

De beschikking inzake Getronics: geen gegronde redenen voor twijfel aan juist beleid

Inleiding

Op 14 november 2003 heeft de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) (tezamen met een aantal anderen) bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam een verzoek ingediend tot het gelasten van een enquête naar het beleid en de gang van zaken van Getronics N.V. Bij beschikking van 2 september 2004, ARO 2004, 107 heeft de Ondernemingskamer het verzoek van VEB afgewezen. In het navolgende geven wij eerst een beknopt overzicht van de relevante feiten. Vervolgens bespreken wij achtereenvolgens de ons inziens belangrijkste materieelrechtelijke en procesrechtelijke aspecten van de beschikking van de Ondernemingskamer.

Feiten

Getronics, een beursgenoteerde ICT-onderneming, heeft midden 1999 het Amerikaanse Wang Laboratories Inc. en de daarbij behorende groepsvennootschappen overgenomen. Ter financiering van deze overname heeft Getronics twee achtergestelde converteerbare obligatieleningen uitgegeven van € 350 miljoen en € 500 miljoen, in 2004 respectievelijk 2005 af te lossen of te converteren in gewone aandelen. Voorts heeft Getronics met een consortium van vijftien banken een kredietovereenkomst afgesloten, die een kredietfaciliteit van € 500 miljoen bood.

Vanwege de verslechterende ICT-markt en de daarmee samenhangende verslechterende resultaten van Getronics in 2001 (met als consequentie een dalende beurskoers) ontstond bij Getronics de verwachting dat de obligaties in 2004 en 2005 niet in aandelen zouden worden geconverteerd en dat zij deze dus zou moeten aflossen. In verband hiermee is Getronics vanaf medio 2001 de mogelijkheden om haar schuldenlast te herstructureren gaan onderzoeken (zij is op zoek gegaan naar een strategische partner en, toen dat niet

tot succes leidde, naar een financiële partner, hetgeen evenmin tot succes leidde) en heeft zij vanaf eind 2001 een aantal tot herstructurering van haar schuldenlast strekkende maatregelen getroffen (tijdijkke verdragingsplan, de overnameprijs voor de obligatieleningen; inkoop van obligaties en verkoop van de Amerikaanse dochtervennootschap GGS).

In de tweede helft van 2002 heeft de raad van bestuur van Getronics zich nader beraden op de herstructurering van de schuldenlast. Het bestuur ontwikkelde daarvoor in samenwerking met externe adviseurs verschillende scenario's, waaronder de verkoop van de aandelen in de Nederlandse dochtervennootschap GHRS, een tenderbod op de uitstaande obligaties met de opbrengst van een aandelenuitgifte en het aangaan van een nieuwe kredietfaciliteit. Voor de verkoop van GHRS of andere bedrijfsonderdelen (dan GGS) voelde de raad van bestuur niet, omdat dit niet paste in de strategie van Getronics, met de verkoop van GHRS bovendien een winstgevend bedrijfsonderdeel met een stabiele cashflow verloren zou gaan en voorts de leencapaciteit negatief zou worden beïnvloed. In samenspraak met de externe adviseurs en met goedkeuring van de raad van commissarissen heeft de raad van bestuur uiteindelijk gekozen voor het tenderbod op de obligaties met de opbrengst van een aandelenuitgifte. Voor het aangaan van een nieuwe kredietfaciliteit was al eerder goedkeuring verleend door de raad van commissarissen.

Medio november 2002 is Getronics bij de afdeling Bijzondere Kredieten van ABN AMRO ondergebracht.

Op 23 december 2002 heeft Getronics overeenstemming bereikt over de nieuwe kredietfaciliteit. De nieuwe kredietovereenkomst is op 24 januari 2003 getekend.

Op 10 januari 2003 heeft Getronics de Invitation To Tender (hierna: ITT), bevattende een tenderbod op de uitstaande obligaties, uitgebracht. Dit bod hield in dat de uitstaande obligaties konden worden omgezet in (deels) contanten, (deels) aandelen en (deels) nieuwe obligaties. Maatstaf voor het maximaal aantal nieuw uit te geven aandelen was de toen geldende koers van het aandeel Getronics van 60 eurocent.

Door een wegzakkende koers van het Getronics-aandeel mislukte het bod evenwel.

