

‘Vissen’ naar het feitensubstraat voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen

*Mr. D. Slotema**

Inleiding

Civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders en/of commissarissen van rechtspersonen wordt niet snel aangewend. Het criterium van het ‘voldoende ernstig verwijt’ vormt in de jurisprudentie de maatstaf voor het aannemen van zowel interne als externe civielrechtelijke aansprakelijkheid.¹ Deze strenge maatstaf vormt een evidente drempel voor het succesvol aansprakelijk stellen van bestuurders en/of commissarissen. De bewijslast die samenhangt met het criterium van de ernstige verwijtbaarheid is vaak navenant groot. Bovendien rusten de bewijslast en het bewijsrisico altijd op de eisende procespartij. Doorgaans moet een complex feitensubstraat worden bewezen, met feiten die in onderlinge samenhang moeten worden gezien. Dat betekent dat het voor de eisende procespartij – de vennootschap zelf, een curator (zij het dat er nog discussie is over de vraag of de norm van de ernstige verwijtbaarheid kan worden vereenzelvigd met de norm van art. 2:138/248 BW) of aandeelhouders – essentieel is dat de relevante feiten kunnen worden verkregen en vastgesteld. Vaak slaagt de eisende procespartij hier echter niet in. Dat komt vooral doordat het civiele procesrecht in overwegende mate niet inquisitoir van karakter is.

Het enquêterecht biedt echter de mogelijkheid om toch te kunnen ‘vissen’ naar de feiten. In zijn beschikking van 10 januari 1990 gaf de Hoge Raad een overzicht van de doeleinden van het enquêterecht.² Daaronder vallen onder meer de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid ligt voor mogelijk wanbeleid. Met deze Ogem-beschikking werd een nieuwe impuls aan het enquêterecht gegeven. De vraag naar verantwoordelijkheid van individuele bestuurders voor wanbeleid werd in toenemende mate in enquêteprocedures aan de orde gesteld.³ Door deze beschikking werd in zekere mate het startsein gegeven voor de inquisitoire enquête. Daarmee kan een eisende procespartij met het

oog op een daaropvolgende civielrechtelijke schadevergoedingsactie veelal beter of meer bewijs verkrijgen dan binnen het civiele procesrecht mogelijk is.

In de ondernemingsrechtelijke procespraktijk wordt geregeld gebruikgemaakt van de inquisitoire enquête als instrument voor een *fishing expedition*. De huidige tendens geeft eveneens weer dat samenloop van de enquêteprocedure met de belangrijkste civielrechtelijke instrumenten niet wordt geschuwd. Een aardig voorbeeld van deze ontwikkelingen biedt de enquêteprocedure met betrekking tot het gefailleerde KPNQwest. Enkele noemenswaardige elementen uit deze procedure zullen de revue passeren. Vervolgens zal kort worden ingegaan op de samenloop van de enquêteprocedure met de verschillende civielrechtelijke mogelijkheden. Deze samenloop is veelal onderdeel van de processtrategie van de eisende procespartij. Ingegaan wordt op de vraag of daarmee geen misbruik wordt gemaakt van procesbevoegdheid. Tot slot wordt stilgestaan bij de vraag waar de grens van het pragmatisme van het Hof Amsterdam (OK) zou moeten liggen.

‘Vissen’ naar de feiten in een enquêteprocedure

De betekenis van de inquisitoire enquête

De inquisitoire enquête heeft als doel het bieden van opening van zaken en het vaststellen wie verantwoordelijk is voor het gevoerde wanbeleid.⁴ Sinds de Ogem-beschikking is geleidelijk in de rechtspraak genuanceerd wat de bewijsrechtelijke betekenis is van het oordeel van de OK dat er sprake is geweest van wanbeleid. De Hoge Raad legde in de Ogem-beschikking het oordeel van de OK aldus uit, dat de vaststelling dat er sprake is van wanbeleid voor partijen bindend is in andere procedures (behoudens cassatie van de betreffende OK-beschikking zelf). Daaronder vallen niet alleen verzoekers en verweerders, maar ook in de procedure verschenen personen, zoals bestuurders en commissarissen.⁵ De Hoge Raad leek te suggereren dat het feitencomplex dat ten grondslag ligt aan het wanbeleid even-

* Mr. D. Slotema is werkzaam als advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam.

