

Toegang tot de enquêteprocedure en de kapitaal-eis van artikel 2:346 sub b BW

*Mr. drs. L.M.H.A.A. Hennekens**

Inleiding

Om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een naamloze of besloten vennootschap te kunnen verzoeken dient de verzoeker aandelen of certificaten van aandelen te houden die ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van die vennootschap vertegenwoordigen of minimaal een nominale waarde van € 225.000 hebben (hierna: de kapitaal-eis) of zoveel minder als de statuten bepalen.¹ Het verzoek kan ook gezamenlijk worden gedaan, in welk geval de verzoekers gezamenlijk aan de kapitaal-eis moeten voldoen (art. 2:346 aanhef en sub b Burgerlijk Wetboek (BW)).

Op welk moment moeten de verzoekers tot enquête aan de kapitaal-eis voldoen? Tot voor kort luidde het antwoord op die vraag: uitsluitend op het moment dat het enquêteverzoek wordt ingediend. Uit de recente *Emba*-beschikking van de Hoge Raad² lijkt echter te volgen dat het antwoord genuanceerder ligt. In deze bijdrage bespreek ik de *Emba*-beschikking en haar implicaties voor de toegang tot de enquêteprocedure.

De *Emba*-beschikking

Kort weergegeven was het volgende aan de hand. De familie Hottinguer beheerde een groot deel van haar vermogen door middel van *Emba* B.V. (hierna: *Emba*). Een belangrijke aandeelhouder van *Emba* was *Rhodia* N.V. (hierna: *Rhodia*). *Rodolphe* Hottinguer (hierna: *Rodolphe*) hield 40% van de aandelen in *Rhodia*, vader *Henri* hield 30% en broer *Frédéric* hield eveneens (maar middellijk) 30%. *Rodolphe* was tevens de bestuurder van *Rhodia*. Op 18 december 2009 richtten *Rodolphe* en *Rhodia* tezamen een verzoek tot de Ondernemingskamer tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van *Emba*. Op dat moment hield *Rodolphe* 0,55% van de aandelen in *Emba*, wat correspondeert met een nominale waarde van ongeveer € 19.500. *Rhodia* hield op het moment van de indiening van het verzoek

8,75% van de aandelen, wat overeenkomt met een nominale waarde van ongeveer € 315.000.

Vanwege onenigheid tussen *Rodolphe* enerzijds en *Henri* en *Frédéric* anderzijds besloot de algemene vergadering van aandeelhouders van *Rhodia* op 4 januari 2010 om *Rodolphe* per direct als bestuurder te ontslaan en een nieuw bestuur te benoemen. Op 5 januari 2010 besloot het nieuwe bestuur van *Rhodia* om het namens *Rhodia* ingediende enquêteverzoek in te trekken. Bij beschikking van 17 februari 2010 verklaarde de Ondernemingskamer *Rodolphe* niet-ontvankelijk in zijn verzoek.³ Daarbij overwoog de Ondernemingskamer dat de intrekking van het verzoek van *Rhodia* tot gevolg had dat de procedure ten aanzien van haar eindigt. Daardoor telt het verzoek van *Rhodia* bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van *Rodolphe* niet mee. Met een aandelenbelang van 0,55% voldoet *Rodolphe* niet zelfstandig aan de kapitaal-eis, aldus de Ondernemingskamer.

Rodolphe stelde cassatieberoep in. In de eerste plaats klaagde *Rodolphe* dat de intrekking van *Rhodia* geen einde maakt aan de aanhangigheid van de zaak (ook niet ten opzichte van *Rhodia*), maar tot gevolg heeft dat *Rhodia* niet-ontvankelijk is in haar verzoek. De Hoge Raad stelde *Rodolphe* in het gelijk, maar nu geen aanspraak is gemaakt op proceskostenveroordeling heeft het onderscheid tussen beëindiging en niet-ontvankelijkheid in dit geval geen gevolgen (zie r.o. 3.3 en 3.4).