Op 14 februari 2003 heeft Getronics, nadat verschillende alternatieven (opnieuw) de revue waren gepasseerd, een nieuw, voor de obligatiehouders aantrekkelijker tenderbod op de obligaties uitgebracht, het zogenoemde Revised Invitation To Tender (hierna: RITT). Het RITT hield in dat de obligaties konden worden omgeruild in (deels) contanten en (voor een groter deel) in nieuw uit te geven gewone aandelen. Door de vereiste aandelenuitgifte zou het belang van de gewone aandeelhouders van 100% van de gewone aandelen tot 3,5% van de gewone aandelen verwateren.

Op 21 februari 2003 zijn de beide bestuurders van Getronics afgetreden.

Het nieuwe bestuur ontwikkelde een andere visie op de herstructurering van de schuldenlast en presenteerde een alternatief herstructureringsplan, waarbij de nadruk lag op desinvesteringen. Op 27 maart 2003 heeft Getronics de RITT ingetrokken. Vervolgens is zij uitvoering gaan geven aan het alternatieve herstructureringsplan.

Op 14 november 2003 heeft VEB bij de Ondernemingskamer een verzoek ingediend om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Getronics te bevelen over de periode (na wijziging daarvan door VEB) van 1 juli 2000 tot en met 1 juli 2003. Bij beschikking van 2 september 2004 heeft de Ondernemingskamer het verzoek afgewezen.

Enige materieelrechtelijke aspecten van de beschikking

Terughoudende toetsing ondernemingsbeleid

De Ondernemingskamer geeft in haar beschikking tweemaal in algemene zin blijk van een terughoudende opstelling bij de toetsing van strategische beslissingen van Getronics ter zake van de herstructurering van haar schuldenlast. Over de periode voorafgaande aan de ITT heeft VEB (onder meer) als bezwaren aangevoerd dat onvoldoende zou zijn gezocht naar een financiële partner, niet tijdig extern advies zou zijn ingewonnen en te laat overleg zou zijn gevoerd met het bankensyndicaat. Te dien aanzien overweegt de Ondernemingskamer (naast dat er sprake is van een ongeoorloofde wijziging van de gronden van het verzoek; zie hierna onder het kopje 'Verandering of vermeerdering van de gronden van het verzoek') dat in kwesties als door VEB aan de orde gesteld (zoals de aanpak van een beoogde herstructurering van de financiële positie van een onderneming, het moment waarop welke externe adviseurs dienen te worden geraadpleegd, en de invloed die de opvattingen en raadgevingen van die adviseurs kunnen of moeten hebben) de leiding van een onderneming een ruime beleidsvrijheid toekomt. Het gaat immers, aldus de Ondernemingskamer, om kwesties waarover, ook door verstandige bestuurders, verschillend kan worden gedacht. Dat betekent dat ter zake van dergelijke aangelegenheden niet snel van (tekenen van een) onjuist beleid zal kunnen worden gesproken (r.o. 3.9). Naar aanleiding van het bezwaar van VEB dat Getronics na het mislukken van de ITT (aanvankelijk) niet met een andere optie is gekomen dan de RITT en met name niet (toen al) heeft gekozen voor het alternatief van schuldenreductie via desinvesteringen, en dat meer in het algemeen destijds onvoldoende alternatieven zouden zijn onderzocht, overweegt de Ondernemingskamer dat in de aanloop naar de ITT de optie van desinvesteringen uitdrukkelijk aan de orde is geweest, maar dat de raad van bestuur het op grond van argumenten die niet als onredelijk en onjuist kunnen worden betiteld, meende dat dit geen verstandige route zou zijn. Het gaat bij keuzes als de onderhavige, aldus de Ondernemingskamer, om het afwegen van voor- en nadelen. Bij

de schatting van de omvang van die voor- en nadelen kan in redelijkheid van mening worden verschild (r.o. 3.16).

Het komt ons voor dat de Ondernemingskamer zich is gepubliceerd door het toetsen van het ondernemingsbeleid dan zij in het verleden heeft gedaan.¹ Deze minder terughoudende opstelling heeft recentelijk een aantal malen tot vernietiging van beschikkingen van de Ondernemingskamer geleid.² Voorts heeft de minder terughoudende opstelling van de Ondernemingskamer tot kritiek in de literatuur geleid.³ Zo heeft Timmerman er – ons inziens terecht – op gewezen dat organisaties veelal hun toebedeelde, eigen bevoegdheden uitoefenen, die een zekere eigen beoordelingsvrijheid veronderstellen, hetgeen meebrengt dat de rechter het uitoefenen van een dergelijke bevoegdheid slechts mag toetsen als iemand van deze hem toekomende, eigen bevoegdheid misbruik maakt. Ondernemen vergt bijzondere capaciteiten, die wel aanwezig moeten worden geacht te zijn bij bestuurders, maar niet bij rechters, hetgeen dient te leiden tot beperkte toetsing van het ondernemingsbeleid door de rechter.⁴ Het lijkt erop dat de Ondernemingskamer de kritiek van de Hoge Raad en de literatuur ter harte heeft genomen.