1. Zie onder meer HR 20 juni 2009, NJ 2009, 260 (Willemsen Beheer c.s./NOM), HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240 (Holding Nutsbedrijf Westland), HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen) en HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).
2. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466, r.o. 4.1 (Ogem).
3. P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 6.

4. Asser/Macijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 729.

5. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466, r.o. 5 (Ogem).

eens bindend is in andere (aansprakelijkheids)procedures.⁶ Een belangrijk punt van kritiek op deze beschikking was dat te snel een (ongewenst) verband zou kunnen worden gelegd tussen wanbeleid en bestuurdersaansprakelijkheid.⁷ Dit verband is genuanceerd in een tweetal latere uitspraken. In de Skipper Club Charter-beschikking overwoog de Hoge Raad dat het oordeel van de OK juist was, dat de vaststelling van wanbeleid geen directe betekenis heeft voor de aansprakelijkheidsprocedure.⁸ Vervolgens werd in de Laurus-beschikking door de Hoge Raad gesteld dat de feiten zoals vastgesteld door de OK niet vaststaan in een aansprakelijkheidsprocedure, zelfs niet behoudens tegenbewijs. Wel kan de vaststelling van wanbeleid volgens de Hoge Raad onder omstandigheden in een aansprakelijkheidsprocedure bewijsrechtelijke betekenis hebben.⁹ Zijn de bestuurders en/of commissarissen verschenen in de enquêteprocedure, dan staat het oordeel dat er sprake is van wanbeleid ook in de aansprakelijkheidsprocedure op voorhand vast. Dit betekent echter niet dat aansprakelijkheid een *fait accompli* is. Het staat de civiele rechter vrij al dan niet bewezen te achten dat de aangesproken bestuurder of commissaris tegenover de rechtspersoon zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Zijn de bestuurders en/of commissarissen niet verschenen in de enquêteprocedure, dan zullen de bevindingen van de OK in beginsel geen betekenis hebben voor een aansprakelijkheidsprocedure.¹⁰

Samengevat kan de vaststelling dat de gezamenlijke bestuurders verantwoordelijk zijn voor gevoerd wanbeleid een belangrijke rol spelen in een aansprakelijkheidsprocedure. Door de OK vastgestelde feiten hebben dan wel geen formele kracht van gewijsde, het onderzoeksverslag kan een eisende procespartij wel degelijk ondersteunen bij het construeren van haar vordering tot aansprakelijkstelling. Bovendien kan de vaststelling van wanbeleid nog steeds bewijsrechtelijke betekenis hebben tegenover in de enquêteprocedure verschenen bestuurders en/of commissarissen. Wordt geen wanbeleid vastgesteld, dan kan een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon ex artikel 2:345 lid 1 BW desalniettemin bruikbare informatie opleveren voor een civiele aansprakelijkheidsprocedure.

KPNQwest

Een goed voorbeeld van een verzoek om een inquisitoire enquête biedt de zaak KPNQwest. KPNQwest, een joint venture van KPN en het Amerikaanse Qwest, failliede op 31 mei 2002. Een geruchtmakende zaak gezien het enorme boedeltekort van ruim 3 miljard US Dollar. Vermoedens van wanbeleid leidden tot een enquêteprocedure op instigatie van de VEB. Kort gezegd verzochten VEB c.s. om een enquêteprocedure bij KPNQwest N.V. en haar groepsmaatschappijen over

de periode van vlak voor haar beursgang tot en met de datum van faillissement.

Ten aanzien van het object van het onderzoek werd door VEB c.s. een verzoek gedaan aan de onderzoekers. Verzocht werd aandacht te besteden aan de handelwijze en verantwoordelijkheden van – onder anderen – de betrokken individuele commissarissen en (feitelijke) bestuurders. Op basis van de Text Lite-beschikking is dat geoorloofd. Uit die beschikking volgt dat een enquête zich kan uitstreken tot een onderzoek naar het functioneren van de personen die de rechtspersoon doen optreden.¹¹ Het is de OK die uiteindelijk de reikwijdte van het onderzoek bepaalt, al slagen de onderzoekers er in de praktijk in om een zwaar stempel op die reikwijdte te drukken.

De uiteindelijke beschikking van de Hoge Raad van 26 juni 2009 ten aanzien van KPNQwest biedt een mooi uitzicht op de stevige positie van de inquisitoire enquête in het ondernemingsrecht. Centraal in de beschikking van de Hoge Raad stond de vraag of de OK op terechte en voldoende gemotiveerde gronden een onderzoek kon bevelen naar het gefailleerde KPNQwest.¹² Een tweetal elementen is noemenswaardig.