Voorts klaagde *Rodolphe* dat de intrekking van het verzoek van *Rhodia* tot gevolg zou hebben dat *Rodolphe* niet-ontvankelijk is in zijn verzoek. In de kern komen de klachten van *Rodolphe* erop neer dat *Rodolphe* ontvankelijk is omdat alleen van belang is dat *Rhodia* en hij op het moment van indiening van het verzoek daartoe gezamenlijk bevoegd waren. Daarover overwoog de Hoge Raad:

‘3.6.1 Het middel doet met name een beroep op rechtspraak die inhoudt dat, kort gezegd, bij de beantwoording van de vraag of aan de kapitaal-eis van art. 2:346, aanhef en onder b, wordt voldaan, de situatie ten tijde van de indie-

* Mr. drs. L.M.H.A.A. Hennekens is werkzaam als advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. Inmiddels is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel aanpassing van het recht van enquête ingediend, waarin de drempelwaarden deels worden gewijzigd.
2. HR 8 juli 2011, NJ 2011, 306.

3. Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2010, JOR 2010, 152 m.nt. De Haan.

ning van het enquêteverzoek beslissend is (zie onder meer HR 9 mei 1990, LJN AC0874, NJ 1990/829). Deze rechtspraak strekt tot bescherming van de indiener(s) van het verzoek: bij indiening van het verzoek bestaat aanstonds duidelijkheid inzake de bevoegdheid daartoe, en die bevoegdheid wordt niet aangetast door een eventuele afname nadien van het in aanmerking te nemen belang als gevolg van externe oorzaken.

3.6.2 Anders dan het middel voorstaat, is niet beslissend voor de ontvankelijkheid van Rodolphe dat Rhodia en hij ten tijde van het indienen van het verzoekschrift tezamen voldoende aandelen in Emba bezaten om de voormelde drempel te overschrijden.

De wettelijke kapitaalseis van art. 2:346 BW, aanhef en onder b, vindt zijn rechtvaardiging in de omstandigheid dat het instellen van een enquête om diverse redenen bezwarend is voor de desbetreffende vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarom wordt een minimale steun van het verzoek verlangd, gemeten aan – in gevallen als deze – het bezit van aandelen, of certificaten van aandelen, van de vennootschap. Het strookt met deze ratio dat de ondernemingskamer onderzocht of de op het moment van zijn beslissing nog overblijvende verzoeker, Rodolphe, voldeed aan de voormelde wettelijke kapitaalseisen, en in dat verband geen betekenis toekende aan de omstandigheid dat het verzoek aanvankelijk mede werd gesteund door Rhodia. In zoverre faalt het middel dus.⁷

Alvorens nader in te gaan op de overwegingen van de Hoge Raad is het van belang om eerdere jurisprudentie met betrekking tot de kapitaalseis te beschouwen.

De kapitaalseis in de jurisprudentie vóór de Emba-beschikking

Een beknopt overzicht van de kapitaalseis in de jurisprudentie geeft het volgende beeld.

Artikel 2:346 sub b BW bepaalt aan welke eisen verzoekers moeten voldoen om bevoegd te zijn tot het indienen van een enquêteverzoek. Het ligt daarom voor de hand dat aan die eisen wordt getoetst op het moment van indiening van het verzoek. Dit uitgangspunt is voor het eerst bevestigd in de Ogem-beschikking van de Ondernemingskamer:⁴ ‘Relevante tijdstippen zijn slechts dat van het kenbaar maken van bezwaren en dat van het indienen van het verzoekschrift.’ Latere jurisprudentie, ook van de Hoge Raad, onderstreept dit uitgangspunt.⁵

Het feit dat een verzoekster tot enquête na indiening van het verzoek al haar aandelen (gedwongen) had overgedragen,

4. Hof Amsterdam (OK) 22 december 1983, NJ 1985, 383 m.nt. Maeijer (Ogem), r.o. 7.

5. Zie HR 9 mei 1990, NJ 1990, 829 (Claybo), r.o. 3.5; Hof Amsterdam (OK) 27 mei 1999, NJ 1999, 487 (Gucci), r.o. 3.2.

belette de Ondernemingskamer eerder niet om een onderzoek te bevelen.⁶ In de beschikking van de Ondernemingskamer waartegen Rodolphe in cassatie ging,⁷ overwoog de Ondernemingskamer dat dat geval (niet-ontvankelijkheid als gevolg van de intrekking door de medeverzoeker) niet op één lijn te stellen is met gevallen waarin een aandeelhouder ten tijde van indiening van het verzoek daartoe (wel) bevoegd was en nadien niet langer aan de kapitaalseis voldoet. In dat geval zou Rodolphe wel ontvankelijk zijn geweest, zo lijkt de Ondernemingskamer te zeggen. De aandeelhouder die na indiening van het verzoek niet participeert in een emissie, waardoor zijn belang onder de kapitaalgrens daalt, blijft ontvankelijk in zijn verzoek, aldus de Hoge Raad in zijn Claybo-beschikking.⁸