Informatieverstrekking

Een van de bezwaren van VEB hield in dat Getronics in het persbericht van 8 november 2002, waarin zij een winstwaarschuwing deed, ook had moeten aangeven dat haar continuïteit werd bedreigd. De Ondernemingskamer verwierpt dit bezwaar, omdat in een presentatie van een van de externe adviseurs weliswaar op indringende wijze werd aangegeven dat Getronics voor fikse problemen stond, maar op die enkele grond niet kan worden gezegd dat voor Getronics de noodzaak bestond in een persbericht te melden dat haar continuïteit op het spel stond, terwijl aan de Ondernemingskamer ook niet is gebleken dat er destijds andere, daarvoor voldoende klemmende redenen waren voor een berichtgeving van vorenbedoelde strekking. Hierbij neemt de Ondernemingskamer nog in aanmerking dat het bij ontbreken van een acute discontinuïteit van de operationele bedrijfsvoering in het algemeen niet van prudent beleid getuigt om – onverplicht – naar buiten te treden met mededelingen waarin (mogelijke) risico's worden geaccentueerd (r.o. 3.23).

Kortom, de vennootschap behoeft op grond van artikel 28h Fondsenreglement (bepalende dat de uitgevende instelling

terstond een publicatie moet doen omtrent elk feit of elke gebeurtenis haar betreffende waarvan moet worden aangenomen dat hiervan een aanmerkelijke invloed op de koers zal uitgaan) niet naar buiten te treden als zij zich weliswaar in moeilijk vaarwater bevindt, maar de continuïteit van de onderneming niet in het geding is. De redenen waarom het niet van prudent beleid getuigt om alsdan met mededelingen naar buiten te treden waarin (mogelijke) risico's worden geaccentueerd, bestaan ons inziens hierin dat het accentueren van dergelijke risico's tot premature onrust, en zo mogelijk paniek, op de effectenmarkten en bij leveranciers, afnemers, kredietverschaffers en werknemers kan leiden. Daardoor zal de positie van de vennootschap doorgaans verder verslechteren, waarmee de mededelingen het karakter van een self-fulfilling prophecy (kunnen) krijgen. Het belang van een juiste koersvorming van de effecten in de vennootschap wordt met dergelijke mededelingen evenmin gediend.

Ten aanzien van het verwijt van VEB dat Getronics had moeten melden dat zij op advies van haar bank al op 22 november 2002 voor de keuze stond om óf een tenderbod uit te brengen óf bedrijfsonderdelen te verkopen, faalt volgens de Ondernemingskamer, omdat (daargelaten of VEB het desbetreffende advies juist weergeeft) een uitgevende instelling als bedoeld in het Fondsenreglement niet gehouden is dergelijke – in de besluitvormingsfase gelegen – informatie openbaar te maken. Anders ligt dit voor gemaakte keuzes, aangenomen dat die de koers aanmerkelijk zouden kunnen beïnvloeden (tweede r.o. 3.30).

Ook het verwijt van VEB dat Getronics had moeten melden dat zij medio november 2002 bij de afdeling Bijzondere Kredieten van ABN AMRO was ondergebracht faalt, omdat dit enkele geïsoleerde feit onvoldoende is om te verwachten dat daarvan een aanmerkelijke invloed zou kunnen uitgaan op de koers. Hierbij speelt volgens de Ondernemingskamer ook een rol dat een 'verhuizing' als bedoeld mogelijk slechts van beperkte duur zal blijken te zijn (tweede r.o. 3.30; zie voorts r.o. 3.24).

