met de nodige tijd en aanzienlijke kosten inhoudelijk verweren tegen het enquêteverzoek. Mocht deze vraag bevestigend moeten worden beantwoord, dan luidt de logische vervolgvraag of het de Ondernemingskamer in een dergelijke situatie wel vrijstaat na een inhoudelijke behandeling te oordelen dat gebleken is van ‘gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen’ (art. 2:350 lid 1 BW) om vervolgens een enquête te gelasten. Een dergelijk oordeel van de Ondernemingskamer zou in deze situatie immers feitelijk neerkomen op een – soort van – verklaring voor recht dat is gebleken van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, terwijl dit oordeel niet meer kan worden gefalsificeerd door de uitkomsten van het enquêteonderzoek. In deze bijdrage zal worden getracht beide voornoemde vragen te beantwoorden. De Onder-

nemingskamer zelf heeft deze vragen – onder bepaalde voorwaarden – inmiddels bevestigend beantwoord.⁴

Zekerheid dat een eventueel gelaste enquête feitelijk niet kan worden uitgevoerd

Beide in deze bijdrage te beantwoorden vragen veronderstellen de situatie dat (betrekkelijke) zekerheid bestaat dat een eventueel gelaste enquête feitelijk niet kan worden uitgevoerd. Een voorvraag die eerst zal moeten worden beantwoord, is de vraag wanneer nu sprake is van een dergelijke situatie.

1. *Faillissement en surseance*

In eerste instantie valt te denken aan situaties waarin een ingediend enquêteverzoek is gericht tegen een rechtspersoon waaraan surseance van betaling is verleend of die in staat van faillissement is verklaard. Voor na de faillietverklaring of verleende surseance voor de rechtspersoon ontstane verbintenissen (zogenoemde niet-verifieerbare schulden) – zoals een alsdan door de Ondernemingskamer opgelegde verplichting tot betaling van de onderzoekskosten – kan in beginsel geen aanspraak worden gemaakt op enige vergoeding uit de boedel (art. 24 en 228 lid 2 Faillissementswet). De onderzoekskosten kunnen slechts uit de boedel worden voldaan:

1. in het geval dat de boedel bij de verplichting tot betaling van de onderzoekskosten – en daarmee met de enquête zelf – zou zijn gebaat (art. 24 en 228 lid 2 Faillissementswet); of
2. indien de verplichting tot betalen van de onderzoekskosten moet worden aangemerkt als zogenoemde boedelschuld.

Boedelschulden zijn schulden die geen verificatie behoeven, maar een onmiddellijke aanspraak op de boedel geven. Indien onderzoekskosten als boedelschuld zouden moeten worden aangemerkt, zouden de onderzoekers de betaling daarvan uit de boedel (voorzover deze toereikend is) kunnen afdwingen.⁵ Boedelschulden kunnen uit de wet of door een handeling van de curator of bewindvoerder ontstaan.⁶ De Hoge Raad heeft inmiddels beslist dat de tekst van artikel 2:350 lid 3 BW (waarin de regeling voor de onderzoekskosten is opgenomen) en de onstaansgeschiedenis van deze bepaling geen aanknopingspunt bieden voor de opvatting dat uit deze wetsbepaling voortvloeiende onderzoekskosten zonder meer als boedelschuld moeten worden aangemerkt.⁷

1. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 27 december 2005, ARO 2006, 19 (Ahold), waarin de maximale onderzoekskosten ex art. 2:350 lid 3 BW op EUR 1,35 miljoen zijn vastgesteld.

2. Zie het weinig toegepaste art. 2:354 BW en Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2003, JOR 2003, 254 (Polyplus) en Hof Amsterdam (OK) 18 juni 1997, JOR 1997, 83 (Bobel).

3. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2006, ARO 2006, 42 (Decidewise); Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2006, ARO 2006, 48 (Avantech).

4. Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2006, JOR 2006, 45 (KPNQwest); Hof Amsterdam (OK) 3 januari 2006, JOR 2006, 44 (LCI Technology).

5. Polak-Wessels VII, Deventer: Kluwer 2001, par. 7074-7081.

6. Polak-Wessels VII, Deventer: Kluwer 2001, par. 7089.

7. HR 24 juni 2005, JOR 2005, 174 (Decidewise); vgl. par. 2.11 conclusie A-G Timmerman bij dit arrest.

Dit betekent dat het aan de curator of de bewindvoerder wordt overgelaten – behoudens het door respectievelijk de rechter-commissaris en rechtbank te houden toezicht (art. 69 en 224 lid 2 Faillissementswet) – om te bepalen of en in hoeverre de kosten van een enquêteonderzoek uit de boedel worden voldaan.