Voorts kan de vennootschap de toegang tot de enquêteprocedure niet beletten door vóór de indiening van het verzoek aandelen te emitteren met uitsluiting van het voorkeursrecht, waardoor het belang van de verzoeker onder de kapitaalgrens zakt.⁹ Ook de omstandigheid dat de indiener van het enquêteverzoek zich vóór indiening daarvan heeft verbonden om zijn aandelen over te dragen, doet in beginsel niet af aan zijn bevoegdheid om het verzoek te doen.¹⁰ Slechts onder bijzondere omstandigheden kan dat anders zijn.¹¹ Niet-ontvankelijk is degene die vóór indiening van het enquêteverzoek zijn aandelen verkoopt, de aandelen nog niet levert maar volledige overeenstemming bereikt over de tekst van de akte van levering en zich verplicht tot overdracht op een tijdstip voordat het verzoek moet worden ingediend.¹²

Concluderend: het is vaste rechtspraak dat louter het moment van indiening van het verzoek bepaalt of een verzoeker ontvankelijk is in zijn verzoek. Uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer volgt dat er (bijzondere) omstandigheden kunnen zijn op grond waarvan een bezitter van voldoende aandelenkapitaal niet-ontvankelijk is in zijn verzoek, maar die omstandigheden spelen zich – voor zover bekend – steeds af vóór indiening van het verzoek. Is het verzoek eenmaal bevoegdelyk ingediend, dan zijn latere ontwikkelingen niet meer relevant.

De overwegingen van de Hoge Raad nader bezien

Uit de overwegingen van de Hoge Raad in Emba volgt dat, indien de overblijvende partij zelfstandig niet aan de kapitaalseis voldoet na intrekking van het verzoek van haar medeverzoeker, (ook) de overblijvende partij niet-ontvankelijk is in haar verzoek. Uit de hierboven genoemde jurisprudentie volgt

6. Zie Hof Amsterdam (OK) 4 november 1999, JOR 2000, 8.

7. Zie noot 3.

8. Zie noot 5.

9. Zie Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, JOR 2000, 125.

10. Zie Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, JOR 2001, 208, r.o. 3.2 en 3.3. Zie vergelijkbare gevallen: Hof Amsterdam (OK) 13 juni 1991, NJ 1991, 669 (DHDH), r.o. 4.5 en Hof Amsterdam (OK) 31 maart 1994, NJ 1995, 418 (Kluft Distrifood), r.o. 4.1.

11. Zie Hof Amsterdam (OK) 10 november 1994, NJ 1995, 460 (Transom), r.o. 4.1.3.

12. Zie Hof Amsterdam (OK) 9 juli 1987, NJ 1989, 269 (Vlasveld).

dat in beginsel het enige peilmoment voor de kapitaalaiseis het moment van indiening van het verzoek is. Conflicteert de beslissing van de Hoge Raad met de bestaande jurisprudentie op dit punt?

Op grond van r.o. 3.6.2, tegen de achtergrond van de conclusie van A-G Timmerman,¹³ is het antwoord: nee. Het enige peilmoment voor de kapitaalaiseis is, in lijn met bestaande jurisprudentie, het moment van indiening van het verzoek. Intrekking van het verzoek van de medeverzoeker is echter wel van belang voor de vraag *wie meetelt als verzoeker*. Dat is na de intrekking van het verzoek door Rhodia alleen nog Rodolphe. Op het moment van indiening van het verzoek hield Rodolphe slechts 0,55% van het geplaatste kapitaal, en is dus (ook) niet-ontvankelijk. Het *peilmoment* voor de kapitaalaiseis lijkt daarmee onveranderd.