Allereerst werd getracht de Hoge Raad terug te laten komen op de Ogem-beschikking. Gesteld werd dat een enquête niet kan worden bevolen met het (uitsluitende) doel opening van zaken te verkrijgen en/of vast te stellen bij wie de verantwoordelijkheid voor wanbeleid berust. De Hoge Raad liet zich hier toe niet verleiden.¹³ Dit is in lijn met de wetsgeschiedenis. De wetgever had aanvankelijk deze doelen voor ogen bij het ontstaan van de wettelijke regeling van het enquêterecht.¹⁴ De inquisitoire enquête geeft in bepaalde mate vorm aan de oorspronkelijke doelen van het enquêterecht. Dat is in het bijzonder het geval bij een faillissementsenquête. Sanering en herstel van de gezonde verhoudingen binnen de onderneming van de rechtspersoon zijn dan namelijk niet meer aan de orde. Advocaat-generaal Timmerman overwoog in zijn conclusie dat het verkrijgen van opening van zaken en het vaststellen van verantwoordelijkheid voor het beleid niet worden doorkruist door een faillissement.¹⁵ De Hoge Raad volgde Timmerman hierin.¹⁶ Is het voornaamste achterliggende motief van de verzoeker(s) *fact finding*, maar kunnen één of meer van de ‘Ogem-doeleinden’ gerealiseerd worden, dan strandt het enquêteverzoek niet noodzakelijkerwijs. Indien verzoeker(s) echter een hoofdzakelijk vermogensrechtelijk belang nastreven, terwijl het vennootschappelijk belang niet met een enquête wordt gediend, kan de OK het verzoek afwijzen.¹⁷

6. G.J.H. van der Sangen, Het enquêterecht als bron van nieuw ondernemingsrecht? (deel II), TvOB 2004, p. 90.

7. Asser/Macijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 442.

8. HR 4 april 2003, NJ 2003, 538, r.o. 3.4 (Skipper Club Charter).

9. HR 8 april 2005, NJ 2006, 443, r.o. 3.8 (Laurus).

10. Asser/Macijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 443.

11. HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671, r.o. 4.1.1 (Text Lite).

12. HR 26 juni 2009, JOR 2009, 192, 1.2 conclusie A-G Timmerman (KPNQwest).

13. HR 26 juni 2009, JOR 2009, 192, r.o. 3.2.2 (KPNQwest).

14. HR 26 juni 2009, JOR 2009, 192, 4.14 conclusie A-G Timmerman (KPNQwest), die verwijst naar Kamerstukken II 1969/70, 2908.

15. HR 26 juni 2009, JOR 2009, 192, 4.23 conclusie A-G Timmerman (KPNQwest).

16. HR 26 juni 2009, JOR 2009, 192, r.o. 3.3.3 (KPNQwest).

17. HR 18 november 2005, NJ 2006, 173 (Unilever).

Een kwestie inherent aan een verzoek tot enquête bij een failliete rechtspersoon betreft de financiering van het onderzoek. Uit artikel 2:350 lid 3 BW volgt dat de onderzochte vennootschap in beginsel de kosten van het onderzoek betaalt. In geval van faillissement van de rechtspersoon vormen de onderzoekskosten echter geen boedelschuld.¹⁸ Veelal zal een alternatieve wijze moeten worden gevonden om in de kosten van het onderzoek te kunnen voorzien. Zo ook in KPNQwest.¹⁹ VEB c.s. toonden zich in staat de kosten van het onderzoek te financieren. Ook Amerikaanse crediteuren bleken bereid een bijdrage te leveren voor de mogelijkheden van bewijsgraving in Nederland. Van belang is dat de Hoge Raad in KPNQwest oordeelde dat het de OK vrijstaat om te onderzoeken of er voldoende zekerheid bestaat over de beschikbaarheid van de benodigde financiering voor een mogelijke enquête. Is de conclusie dat geen reëel uitzicht bestaat op de benodigde financiële middelen, dan kan de OK besluiten het verzoek op die grond af te wijzen.²⁰ Het is derhalve van evident belang om als verzoeker tijdig aannemelijk te maken dat in de kosten van het onderzoek kan en zal worden voorzien. Overigens kunnen op grond van artikel 2:354 BW de kosten van het onderzoek op verzoek van de vennootschap geheel of gedeeltelijk worden verhaald op een bestuurder of commissaris. Vereist is daarvoor, samengevat, dat uit het verslag blijkt van een individuele, persoonlijke verwijtbaarheid.²¹ Het verzoek om kostenverhaal, alsmede de toewijzing daarvan komt echter zelden voor.²²