Het gevolg hiervan is dat ingeval een curator of bewindvoerder niet bereid is de onderzoekskosten geheel of gedeeltelijk uit de boedel te voldoen of indien de financiële toestand van de boedel voldoening van de onderzoekskosten niet toelaat, met (betrekkelijke) zekerheid moet worden vastgesteld dat een eventueel gelaste enquête feitelijk niet zal worden uitgevoerd. Deze situatie wordt slechts anders wanneer een voldoende kapitaalkrachtige derde – bijvoorbeeld één of meer verzoekers of belanghebbenden – zich bereid verklaart de onderzoekskosten te voldoen.⁸

Nu is wel geopperd⁹ dat een curator voor voldoening van de onderzoekskosten – bijvoorbeeld in een situatie dat hij de onderzoekskosten wel zou willen voldoen, maar de toestand van de boedel dit niet toelaat – een beroep zou kunnen doen op de Garantstelling curatoren.¹⁰ De regeling van de Garantstelling, die volgens de bijbehorende Toelichting is ingesteld in het kader van de ‘fraudebestrijding’, houdt kort gezegd in dat curatoren van failliete vennootschappen van het ministerie van Justitie een financieel voorschot kunnen krijgen ‘om malafide bestuurders van rechtspersonen in hun privé-vermogen aan te spreken in geval van misbruik van de door hen bestuurde rechtspersoon’.¹¹ Dit voorschot wordt op grond van artikel 2 lid 2 van de Garantstelling verleend in de vorm van een garantstelling ‘ten behoeve van het instellen van een verhaalsonderzoek, vooronderzoek of het instellen van een rechtsvordering op basis van de artikelen 9, 139 en 248 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 43, lid 6 van de Faillissementswet’. Indien de curator met gebruikmaking van een verleende garantstelling er vervolgens in slaagt gelden terug te laten vloeien in de boedel, moeten deze gelden eerst worden aangewend voor de terugbetaling van de garantstelling.¹² Bij strikte interpretatie van deze regeling moet worden vastgesteld dat nu de kosten van een enquête niet worden genoemd in artikel 2 lid 2 van de Garantstelling, de Garantstelling, niet voor betaling van onderzoekskosten in een enquête kan worden gebruikt. Bij een ruime interpretatie van de Garantstelling zou de enquête wellicht kunnen kwalificeren als een vooronderzoek naar de haalbaarheid van de in artikel 2 lid 2 van de Garantstelling genoemde (aansprakelijkheids)procedures (al lijkt niet

onaannemelijk dat de Garantstelling met name doelt op het vooronderzoek van artikel 2:138 lid 10 BW). Ook bij een dergelijke ruime interpretatie kan mijns inziens echter de voldoening van de onderzoekskosten evenmin via de Garantstelling plaatsvinden. Het doel van de Garantstelling is het financieel faciliteren van aansprakelijkheidsprocedures tegen derden die misbruik hebben gemaakt van rechtspersonen. De basis van het enquêterecht is een principieel andere, namelijk het interne onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon teneinde na te gaan of sprake is (geweest) van wanbeleid binnen de rechtspersoon.¹³ Tot de doeleinden van de enquête behoort niet het vaststellen (of onderzoeken) van eventuele aansprakelijkheden, hetgeen ook buiten de bevoegdheid van de Ondernemingskamer valt.¹⁴ Het aanwenden van de Garantstelling voor voldoening van de onderzoekskosten zou betekenen dat (overheids)gelden worden aangewend voor een ander doel dan waarvoor de Garantstelling is gegeven, met een zekere denaturalisatie¹⁵ van de enquêteprocedure tot gevolg. Hieraan doet niet af dat de uitkomsten van een enquêteprocedure een zekere betekenis kunnen hebben in latere aansprakelijkheidsprocedures.¹⁶ Tegen het gebruik van de Garantstelling voor voldoening van de onderzoekskosten in een enquête pleit ook dat de Garantstelling is bedoeld voor het door de aanvrager (en dus de curator) instellen van een vordering, terwijl het voor een curator nu juist niet mogelijk is een enquêteverzoek in te dienen dat is gericht tegen de rechtspersoon waarvan hij zelf curator is.¹⁷ Tot slot zou het openstellen van de Garantstelling voor enquêteprocedures in praktische zin ook tot aanzienlijk hogere kosten voor de overheid leiden in vergelijking met de kosten die tot nu toe in het kader van de Garantstelling zijn gemaakt. Het totale uitstaande bedrag aan verstrekte garantstellingen bedroeg (per eind 1998) namelijk EUR 3.578.831, waarbij de laagste individuele garantstelling EUR 436 bedroeg, de hoogste individuele garantstelling EUR 238.235 en het merendeel van de garantstellingen ‘slechts’ ± EUR 4.500.¹⁸ Voor 2006 en alle opvolgende jaren heeft het ministerie van Justitie laten weten (slechts) EUR 227.000 aan jaarlijkse kosten (bestaande uit niet-terugbetaalde garantstellingen na niet-succesvolle verhaalsacties) te hebben begroot.