Echter, in r.o. 3.6.1 gaat de Hoge Raad in op de strekking en 'beschermingsomvang' (zie r.o. 3.8) van artikel 2:346 sub b BW: de verzoeker wordt beschermd doordat bij indiening aanstonds duidelijkheid bestaat inzake de bevoegdheid daartoe, en die bevoegdheid wordt niet aangetast door een eventuele afname nadien van het in aanmerking te nemen belang *als gevolg van externe oorzaken*. Wat probeert de Hoge Raad te zeggen met deze overweging?

Een afname van het belang door externe oorzaken

De Hoge Raad overweegt dat de bevoegdheid om een verzoek in te dienen niet wordt aangetast door een afname van het belang als gevolg van externe oorzaken. *A contrario* beredeneerd wordt die bevoegdheid wel aangetast door een afname als gevolg van *interne* oorzaken. De verzoeker die zijn aandelenbelang na indiening van het verzoek zou afbouwen tot onder de kapitaalaiseis, is dan niet-ontvankelijk in zijn verzoek. De afname is immers geen gevolg van externe oorzaken. Het gevolg van een dergelijk onderscheid zou mijns inziens zijn dat de indiener van een enquêteverzoek moet voldoen aan de kapitaalaiseis vanaf het moment van indiening *tot aan de beslissing op het verzoek*, voor zover hij dat kan beïnvloeden (de interne oorzaak). Wordt een dergelijk onderscheid tussen interne en externe oorzaken nu door de Hoge Raad gemaakt?

Argumenten tegen het onderscheid

Een aantal argumenten pleit tegen de stelling dat de Hoge Raad een onderscheid tussen interne en externe oorzaken heeft willen maken. Er zou in dat geval sprake zijn van een breuk met – of op zijn minst: een essentiële verfijning van – de invulling van de kapitaalaiseis door de rechtspraak tot aan Emba. Niet alleen het moment van indiening zou een relevant ijkpunt zijn, maar de gehele periode tot aan de beslissing op het verzoek door de Ondernemingskamer. Had de Hoge Raad dan niet explicieter kunnen zijn? Wij krijgen bovendien geen aanwijzingen voor wat exact onder 'externe oorzaken' moet worden verstaan.

Voor de uitkomst van de beschikking is het onderscheid niet nodig. In de conclusie van A-G Timmerman komt een (vermeend) onderscheid tussen externe en interne oorzaken ook niet aan bod. Sterker nog: de A-G zet uiteen dat de crux van de zaak Emba gelegen is in de vraag wie als verzoekers kwalificeren, terwijl het peilmoment ten aanzien van het vereiste belang nu juist alleen het moment van indiening aangaat.

Waar zou de toevoeging 'als gevolg van externe oorzaken' bij een dergelijke lezing dan op zien? Misschien gebruikt de Hoge Raad simpelweg een wat ongelukkige formulering, maar stelt hij de externe oorzaken slechts tegenover de intrekking van het verzoek, wat dan als interne oorzaak moet worden begrepen.

Argumenten vóór het onderscheid

Rodolphe had weliswaar geen invloed op het intrekkingbesluit van Rhodia, maar zij dienden hun verzoek gezamenlijk in; zelfstandig is Rodolphe nooit enquêtegerechtigd geweest. Vanuit het perspectief van de gezamenlijk optredende verzoekers was de intrekking door Rhodia dus een interne handeling. Wat dat betreft is de uitkomst van de beschikking ook niet in strijd met het onderscheid.

Een ander argument dat pleit voor de gedachte dat de Hoge Raad een onderscheid tussen externe en interne oorzaken bedoelt te maken, is dat de toevoeging 'als gevolg van externe oorzaken' anders onnodig is. De Hoge Raad had kunnen volstaan met zijn overweging, zonder deze zinsnede daaraan toe te voegen.