Afvloeiingsregelingen

VEB had ook bezwaren tegen de met de vertrokken bestuursleden getroffen afvloeiingsregelingen. Het verweer van Getronics dat deze met de bestuursleden getroffen regelingen gebaseerd zijn op reeds (ruim) voor hun aftreden met hen gemaakte afspraken faalt. Volgens de Ondernemingskamer ziet dit verweer over het hoofd dat het in strijd met beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur kan zijn aan zodanige eerder gemaakte afspraken uitvoering te geven, indien de beëindiging van de relatie met een bestuurder van een vennootschap (en het daardoor naar de letter genomen toepasselijk worden van een afvloeiingsregeling) haar grond vindt in gevoerd beleid dat de toets der kritiek niet kan doorstaan, althans daaraan uitvoering te geven zonder gedegen onderzoek – daaronder onder omstandigheden begrepen het voeren van een rechtsgeding – naar de vraag

1. Zie o.m. OK 10 januari 2002, JOR 2002, 27 (VIBA); OK 21 januari 2002, JOR 2002, 28 (HBG) en OK 22 maart 2002, JOR 2002, 82 (RNA).
2. HR 21 februari 2003, NJ 2003, 181 (VIBA); HR 21 februari 2003, NJ 2003, 182 (HBG) en HR 18 april 2003, NJ 2003, 286 (RNA).
3. Zie o.m. M.J.C.C. Raaijmakers, Corporate governance en het enquête-recht, NJB 2003, p. 1373-1379 en L. Timmerman, Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief, Ondernemingsrecht 2003, p. 555-562, i.h.b. nr. 2.
4. Zie L. Timmerman, a.w., nr. 2.

of en, zo ja, in hoeverre sprake is van rechtens afdwingbare gehoudenheid tot uitvoering ervan. Daarbij komt – mede – gewicht toe aan de inhoud van de getroffen regeling, zulks in samenhang met de omstandigheden waaronder op het tijdstip waarop de afspraken zijn gemaakt. Mede in aanmerking genomen hetgeen de Ondernemingskamer heeft overwogen met betrekking tot de overige bezwaren van VEB (die allemaal falen), zijn in dit geval evenwel onvoldoende feiten of omstandigheden aannemelijk geworden die tot – een onderzoek daarnaar rechtvaardigende – twijfel aan de juistheid van het beleid van Getronics om de eerder gemaakte afspraken na te komen leiden (r.o. 3.38).

De overweging van de Ondernemingskamer brengt mee dat als de relatie met een bestuurder eindigt vanwege gevoerd beleid dat de toets der kritiek niet kan doorstaan, de vennootschap moet onderzoeken of zij verplicht is de overeengekomen afvloeiingsregeling na te komen en onder omstandigheden daarover een rechtsgeding zal moeten voeren. Redenen op grond waarvan de vennootschap niet gehouden zal zijn om de overeengekomen afvloeiingsregeling na te komen, zijn (1) dat het maken van aanspraak op de overeengekomen afvloeiingsregeling door de bestuurder vanwege het (mede) door hem gevoerde beleid, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW), of (2) dat er sprake is van een tekortkoming van de bestuurder in de nakoming van diens verplichtingen uit hoofde van diens overeenkomst met de vennootschap, die ernstig genoeg is om die overeenkomst inclusief afvloeiingsregeling te ontbinden (art. 6:265 BW; zie voorts art. 7:686 BW).

Enige procesrechtelijke aspecten van de beschikking

Verandering of vermeerdering van de gronden van het verzoek

Met Getronics is de Ondernemingskamer van oordeel dat VEB bij de mondelinge behandeling een groot aantal nieuwe feiten en stellingen in het geding heeft betrokken die in het verzoekschrift nog niet aan de orde waren gesteld. Zo is in de desbetreffende onderdelen van het pleidooi van de zijde van VEB – onder meer en uitvoerig – betoogd wat allemaal (mogelijk) niet goed is gegaan in de periode voorafgaand aan het totstandkomen van de ITT (zoals dat onvoldoende intensief zou zijn gezocht naar een financiële partner, niet tijdig extern advies zou zijn ingewonnen, te laat overleg zou zijn gevoerd met het bankensyndicaat), dit terwijl in het verzoekschrift geen bezwaren zijn geuit tegen de ITT als zodanig, noch tegen de wijze of het moment waarop die tot stand is gekomen. De te dezen relevante bezwaren van VEB richten zich op de nieuwe kredietfaciliteit en op de RITT en het (beweerde) niet ontwikkelen van alternatieven daarvoor. De Ondernemingskamer acht het in strijd met de goede procesorde als – zonder dat de in artikel 283 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) voorziene weg is gevolgd – de door VEB naar voren gebrachte nieuwe feiten en stellingen door haar zouden worden betrokken in de