8. Bijv. Hof Amsterdam (OK) 16 juni 1994, NJ 1995, 455 (van de betaling van de onderzoekskosten door verzoekers blijkt uit TVVS 1994, p. 250).

9. J.J.M. van Mierlo onder JOR 2006, 45.

10. Art. 2:138 lid 10 BW en Besluit 17 december 2004, nr. 5326072/DBZ/04, Stcr. 2005, 1, p. 10 (‘Garantstelling’).

11. Garantstelling, Toelichting.

12. Art. 2 lid 9 Garantstelling en de Toelichting op dat artikellid.

13. HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite); HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 (Gucci), r.o. 4.2.

14. HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite), r.o. 4.1.1-4.1.3; HR 4 april 2003, NJ 2003, 538 (Skipper Club), r.o. 3.4; HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 (Unilever), r.o. 4.2.

15. Vgl. par. 3 van de noot van Maeijer onder HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite) en Van Schilfgaarde/Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2003, nr. 121.

16. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem), r.o. 5; HR 8 april 2005, JOR 2005, 119 (Laurus).

17. Garantstelling, Toelichting en HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225 (De Vries Robbé). Vgl. voor merkwaardig voorbeeld enquêteverzoek curatoren: Hof Amsterdam (OK) 1 november 2005, ARO 2005, 192 (ATR Leasing).

18. TvI 2001, p. 93.

2. Feitelijke insolventie

In het geval de rechtspersoon die het onderwerp vormt van een enquêteverzoek, niet in faillissement of surseance verkeert, zal niet snel sprake zijn van een situatie waarin (betrekkelijke) zekerheid bestaat dat een eventueel door de Ondernemingskamer gelaste enquête feitelijk niet kan worden uitgevoerd. De Ondernemingskamer veroordeelt gewoonlijk de rechtspersoon bij voorraad tot in ieder geval het stellen van genoegzame zekerheid voor betaling van de onderzoekskosten. De rechtspersoon zal aan een dergelijke veroordeling eenvoudigweg moeten voldoen en zal zich ook maximaal moeten inspannen om te bereiken dat hij de onderzoekskosten zal kunnen voldoen.¹⁹ Het enkele feit dat de rechtspersoon in een financieel lastige situatie verkeert, betekent nog niet dat de rechtspersoon niet aan een beschikking tot voldoening van de onderzoekskosten kan voldoen en het onderzoek feitelijk niet kan worden uitgevoerd. Dit zou mijns inziens pas anders worden indien de rechtspersoon (of een belanghebbende) aannemelijk maakt dat betaling van de onderzoekskosten de surseance of het faillissement van de rechtspersoon (mede) tot gevolg zou hebben. Een door de Ondernemingskamer opgelegde verplichting tot betaling van de onderzoekskosten zou in dat geval – indien nadien de surseance of het faillissement inderdaad zou volgen – een zogenoemde verifieerbare schuld zijn die gewoon als concurrente vordering in de surseance of het faillissement moet worden behandeld.²⁰ Wanneer aannemelijk is dat de toestand van de boedel vervolgens ontoereikend zal zijn om deze onderzoekskosten te voldoen – hetgeen al snel het geval zal zijn – ontstaat eveneens de situatie dat met betrekkelijke zekerheid kan worden vastgesteld dat (behoudens financiering door derden) een eventueel gelaste enquête feitelijk niet zal worden uitgevoerd.