Ook zou een dergelijk onderscheid aansluiten op de ratio van de kapitaalaiseis, zoals de Hoge Raad overweegt in r.o. 3.6: enerzijds wordt de verzoeker beschermd tegen externe (en dus onzekere) invloeden op zijn enquêtebevoegdheid, anderzijds wordt de vennootschap niet onnodig belast op het moment dat een verzoek minder dan minimaal (dat wil zeggen door een belang van minder dan 10% en € 225.000 nominaal) wordt gesteund. Die ratio volgt uit de wetsgeschiedenis.¹⁴

Ten slotte lijken de bewoordingen die de Hoge Raad kiest in deze richting te wijzen. Eerst noemt de Hoge Raad de rechtspraak die aangeeft dat het moment van indiening beslissend is. Daarbij verwijst de Hoge Raad 'onder meer' naar zijn Claybo-beschikking,¹⁵ waarin een nieuwe grond (na indiening verzoekschrift) werd behandeld ondanks dat de verzoeker niet meer voldeed aan de kapitaalaiseis, omdat deze niet wilde participeren in een nieuwe emissie van de vennootschap. Deze rechtspraak strekt volgens de Hoge Raad tot bescherming van de indieners, wat er (klaarblijkelijk) op neerkomt dat de enquêtebevoegdheid niet wordt aangetast door afname van het belang als gevolg van externe oorzaken. Door die constructie te kiezen lijkt de Hoge Raad een koerswijziging in te zetten.

13. Zie overweging 4.14 e.v. van de conclusie van A-G Timmerman.

14. Kamerstukken II 1967/68, 9596, nr. 3, p. 1.

15. HR 9 mei 1990, NJ 1990, 829.

Afweging

Ik houd het er vooralsnog op dat de Hoge Raad het onderscheid tussen interne en externe oorzaken expliciet heeft willen maken. Met andere woorden: als het belang van de verzoeker tot enquête na indiening van het verzoek (maar vóór beslissing op het verzoek) onder de kapitaal-eis komt als gevolg van interne oorzaken, is hij alsnog niet-ontvankelijk. De argumenten tegen deze lezing zijn op zichzelf juist, maar overtuigen mij niet.

Met name de omstandigheid dat de Hoge Raad de bestaande rechtspraak noemt en vervolgens de strekking daarvan beperkend uitlegt, brengt mijns inziens mee dat de Hoge Raad de toetsingsmomenten van de ontvankelijkheidseisen wil uitbreiden. Die nuancering komt mij redelijk voor; als een kapitaal-verschaffer zich wil bemoeien met het beleid van de vennootschap, moet hij daar voldoende belang in de vorm van aandelen- of certificatenbezit bij hebben. Hij geniet voldoende bescherming; het is aan hemzelf of hij het vereiste belang aanhoudt.

Het blijft dan de vraag waar de grens tussen externe en interne oorzaken ligt. Wat kan, onder welke omstandigheden, van de indiener worden gevergd om zijn belang op peil te houden? In de Claybo-beschikking, die de Hoge Raad in de Emba-beschikking expliciet aanhaalt, had het niet willen participeren in een emissie geen gevolgen voor de ontvankelijkheid van de verzoeker. Een dergelijk geval lijkt daarmee een externe oorzaak te hebben. De (door de voorzieningenrechter opgelegde) overdracht van aandelen was voor de Ondernemingskamer in het verleden ook geen aanleiding om de verzoeker niet-ontvankelijk te verklaren. Waar de grens tussen extern en intern exact ligt, zal nader moeten worden bepaald in de rechtspraak van de Ondernemingskamer.

Conclusie

Uit de Emba-beschikking van de Hoge Raad volgt in ieder geval dat indien de overblijvende verzoeker tot enquête zelfstandig niet aan de kapitaal-eis voldoet na intrekking van het verzoek van zijn medeverzoeker, (ook) de overblijvende partij niet-ontvankelijk is in haar verzoek. Daarnaast lijkt de Hoge Raad in de Emba-beschikking in algemene zin de reikwijdte van de kapitaal-eis uit te breiden ten opzichte van de bestaande jurisprudentie. Niet alleen het moment van indiening van het enquêteverzoek is relevant om te bepalen of voldaan wordt aan de kapitaal-eis, maar ook de periode daarna. Als het belang in de vennootschap in die periode afneemt als gevolg van een interne oorzaak, zoals vrijwillige verkoop, is de verzoeker alsnog niet-ontvankelijk. Op die manier wordt de vennootschap niet disproportioneel gehinderd bij een onderzoek, maar geniet de verzoeker nog voldoende bescherming. Deze afweging lijkt mij in beginsel redelijk, de vraag daargelaten waar de precieze grens ligt tussen een interne en een externe oorzaak.