Samenloop met civielrechtelijke instrumenten: het gemak van het 'vissen'

Vaak vormt een inquisitoire enquête onderdeel van de processtrategie van de eisende partij in een schadevergoedingsactie. Zo ook bij KPNQwest. Behalve via een enquête trachtten VEB c.s. ook via de civiele rechter met een verzoek om een bevel tot voorlopig getuigenverhoor bewijs te vergaren. Het gerechtshof stelde in hoger beroep terecht vast dat de mogelijkheden tot het instellen van een enquête veel ruimer zijn dan de mogelijkheden tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor. Er bestaat een groot verschil tussen het toetsingskader van een verzoek tot enquête enerzijds en het toetsingskader van een verzoek tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor anderzijds. Als blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, kan de OK een onderzoek laten instellen naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon, al dan niet beperkt in de omvang of in het tijdvak. Daarentegen moet de verzoeker tot een voorlopig getuigenverhoor het feitelijke gebeuren waarover hij getuigen wil horen, zodanig omschrijven – indien mogelijk met tijd en plaats – dat de rechter kan toetsen of het verzoek toewijsbaar is. Verder moet voor de rechter voor wie het verhoor wordt

gehouden en voor de wederpartij met het oog op de te stellen vragen, voldoende duidelijk zijn op welk feitelijk gebeuren dit betrekking zal hebben.²³ Dat neemt niet weg dat een voorlopig getuigenverhoor een effectief middel kan zijn om bewijs te vergaren en inzage te geven in de bewijspositie van een eisende procespartij.

In de praktijk wordt eveneens vaak een poging gewaagd met een vordering tot afgifte, inzage of een uittreksel van bepaalde bescheiden op grond van de exhibitieplicht ex artikel 843a Rv. Maar de reikwijdte van ook dit artikel is beperkt, zoals blijkt uit de voorwaarden die worden gesteld. Dat is in lijn met de bedoeling van de wetgever, die expliciet *fishing expeditions* heeft willen voorkomen.²⁴ Ondanks het feit dat door de herziening van artikel 843a Rv in 2002 de mogelijkheid tot het opvragen van bepaalde bescheiden verbeterd is, blijkt het in de praktijk nog steeds moeilijk of onmogelijk inzicht in documenten te krijgen die in het bezit zijn van de wederpartij.²⁵ De inquisitoire enquête vormt dan ook veelal geen doel op zich, maar een middel tot het bewerkstelligen van een geslaagde claim tot aansprakelijkstelling. Geen panacee, maar een mogelijkheid om het vereiste bewijs voor de civiele procedure te vergaren. Het belang van een eisende procespartij ligt dan louter in het doen vaststellen van de feiten en het verkrijgen van bewijsstukken. Een opportunistische benadering, die zo nu en dan wordt gekwalificeerd als het 'oneigenlijk gebruik'²⁶ van het enquêterecht.

Dat de enquêteprocedure in het bijzonder geschikt is om de feiten te doen vaststellen, komt door de eigenschappen van de procedure. Ik noem er een aantal. Allereerst is de enquêteprocedure zo ingericht dat doelmatigheid, effectiviteit en snelheid gestimuleerd worden. Dat komt tot uiting doordat de OK het verzoek met 'de meeste spoed' behandelt, aldus artikel 2:349a lid 1 BW. Daarnaast is de OK de enige feitelijke instantie. Tegen een beschikking van de OK kan slechts cassatie worden ingesteld (art. 426 lid 1 Rv en art. 2:359 BW). In de tweede fase van de procedure (de vaststelling van wanbeleid) gelden afwijkende bewijsregels ten opzichte van de civiele dagvaardingsprocedure. Dit aangezien de enquêteprocedure zich door haar aard verzet tegen toepassing van dezelfde bewijsregels als in dagvaardingsprocedures. In de Laurus-beschikking besliste de Hoge Raad dat (voormalige) bestuurders of commissarissen in de tweede fase geen recht hebben op tegenbewijs ten aanzien van (voor hen) ongunstige bevindingen uit het onderzoeksverslag. Wel hebben zij de mogelijkheid om deze bevindingen te bestrijden.²⁷ Het bestrijden van bevindingen zonder recht op tegenbewijs klinkt echter paradoxaal en is feitelijk onmogelijk.²⁸ Voornamelijk in de onderzoeksfase zijn procedurele waarborgen van marginaal belang. Partijen zijn slechts

18. HR 24 juni 2005, JOR 2005, 174 (Decidewise).

19. Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2006, JOR 2006, 45, r.o. 2.7 (KPNQwest).