Recht op inhoudelijke behandeling enquêteverzoek?

De Ondernemingskamer heeft inmiddels beslist dat in situaties dat (betrekkelijke) zekerheid bestaat dat een tot onderzoek strekkende beslissing niet ten uitvoer kan worden gelegd, slechts in uitzonderlijke gevallen tot de beslissing kan worden gekomen dat een enquêteverzoek in redelijkheid niet inhoudelijk in behandeling hoeft te worden genomen. Om te bepalen of van een dergelijk uitzonderlijk geval sprake is, is volgens de Ondernemingskamer relevant:

1. of de verzoekers tot de enquête slechts om een enquête verzoeken en niet ook verzoeken onmiddellijke voorzieningen te treffen;
2. of aannemelijk voorkomt dat met het voeren van verweer buitengewoon hoge kosten zijn gemoeid, waarbij de Ondernemingskamer overigens tevens overweegt dat het voeren van verweer en het maken van kosten in verband daarmee het gevolg is van een daartoe gemaakte eigen keuze; en

19. Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2006, ARO 2006, 30 (Global Green).

20. Vgl. art. 110 en 233 Faillissementswet en J.H.M. Willems, *Insolventrecht en enquêterecht: over convergerende en conflicterende rechtsgebieden*, Tvl 2004, p. 251.

3. welke belangen aan de orde zijn aan de zijde van de rechtspersoon die het onderwerp is van het enquêteverzoek.²¹

De Ondernemingskamer baseert haar beslissing op de haar toekomende discretionaire bevoegdheid.²² Artikel 2:345 lid 1 BW bepaalt dat de Ondernemingskamer op verzoek van daartoe bevoegde partijen één of meer personen ‘kan’ benoemen tot het instellen van een enquête. De Ondernemingskamer is tot het bevelen van een enquête niet verplicht, met dien verstande dat voor toewijzing van een enquêteverzoek slechts plaats is wanneer is gebleken van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.²³ Deze discretionaire bevoegdheid dwingt de Ondernemingskamer tot het maken van een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen van partijen.²⁴ Deze belangenafweging brengt volgens de Ondernemingskamer de mogelijkheid mee dat in uitzonderlijke situaties een enquêteverzoek ‘in redelijkheid’ niet inhoudelijk in behandeling hoeft te worden genomen.²⁵ Dit oordeel lijkt mij juist. De Ondernemingskamer kan op grond van haar discretionaire bevoegdheid afzien van het gelasten van een enquête, ongeacht het oordeel omtrent de bij de inhoudelijke behandeling van een enquêteverzoek (mede) te beantwoorden vraag of al dan niet van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, is gebleken. Logischerwijs is de Ondernemingskamer dan ook niet gehouden een enquêteverzoek eerst inhoudelijk te behandelen om vervolgens aan de hand van de voornoemde belangenafweging eventueel alsnog vast te stellen dat een enquête toch niet zal worden bevolen. In het geval dat een rechtspersoon of belanghebbende gemotiveerd aanvoert dat zijn belangen bij het niet gelasten van een enquête, waaronder meer in het bijzonder het belang dat reeds de inhoudelijke behandeling van het enquêteverzoek onevenredig tijdrovend en kostbaar zal zijn, gezien het feit dat een eventueel gelast enquêteonderzoek niet ten uitvoer kan worden gelegd, zwaarder moeten wegen dan de belangen van de verzoeker bij het wel gelasten van een enquête, zou het de Ondernemingskamer mijns inziens zelfs niet vrij moeten staan om het enquêteverzoek eerst inhoudelijk te behandelen. Het in het kader van artikel 2:345 lid 1 BW wegen van gemotiveerd aangevoerde belangen tegen het houden van een inhoudelijke behandeling van een enquêteverzoek *nadat* die inhoudelijke behandeling reeds heeft plaatsgevonden, is immers zinledig. Indien de Ondernemingskamer na de belangenafweging van artikel 2:345

21. Zie Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2006, JOR 2006, 45 (KPNQwest), r.o. 2.3.

22. Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2006, JOR 2006, 45 (KPNQwest), r.o. 2.3.