beoordeling van de zaak. Uit het feit dat Getronics in haar verweerschrift ook aandacht heeft gegeven aan de wijze waarop de ITT tot stand is gekomen, kan niet worden afgeleid dat Getronics in de onderzochte bezwaren van VEB ook daarop betrekking hadden, aldus de Ondernemingskamer. Waar VEB in haar verweerschrift feiten vermeldde vanaf de acquisitie van Wang in 1999, is het immers niet onbegrijpelijk dat ook Getronics in de weergave van de feiten die acquisitie als uitgangspunt nam en bij haar commentaar op het bezwaar van VEB op het punt van het ontbreken van het ontwikkelen van alternatieven voor de RITT daarnaar kort verwees. Daar komt nog bij, aldus nog steeds de Ondernemingskamer, dat VEB in haar aan de procedure voorafgaande brieven evenmin bezwaren heeft geuit over de wijze en het moment waarop de ITT tot stand is gekomen, daargelaten of dit voldoende zou zijn voor een ander oordeel op dit punt. De Ondernemingskamer blijft daarom uitgaan van de in het verzoekschrift geformuleerde bezwaren (zie r.o. 3.7 en 3.8).

Wij achten de beslissing van de Ondernemingskamer juist. De enquêteprocedure is een verzoekschriftprocedure waarop de artikelen 261-291 Rv, betreffende de verzoekschriftprocedure in het algemeen, van toepassing zijn. Op grond van artikel 283 Rv mag de verzoeker zolang de rechter nog geen eindbeschikking heeft gegeven, het verzoek of de gronden daarvan verminderen, dan wel schriftelijk veranderen of vermeerderen. De verweerder mag tegen de verandering of vermeerdering bezwaar maken op grond dat dit in strijd is met de goede procesorde, en de rechter mag op deze grond de verandering of vermeerdering ook ambtshalve buiten beschouwing laten (art. 283 jo. art. 130 Rv). Het zal niet of nauwelijks betoog behoeven dat het veelal niet in overeenstemming met de goede procesorde zal zijn de verweerder tijdens de mondelinge behandeling te overvallen met bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van de vennootschap die niet in het verzoekschrift zijn opgenomen en evenmin tijdig voor de mondelinge behandeling aan de verweerder kenbaar zijn gemaakt. Daarbij zal een rol (kunnen) spelen of verweerder bezwaar heeft gemaakt tegen de verandering of de vermeerdering van (de gronden van) het verzoek. Heeft de verweerder daartegen geen bezwaar gemaakt, dan zal de Ondernemingskamer al snel van oordeel kunnen zijn dat de verweerder zich kennelijk niet benadeeld acht in diens verdediging en dat de verandering of vermeerdering van (de gronden van) het verzoek niet buiten beschouwing behoeft te blijven op grond van strijd met de goede procesorde.

Blijkens artikel 283 Rv zal de verandering of de vermeerdering van het verzoek of de grondslag daarvan schriftelijk moeten gebeuren. Onder verwijzing naar de rechtspraak van voor 1 januari 2002⁵ (op welke datum de titels 1 tot en

5. Zie HR 4 juni 1976, NJ 1977, 125; HR 19 januari 1979, NJ 1979, 398 en HR 9 augustus 1985, NJ 1985, 873.

met 3 Rv zijn gewijzigd, waaronder de artikelen betreffende de verzoekschriftprocedure) wordt in de literatuur wel verdedigd dat het verzoek of de gronden daarvan ook mondeling moet(en) kunnen worden veranderd of vermeerderd als de verweerder daardoor in zijn mogelijkheid om verweer te voeren niet onredelijk wordt bemoeilijkt.⁶ Wij achten het onzeker of een mondelinge verandering of vermeerdering van het verzoek of de gronden daarvan toelaatbaar is, nu in artikel 283 Rv het vereiste van een schriftelijke verandering of vermeerdering uitdrukkelijk wordt gesteld, terwijl dat vereiste in artikel 429i Rv (oud) nu juist niet werd gesteld. Maar zelfs als onder omstandigheden een mondelinge verandering of vermeerdering van het verzoek of de gronden daarvan toelaatbaar zou(den) zijn, zal een dergelijke verandering of vermeerdering al snel in strijd met de goede procesorde zijn, als deze eerst ter mondelinge behandeling plaatsvindt. Daardoor zal de verweerder immers veelal worden overvallen en (dus) worden benadeeld in zijn verdediging.

Voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een verandering of vermeerdering van de gronden van het verzoek, zal het in de eerste plaats aankomen op uitleg van het verzoekschrift: vindt hetgeen bij de mondelinge behandeling naar voren wordt gebracht voldoende basis in het verzoekschrift of niet? Vandaar dat de Ondernemingskamer ter beantwoording van de vraag of er sprake is van een verandering of vermeerdering van de gronden van het verzoek, ingaat op hetgeen in het verzoekschrift naar voren is gebracht. Maar ook het verweerschrift kan een rol spelen. Daaruit blijkt immers op welke wijze de verweerder de in het verzoekschrift geformuleerde bezwaren heeft begrepen. Vandaar dat de Ondernemingskamer ook ingaat op de vraag of uit het verweerschrift van Getronics bleek dat zij de bezwaren van VEB aldus heeft opgevat dat deze ook zagen op de wijze waarop de ITT tot stand is gekomen.

Niet of onvoldoende weersproken stellingen

De Ondernemingskamer overweegt in haar beschikking driemaal dat VEB (ter mondelinge behandeling) niet of onvoldoende heeft gereageerd op hetgeen Getronics (in haar verweerschrift) naar voren heeft gebracht en dat de Ondernemingskamer daarom uitgaat van de juistheid van hetgeen Getronics naar voren heeft gebracht c.q. dat de Ondernemingskamer het verwijt van VEB op het desbetreffende punt daarom ongegrond acht.⁷

De Ondernemingskamer past hier de regel van bewijsrecht toe dat feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, door de rechter als vaststaand moeten worden beschouwd (art.

284 jo. art. 149 Rv). De (voor dagvaardingsprocedures geldende) regels van bewijsrecht zijn in verzoekschriftprocedures van overeenkomstige toepassing, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet (art. 284 lid 1 Rv). De Ondernemingskamer is klaarblijkelijk van oordeel dat de aard van de eerste fase van de enquêteprocedure (betreffende de vraag of er gegronde redenen zijn om aan juist beleid van de vennootschap te twijfelen en of er een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap moet komen) zich niet verzet tegen toepassing van deze regel van bewijsrecht. De beslissing van de Ondernemingskamer achten wij juist en gelukkig: het zal het inhoudelijke debat over de punten die partijen verdeeld houden, ten goede komen.

Overigens komt het ons voor dat het vorenstaande niet meebrengt dat ook de andere regels van bewijsrecht in de eerste fase van de enquêteprocedure onverminderd van toepassing zijn. Zo volgt uit artikel 166 Rv dat de rechter een getuigenverhoor moet bevelen als bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten, een van de partijen bewijs door getuigen aanbiedt en de door haar te bewijzen aangeboden feiten betwist zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Waar het in de eerste fase van de enquêteprocedure evenwel gaat over de vraag of er een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap moet komen (omdat er gegronde redenen zijn om aan juist beleid van de vennootschap te twijfelen) en de kern van dit onderzoek is om feiten betreffende het beleid en de gang van zaken van de vennootschap vast te stellen, ligt het niet voor de hand dat als partijen twisten over voor (bepaalde aspecten van) het beleid van belang zijnde feiten en een van de partijen bewijs van haar stellingen door getuigen aanbiedt, dit aanbod ook zou moeten worden gehonoreerd. Daarmee zou immers onderzoek dat in de eerste plaats in de tweede fase van de enquêteprocedure (het onderzoek van enquêteurs) thuishoort, naar de eerste fase worden getrokken.⁸

*Mr. B. Winters
Mr. J.J. Kloosterman
De Brauw Blackstone Westbroek*

6. Zie A.I.M. van Mierlo, Burgerlijke Rechtsvordering Tekst & Commentaar, Deventer: Kluwer 2002, p. 473 (art. 283, aant. 3c) en E.L. Schaafsma-Beversluis in Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 283, aant. 3.

7. Zie r.o. 3.13, 3.30 en 3.31.

8. Vgl. R.M. Hermans, De voorfase van de enquêteprocedure, Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004, Deventer: Kluwer 2004, p. 266, laatste alinea. Zie over de al dan niet toepasselijkheid van het bewijsrecht in de tweede fase van de enquêteprocedure OK 9 januari 2004, NJ 2004, 168, en in de derde fase van de enquêteprocedure (betreffende de vraag of uit het verslag van de onderzoeker(s) van wanbeleid is gebleken en, eventueel, of er voorzieningen moeten worden getroffen) R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003, Deventer: Kluwer 2003, p. 119-122, nr. 3.