20. HR 26 juni 2009, JOR 2009, 192, r.o. 3.4.1 (KPNQwest).

21. Geerts 2004, p. 232.

22. Zie voor een toegewezen verzoek tot kostenverhaal bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 4 april 2006, JOR 2006, 210 (Dyna Music Systems) en Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2003, JOR 2003, 254 (Polyplus).

23. Hof Den Haag 22 mei 2008, JOR 2008, 223, r.o. 3 (KPNQwest).

24. J. Ekemans, De exhibitieplicht in kort bestek, Zutphen: Paris 2007, p. 25.

25. M. van Hooijdonk & P. Eijsvogel, Litigation in the Netherlands, Den Haag: Kluwer Law International 2009, p. 25.

26. Van der Sangen 2004, p. 89.

27. HR 8 april 2005, NJ 2006, 443, r.o. 3.9 (Laurus).

28. Asser/Maaijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 799.

in beperkte mate in staat om invloed uit te oefenen op de gang van zaken tijdens het onderzoek. Anders dan in het civiele proces wordt het onderzoek niet beheerst door het beginsel van partijautonomie. De OK stelt zich terughoudend op met het toestaan van inmenging van partijen in het onderzoek. Daardoor komt de onderzoeker een grote mate van vrijheid en flexibiliteit toe. De rechtvaardiging daarvan ligt vermoedelijk in de snelheid van de procedure, evenals in de veronderstelde expertise van de onderzoeker.²⁹ Hoewel de enquêteprocedure uniek en niet goed vergelijkbaar is met andere procedures, is de duur vergeleken met bijvoorbeeld contradictoire zaken bij de rechtbanken 'niet ongunstig'.³⁰ Van tijd tot tijd lopen met name omvangrijkere onderzoeken uit de hand. Een voorbeeld is de Fortis-enquête. Onderzoekers werden bij beschikking van 24 november 2008 benoemd en het onderzoek loopt anno 2010 nog steeds.

De enquêteprocedure is bovendien aantrekkelijk vanwege de ingebrachte expertise van de onderzoekers. Gezien de complexiteit van veel zaken is dat een belangrijk voordeel.³¹ Bedrijfseconomische, financiële, fiscale of branchegerichte expertise zorgt dat onderzoekers eerder de vinger op de zere plek leggen. Vervolgens geven de bevoegdheden toegekend aan de onderzoekers vorm aan het inquisitoire karakter van de enquêteprocedure. De bevoegdheden van de onderzoekers, evenals de daaraan gerelateerde verplichtingen van partijen en derden, zijn opgenomen in de artikelen 2:351-352a BW. De grote kracht van de enquêteprocedure is dat niet de processuele waarheid van partijen centraal staat, maar de volledige waarheid ten aanzien van het gevoerde beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. De enquête onderscheidt zich van het civiele proces doordat, binnen de grenzen zoals door de OK vastgesteld, een praktisch ongelimiteerd en diepgaand onderzoek wordt ingesteld.³² De aan hen toegekende bevoegdheden stellen de onderzoekers in staat bestuurders en/of commissarissen, maar ook andere betrokkenen, te horen. De bereidheid mee te werken blijkt in de praktijk veelal groot. Een reden daarvan zal zijn de bevoegdheid van de onderzoekers de OK te verzoeken één of meer personen onder ede te horen.³³ Daarnaast zal de schijn van gebrek aan bereidwilligheid voorkomen willen worden, aangezien dit de positie van betrokkenen kan schaden. Ook de werkwijze van de onderzoekers geeft uiting aan het inquisitoire karakter van het onderzoek. Vaak vangen