23. Art. 2:350 lid 1 BW. HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 (Unilever), r.o. 4.4.2; HR 20 november 1996, NJ 1997, 188 (Wijsmuller), r.o. 3.3.1. Vgl. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 526; Van Schilfgaarde/Winter 2003, nr. 119.

24. HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 (Unilever), r.o. 4.2; HR 26 juni 1996, NJ 1996, 730 (Transom), r.o. 3.4.

25. Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2006, JOR 2006, 45 (KPNQwest), r.o. 2.3.

lid 1 BW zou constateren dat een inhoudelijke behandeling van een enquêteverzoek achterwege moet blijven, dan leidt deze vaststelling tot afwijzing van het enquêteverzoek.²⁶

Op grond van artikel 3:303 BW – dat ook op verzoekschriftprocedures en dus op de enquêteprocedure van toepassing is²⁷ – moet een verzoeker in een enquêteprocedure een voldoende concreet belang hebben bij zijn verzoek: (het bevelen van) de eventuele enquête.²⁸ Indien een wederpartij van de verzoeker betwist dat een voldoende concreet belang bij het verzoek bestaat zoals bedoeld in artikel 3:303 BW,²⁹ zal de verzoeker – op straffe van niet-ontvankelijkheid³⁰ – een belang moeten stellen dat valt binnen de doeleinden waarvoor in het Nederlandse recht een enquête kan worden gelast.³¹ Kort gezegd zijn dit:

1. sanering en het herstel van de gezonde verhouding door maatregelen van reorganisatorische aard;³²
2. opening van zaken;³³ en
3. de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust van mogelijk blijvend wanbeleid.³⁴

Valt het gestelde belang voor toewijzing van een enquêteverzoek buiten deze doeleinden – of is het belang gelegen bij iets anders dan de enquête zelf – dan kan dit belang voor de verzoeker weliswaar een valide of zelfs *de* achterliggende reden voor het verzoek zijn, maar daarmee is het nog niet een rechtens te honoreren belang voor het bevelen van een enquête en zal het verzoek niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.³⁵

In de situatie van een enquêteverzoek dat zich richt tegen een (feitelijke) insolvente rechtspersoon, is evenwel goed denkbaar dat een verzoeker een meer dan voldoende en

concreet belang heeft (en stelt) bij een eventuele enquête – aangenomen dat die ook feitelijk wordt uitgevoerd – dat ook valt binnen de doeleinden van het enquêterecht. De vraag die dan moet worden beantwoord, is of een voldoende concreet belang in de zin van artikel 3:303 BW *kan* bestaan bij een enquêteverzoek indien op voorhand vaststaat dat een bevolen enquête niet ten uitvoer kan worden gelegd. Mijn neiging zou zijn deze vraag ontkennend te beantwoorden.³⁶ Uitgangspunt bij artikel 3:303 BW is dat in beginsel niemand nodeloos een geschil mag opwerpen en daarmee de rechter lastigvallen.³⁷ Waar een rechter bij artikel 3:303 BW op zal moeten letten, is of, indien het voorgelegde verzoek (of de voorgelegde vordering) geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen, dit voor de juridische (en dus de feitelijke) positie van verzoeker (of eiser) verschil maakt. Indien het verzoek, bij veronderstelde toelating, geen effect sorteert voor de aanbrenger, zal de aanbrenger niet in zijn verzoek kunnen worden ontvangen. De rechter moet zich daarbij houden binnen de grenzen van de daartoe aanhangig gemaakte procedure en partijen mogen dan ook niet worden toegelaten tot het in die procedure (oneigenlijk) beslissen van andere niet daarbij betrokken twistpunten.³⁸ Nu de kern van de enquêteprocedure wordt gevormd door het enquêteonderzoek, kan in de situatie dat vaststaat dat een enquête feitelijk niet kan worden uitgevoerd, het al dan niet bevelen van een verzochte enquête geen effect sorteren voor de verzoeker. In die situatie dient een enquêteverzoek daarom ook niet-ontvankelijk te zijn. Zou dit anders zijn, dan zou dat ook betekenen dat, terwijl feitelijk vaststaat dat een enquêteonderzoek niet zal worden uitgevoerd, partijen in de eerste fase van de enquêteprocedure omtrent de toewijzing van die enquête – tegen een hoge belasting in tijd en kosten van zowel partijen als Ondernemingskamer – ‘umsonst’³⁹ procederen, hetgeen in het Nederlandse recht niet is toegestaan. Het feit dat verzoeker mogelijk een buiten de enquêteprocedure zelf gelegen belang heeft bij het bevelen van een enquête (en de daartoe op grond van art. 2:350 lid 1 BW noodzakelijke vaststelling dat gegronde redenen bestaan om aan juist beleid te twijfelen, die bijvoorbeeld van nut zou kunnen zijn in latere aansprakelijkheidsprocedures) is niet een belang dat in deze afweging mag worden betrokken.⁴⁰ Aan de niet-ontvankelijkheid van het enquêteverzoek doet evenmin af of al dan niet onzekerheid bestaat of in de toekomst mogelijk alsnog iemand bereid zal worden gevon-

26. HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 (Unilever), r.o. 4.2 en M.G. Kuijpers, *Belangenafweging bij enquêteverzoeken*, WPNR (2004) 6589, p. 681.

27. Zie *Vermogensrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 3:303 BW, aant. 5 en de daar genoemde jurisprudentie.

28. Art. 2:345 lid 1 BW: de enquête vormt de kern van de enquêteprocedure (HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite); HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 (Gucci), r.o. 4.2).

29. *Vermogensrecht* (losbl.), art. 3:303 BW, aant. 5: een verzoeker wordt verondersteld over een voldoende concreet belang te beschikken en heeft pas bij betwisting daarvan zijn belang ex art. 3:303 BW aan te tonen. Vgl. voor enquêteprocedures echter ook HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 (Unilever), r.o. 4.2.

30. *Vermogensrecht* (losbl.), art. 3:303 BW, aant. 6.

31. Zie HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 (Unilever), r.o. 4.2; HR 1 februari 2002, NJ 2002, 226 (De Vries Robbé), r.o. 3.2. en Kuijpers 2004, p. 681.

32. TK 9596, MvT, Naamloze en Besloten Vennootschap (losbl.), Deventer: Kluwer, p. IXa 12 en MvA, p. 13, 1969, p. IXa 58.

33. TK 9596, MvT, Naamloze en Besloten Vennootschap (losbl.), p. IXa 8.

34. TK 9596, *Handelingen II*, Naamloze en Besloten Vennootschap (losbl.), p. IXa 115. In parlementaire geschiedenis en HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem), HR 20 november 1996, NJ 1997, 188 (Wijsmuller) en HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 (Unilever) wordt daarnaast aan de mogelijkheid tot het instellen van een enquête een preventieve werking toegekend.

35. HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 (Unilever), r.o. 4.2; *Vermogensrecht* (losbl.), art. 3:303 BW, aant. 3 en 6.

36. Vgl. HR 11 februari 2000, NJ 2000, 238 (N./Bos-Hagens) en HR 26 april 2002, NJ 2002, 324 (S./V.).

37. *Vermogensrecht* (losbl.), art. 3:303 BW, aant. 6. Th.B. ten Kate, *Efficiency en recht*, Trema 2001, p. 307; Asser/Veegens-Korthals Altes-Groen, 7-procesrecht, Deventer: Kluwer 2005, nr. 48.

38. J. van Baars, *Point d'intérêt, point d'action* (diss. VU Amsterdam), Amsterdam: Buijten & Schipperheijn 1971, p. 155 en 160-161.

39. A-G Langemeijer in par. 2.9 van zijn conclusie bij HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (Jeffrey).

40. Zie voetnoten 31 en 38; Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2006, JOR 2006, 45 (KPNQwest), r.o. 2.4; *Vermogensrecht* (losbl.), art. 3:303 BW, aant. 3; Pres. Rb. Den Haag 10 december 2001, KG 2002, 10 en art. 3:13 lid 1 en 2 BW.

den om de onderzoekskosten te voldoen. Zolang geen concrete financiering voor het onderzoek is gevonden, ontbreekt een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW.⁴¹ Zodra alsnog iemand bereid wordt gevonden de onderzoekskosten te voldoen, kan vanzelfsprekend op dat moment wederom een enquêteverzoek worden ingediend dat (waar het de financiering van het onderzoek betreft) ontvankelijk zal zijn.