zij aan met een eerste inventarisatie van het beschikbare feitenmateriaal. Op grond daarvan wordt een lijst opgesteld met documenten die de onderzoekers willen zien. Daarbij valt te denken aan notulen van vergaderingen, stukken ter voorbereiding daarvan, notities van stafmedewerkers en intern e-mailverkeer. In deze stukken wordt veelal verwezen naar andere mogelijk relevante documenten, die dan eveneens worden opgevraagd. Het resultaat van deze werkwijze is dat onderzoekers veelal een uitgebreid feitencomplex vergaren.³⁴ De onderzoekers zullen – idealiter – de feiten vergaren die van belang zijn voor de juridische kwalificatie van het gevoerde beleid en de gang van zaken. In tegenstelling tot de civiele rechter worden de onderzoekers daartoe in staat gesteld ongeacht de vraag of partijen wensen dat deze informatie onderwerp van debat is. Dat biedt perspectief op een totaal ander resultaat dan wanneer de feiten selectief worden aangedragen door procespartijen. Hieraan kleeft ook een nadeel, want de regie ligt tijdens het onderzoek volledig bij de onderzoekers. Het zou naïef zijn om te beweren dat het onderzoek met het oog op de in te stellen aansprakelijkheidsclaim altijd de gewenste richting op gaat. Toch is de enquêteprocedure, in tegenstelling tot de civiele procedure, in belangrijke mate gericht op materiële waarheidsvinding.

Tot slot blijkt uit bijvoorbeeld KPNQwest dat een faillissementsenquête aanzienlijke kosten kan opleveren voor de verzoeker(s). Daar staat tegenover dat de procedure ook wel wordt gekenmerkt als 'kostenefficiënt'.³⁵ Het gebrek aan procedurele regels en de bevoegdheden, expertise en werkwijze van de onderzoekers maken dat de mogelijk aanzienlijke kosten efficiënt benut worden.

Misbruik van procesbevoegdheid?

Is het gebruik van de enquêteprocedure door een eisende procespartij om de feiten te verkrijgen geen misbruik van procesbevoegdheid? De sluiproute van de inquisitoire enquête wekt in ieder geval de schijn van opportunisme. Een procespartij staat immers eveneens de civiele procedure met de daarbij behorende mogelijkheden tot bewijsgaring ter beschikking. Gelet op de doelstellingen van de enquêteprocedure is deze niet bedoeld om te 'vissen' naar de feiten in de aanloop naar een aansprakelijkheidsprocedure. Doorslaggevend is echter dat het gebruik van de enquêteprocedure de procesefficiency in het civiele proces kan bevorderen. De OK ziet veelal dan ook geen reden voor niet-ontvankelijkheid indien het geschil al in een civiele procedure aan de orde is of wordt gesteld.³⁶ De OK wijst een verzoek tot enquête veelal toe, ondanks dat andere procedures voor de civiele rechter (zoals bijvoorbeeld een vor-

29. O.R. van Brunschot, De faillissementsenquête, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Deventer: Kluwer 2008, p. 246.

30. K. Cools e.a., *Het recht van enquête: een empirisch onderzoek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 42-43.

31. M.A. Verbrugh & L. Timmerman, *Het Nederlandse enquêterecht in een internationaliserend vennootschapsrecht, Ondernemingsrecht 2009*, p. 148.

32. J.H.M. Willems, *De enquêteprocedure: een efficiënte dienstmaagd*, in: A.F.J.A. Leijten e.a. (red.), *Conflicten rondom de rechtspersoon: voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 29 en 30 oktober 1999*, Deventer: Kluwer 2000, p. 34-37.

33. R.M. Hermans, *De voorfase van de enquêteprocedure*, in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 286.

34. R.M. Hermans, 'Discovery' door middel van een deskundigenbericht, in: P.J. van der Korst e.a. (red.), *Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 62.

35. Geerts 2004, p. 328.

36. B. Winters & P.N. Ploeger, *Kroniek enquêterecht*, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 21.

dering op grond van art. 843a Rv) aanhangig zijn.³⁷ De OK ziet dus geen belemmering in gelijktijdige civiele procedures. De civiele rechter stelt zich andersom veelal terughoudend op vanwege procesefficiency. Een vrij recent voorbeeld biedt een uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad, waarin de rechtbank de uitkomst van het door de OK gelaste onderzoek af wilde wachten wegens 'proceseconomische redenen'. De rechtbank wenste kennis te nemen van de beslissing van de OK of sprake was van wanbeleid van de vennootschap en wie daarvoor verantwoordelijk te stellen was.³⁸ Ook het door Stichting FortisEffect verzochte voorlopig getuigenverhoor naar aanleiding van de reddingsacties van de Staat bij Fortis zal pas plaatsvinden nadat het verslag van de enquête beschikbaar is. De rechtbank overwoog dat dit 'vanuit een proceseconomisch oogpunt noodzakelijk is' vanwege de aard van de raakvlakken met de door de OK bevolen enquête.³⁹