Los van een eventueel uit artikel 3:303 BW voortvloeiende niet-ontvankelijkheid zie ik overigens niet in hoe in een situatie dat een enquête niet ten uitvoer kan worden gelegd, een belangenafweging ex artikel 2:345 lid 1 BW in het voordeel van een verzoeker kan uitvallen. De rechtens relevante⁴² – en dus niet buiten de enquêteprocedure zelf gelegen – belangen van een verzoeker bij het bevelen van een enquête kunnen in de situatie dat dit bevel geen effect kan sorteren, niet worden gediend door toewijzing van de enquête. Reeds daarom kunnen die belangen van een verzoeker niet zwaarder wegen dan door de rechtspersoon of andere belanghebbenden gemotiveerd aangevoerde belangen tegen toewijzing van de enquête. Belangen die daarbij worden gesteld voor de ‘afwijzing’ van een enquêteverzoek, behoeven daarbij overigens niet te vallen binnen de doeleinden waarvoor een enquête rechtens kan worden ‘toegevoerd’.⁴³ Het enkele feit dat een tegen toewijzing van de enquête aangevoerd belang, zoals de hoge kosten die met het verweer tegen een enquêteverzoek zijn gemoeid, het gevolg is van een eigen keuze van de rechtspersoon of belanghebbende, neemt niet weg dat dit een rechtens relevant belang is dat – anders dan het belang bij een verzoek dat geen effect kan sorteren – ten minste enig gewicht in de schaal legt.

De belangenafweging van artikel 2:345 lid 1 BW moet in de situatie dat een enquête niet kan worden uitgevoerd, in beginsel plaatsvinden voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van een enquêteverzoek. Nu deze belangenafweging leidt tot afwijzing van het enquêteverzoek en toepassing van artikel 3:303 BW zelfs leidt tot niet-ontvankelijkheid, zou de Ondernemingskamer aan een inhoudelijke behandeling van het enquêteverzoek niet meer toe moeten komen. Bovendien wordt ook los daarvan aangenomen dat ingeval het verweer wordt gevoerd dat een voldoende belang bij de vordering of het verzoek ontbreekt, de rechter eerst deze opgeworpen processuele vraag zal moeten beantwoorden:

‘Alvorens zich met de vraag “ja of nee” bezig te houden, zal eerst bekeken moeten worden of er bij “ja” wèl iets verandert. Is dit niet het geval, dan hoeft de vraag ook niet beantwoord te worden. (...) Als deze [vraag; MK] positief is beantwoord dan kan men zich gaan buigen over de materiële kwestie die in het geding is gebracht.’⁴⁴

Een interessante, door de Ondernemingskamer zelf opgeworpen⁴⁵ vraag is nog of het oordeel met betrekking tot artikel 3:303 en 2:345 lid 1 BW anders wordt ingeval de verzoeker in zijn enquêteverzoek tevens verzoekt voorlopige (dan wel: onmiddellijke) voorzieningen in de zin van artikel 2:349a lid 2 BW te treffen. In een situatie dat het enquêteonderzoek door bijvoorbeeld een faillissement van de rechtspersoon niet kan worden uitgevoerd, betekent dat immers niet dat een getroffen voorlopige voorziening niet ten uitvoer kan worden gelegd. Toch meen ik dat ook deze vraag ontkenkend moet worden beantwoord. De bevoegdheid om voorlopige voorzieningen te treffen is een speciale bevoegdheid die uitsluitend aan de Ondernemingskamer is verleend ten behoeve en in het kader van enquêteprocedures die bovendien uitdrukkelijk de algemene bevoegdheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen van de voorzieningenrechter – ook in enquêtesituaties – onverlet laat.⁴⁶ De bedoeling van de wetgever bij de invoering van de voorlopige voorzieningen van artikel 2:249a lid 2 BW was het voorkomen van de situatie dat een verzoeker bij verschillende rechters (voor de enquête bij de Ondernemingskamer en voor de daaraan gerelateerde voorlopige voorzieningen bij de voorzieningenrechter) zijn recht moest zoeken, terwijl de Ondernemingskamer in die situaties mogelijk een deskundiger oordeel zou kunnen hebben dan de voorzieningenrechter.⁴⁷ Anders gezegd is de bevoegdheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen ex artikel 2:349a lid 2 BW dus uitsluitend een vanuit proceseconomisch oogpunt aan de enquêteprocedure gekoppelde bevoegdheid van de Ondernemingskamer. Wanneer het verzoek tot het bevelen van de enquête zelf – die de kern van de enquêteprocedure vormt – geen effect kan sorteren, kan geen zelfstandig belang blijven bestaan bij de aan de enquête gekoppelde bevoegdheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen. Zou dit anders zijn, dan zou de Ondernemingskamer een algemene bevoegdheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen hebben (met als voorwaarde dat aan de ontvankelijkheidsvereisten van art. 2:346 BW is voldaan), hetgeen uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever was. Dat in de praktijk de Ondernemingskamer soms feitelijk uitsluitend als voorzieningenrechter fungeert doordat partijen afzien van de voortzetting van een enquêteprocedure nadat

41. Vgl. HR 10 september 2004, NJ 2005, 51 (OR/Ministerie van Justitie); HR 16 april 1993, NJ 1993, 444 (Alp/Staat).

42. Belangen die zijn gelegen binnen de doeleinden waarvoor een enquête kan worden gelast, zoals hiervoor voor art. 3:303 BW is uiteengezet. Zie HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 (Unilever), r.o. 4.2.

43. Kuijpers 2004, p. 683.

44. Baars 1971, p. 160.

45. Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2006, JOR 2006, 45 (KPNQwest), r.o. 2.3.

46. TK 22 400, MvT, Naamloze en Besloten Vennootschap (losbl.), p. Xe 10 (par. 5).

47. TK 22 400, MvT, Naamloze en Besloten Vennootschap (losbl.), p. Xe-Art. 349a-1.

de Ondernemingskamer eerst omtrent de gevorderde voorzieningen van artikel 2:349a lid 2 BW heeft beslist (en het partijen wellicht ook slechts om die voorlopige voorzieningen te doen was), doet hieraan niet af.

Vaststelling ‘gegronde redenen om aan juist beleid te twijfelen’?

Nu in situaties dat een eventueel bevolen enquête niet ten uitvoer kan worden gelegd de Ondernemingskamer niet aan een inhoudelijke behandeling zou moeten toekomen, is de vraag of de Ondernemingskamer vervolgens alsnog de (niet ten uitvoer te leggen) enquête mag bevelen na de vaststelling dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, vooral theoretisch.⁴⁸ Dit zou wellicht anders kunnen zijn in verstekzaken of in zaken waarin niet is betwist dat de verzoeker over een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW beschikt, alhoewel de Ondernemingskamer ook na een inhoudelijke behandeling het enquêteverzoek wellicht ambtshalve op grond van haar discretionaire bevoegdheid van artikel 2:345 lid 1 BW zou moeten afwijzen. De vaststelling dat is gebleken van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, zoals opgenomen in artikel 2:350 lid 1 BW, is niets meer dan het wettelijke toetsingscriterium waaraan ten minste moet zijn voldaan alvorens een enquête kan worden toegewezen.⁴⁹ Dat wil niet zeggen dat de vaststelling dat aan genoemd toetsingscriterium is voldaan, in praktische zin geen buiten de enquêteprocedure zelf gelegen gevolgen heeft. Zo valt goed voor te stellen dat een dergelijk oordeel van de Ondernemingskamer voor een verzoeker of derden zeker behulpzaam kan zijn in latere aansprakelijkheidsprocedures. Indien de Ondernemingskamer oordeelt dat van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen is gebleken, kunnen echter met dat oordeel – zolang vaststaat dat een bevolen enquête niet ten uitvoer kan worden gelegd – geen andere belangen worden gediend dan belangen die buiten de doeleinden van de enquêteprocedure zijn gelegen en zou dat oordeel daarom achterwege moeten blijven. In die situatie zou het oordeel immers neerkomen op een (soort van) oneigenlijke verklaring voor recht dat van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen is gebleken, zonder dat enig daadwerkelijk onderzoek naar de bij de Ondernemingskamer bestaande twijfel wordt verricht. Een dergelijk soort van verklaring kan de Ondernemingskamer slechts, na een daadwerkelijk uitgevoerde enquête, geven met betrekking tot het oordeel dat uit het verslag van het enquêteonderzoek van wanbeleid is gebleken.⁵⁰

*Mr. M.G. Kuijpers
De Brauw Blackstone Westbroek*

48. Zie echter Hof Amsterdam (OK) 3 januari 2006, JOR 2006, 44 (LCI Technology).

49. HR 20 november 1996, NJ 1997, 188 (Wijsmuller).

50. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem), r.o. 4.1. Vgl. HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 (Gucci).