Het bevorderen van de procesefficiency vormt de rechtvaardiging van het gebruik door de eisende procespartij van de enquêteprocedure naast de civiele procedure. Een oordeel van de OK ten aanzien van de individuele verantwoordelijkheid van bestuurders en/of commissarissen voor mogelijk gebleken wanbeleid kan de procesgang in de civiele procedure bevorderen. Het is vooral de feitelijke vaststelling van de onbehoorlijke taakvervulling die de rechter en procespartijen veel tijd (en dus financiële middelen) kost. Daarbij past dus ook een pragmatische insteek van de civiele rechter indien er raakvlak met een door de OK al bevolen enquête.

De vraag is waar de grens moet liggen in de pragmatische houding van de OK ten aanzien van de inquisitoire faillissementsenquête. Enerzijds is het toe te juichen dat een eisende procespartij de feiten kan laten vaststellen en bewijs kan verkrijgen, daar waar het civiele procesrecht in onvoldoende mate in die mogelijkheid voorziet. Wanneer evident is dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, dan moet de mogelijkheid bestaan de onderste steen boven te halen. Dit geldt ook wanneer hier geen ander doel mee wordt gediend dan het verkrijgen van openheid van zaken en/of het vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid voor eventueel geconstateerd wanbeleid ligt. Dat daarmee eveneens feitelijk materiaal wordt vergaard dat een eisende procespartij kan ondersteunen in een civiele aansprakelijkheidsprocedure, doet daar in beginsel niet aan af. Een zuiver inquisitoire enquête valt namelijk ten gevolge van de KNPQwest-beschikking van de Hoge Raad binnen de doeleinden van het enquêterecht. Bovendien is de bewijsrechtelijke betekenis van de bevindingen van de OK, althans de gebondenheid daaraan in daaropvolgende civiele procedures, beperkt. Daardoor wordt in principe de processuele positie van de wederpartij in de daaropvolgende procedures niet te zeer benadeeld.

Anderzijds mag de laagdrempelige toegang tot de inquisitoire enquête mijns inziens niet faciliteren dat een procespartij dit middel gebruikt om op een al te opportunistische wijze een net uit te gooien om naderhand te bezien wat er zoal aan bewijs voorhanden is om zo de haalbaarheid van een mogelijke aansprakelijkheidsactie te peilen. De vereiste aanwezigheid van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen biedt niet per se de garantie dat de bevoegdheid niet wordt misbruikt om een *fishing expedition* te starten. Uitgangspunt moet zijn dat een inquisitoire enquête slechts geoorloofd is indien de feiten en omstandigheden van het concrete geval dat rechtvaardigen. Daarin ligt voor de OK de belangrijke taak om misbruik van het enquêterecht te voorkomen. Aansluitend bij de Unilever-beschikking geeft de Hoge Raad in KNPQwest in abstracto de grens aan. Bij de belangenafweging die de OK dient te maken, zullen, aldus de Hoge Raad, naast de doeleinden van het enquêterecht mede de bezwaren tegen een ruime toepassing van het middel van enquête moeten worden betrokken. Daarnaast zal de OK de aard van het tussen de verzoeker en de rechtspersoon bestaande geschil in aanmerking moeten nemen. De praktijk zal moeten uitwijzen hoe de OK nadere invulling in concreto zal geven aan deze norm. Daarnaast heeft de OK nog de mogelijkheid het gebied af te zetten waar naar de feiten gevist mag worden. Het is immers de OK die de reikwijdte van het onderzoek bepaalt – onder meer wanneer het gaat om het te onderzoeken tijdvak en de onderwerpen waarop de onderzoekers zich hebben te richten – en daarmee de lijnen uitzet. Deze afbakingsbevoegdheid zou door de OK ook kunnen worden ingezet om al te opportunistische *fishing expeditions* te voorkomen.

37. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 27 juni 2007, JOR 2007, 268 (Meepo).

38. Rb. Zwolle-Lelystad 4 februari 2009, JOR 2009, 216 (Meepo).

39. Rb. Amsterdam 17 september 2009, LJN BJ7905, r.o. 6.7.3 (FortisEffect/Staat).