

479. Aanpassing enquêterecht 2013: ervaringen uit de ondernemingsrechtpraktijk

MR. DRS. T.S. JANSEN EN MR. A. SPAARGAREN

Met de inwerkingtreding van de wet van 18 juni 2012¹ is het enquêterecht per 1 januari 2013 gewijzigd. Bij deze gelegenheid heeft de wetgever de kring van enquêtegerechtigden beperkt door de kapitaalseisen voor grote (beurs)vennootschappen te verscherpen en verruimd door de rechtspersoon als verzoeker te (her) introduceren. Ook heeft hij de uit HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 105 (DSM) voortvloeiende rechtsregels in art. 2:349a BW gecodificeerd en de raadsheer-commissaris in de onderzoeksfase geïntroduceerd. In deze bijdrage bespreken wij deze aanpassingen in het licht van de ondernemingsrechtpraktijk.

Aanpassing kapitaalvereisten voor grote vennootschappen

Art. 2:346 BW somt limitatief op wie bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek.² Tot 2013 kende de wetbepaling drie categorieën. Naast bepaalde leden van verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (sub a oud) en degenen aan wie bij statuten of overeenkomst de enquêtebevoegdheid was toegekend (sub c oud), was in sub b (oud) bepaald dat de bevoegdheid toekwam aan aandeelhouders in besloten- en naamloze vennootschappen die ten minste 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn van aandelen of certificaten met een minimale nominale waarde van € 225.000.

De wetgever meende dat de bestaande regeling onvoldoende garandeerde dat aandeelhouders en certificaathouders van grote vennootschappen een voldoende substantieel belang in de vennootschap vertegenwoordigden om een enquêteverzoek te rechtvaardigen.³ Een verscherping van de criteria (procentueel belang en marktwaaarde) was daarom vereist⁴ door de aan kapitaalverschaffers van grote vennootschappen te stellen eisen te verzwaren.⁵

Art. 2:346 BW is hierop aangepast door onderscheid te maken tussen vennootschappen met een geplaatst kapitaal van minder dan € 22,5 miljoen en vennootschappen met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen. Op de eerste categorie bleef de bestaande regeling van

10% van het geplaatste kapitaal of een nominale waarde van € 225.000 van toepassing (vgl. art. 2:346 lid 1 sub b BW). Voor de 'grote' vennootschappen zijn in het thans geldende art. 2:346 lid 1 sub c BW, tot op zekere hoogte willekeurige,⁶ nieuwe vereisten opgenomen. Enquêtebevoegdheid bij grote vennootschappen komt nu toe aan aandeelhouders en certificaathouders die: ten minste 1% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen en/of, in geval van een beursvennootschap, een beurswaarde van ten minste € 20 miljoen vertegenwoordigen volgens de slotkoers op de laatste handelsdag voor indiening van het verzoek.

Objectief beschouwd lijken de nieuwe vereisten van art. 2:346 lid 1 sub c BW niet de beoogde verzwarende met zich mee te brengen. Veel beursfondsen kennen immers een lage nominale waarde per aandeel van enkele (tientallen) eurocenten,⁷ terwijl de beurskoers van diezelfde fondsen tientallen euro's bedraagt.⁸ Gerekend met een nominale waarde van € 0,13 per aandeel en een beurskoers van € 32,⁹ vereiste het halen van de oude drempel van € 225.000 nominaal een belang van 1,7 miljoen aandelen, terwijl de nieuwe drempel van € 20 miljoen beurswaarde al wordt gehaald met een belang van 625.000 aandelen van hetzelfde fonds.

In de praktijk blijkt evenwel dat een aanzienlijk aantal beursvennootschappen een geplaatst kapitaal heeft van minder dan € 22,5 miljoen, al dan niet bewerkstelligd na de

¹ Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête (*Stb.* 2012, 274).

² HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 225 (De Vries Robbé).

³ Vgl. MvT op art. 2:346 BW, *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 27.

⁴ Vgl. *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 7.

⁵ Vgl. MvT op art. 2:346 BW, *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 27.

⁶ Vgl. MvT op art. 2:346 BW, *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 27.

⁷ Op het moment van publicatie kennen in elk geval 15 AEX fondsen een nominale waarde per aandeel tussen € 0,01 en € 0,50 met een gemiddelde van € 0,13. Het betreft: Aalberts Industries; AEGON; Ahold Delhaize; Altice; ASML HOLDING; Boskalis; ING; KPN; NN Group; Philips; Randstad; RELX; SBM; Vopak; en Wolters Kluwer.

⁸ De gemiddelde beurskoers op 16 augustus 2017 van de in de vorige voetnoot genoemde 15 beursfondsen bedroeg € 32,34.

⁹ Vgl. voetnoten 7 en 8.

wijziging van het enquêterecht per 1 januari 2013.¹⁰ Deze beursvennootschappen zijn dus niet ‘groot’ in de zin van art. 2:346 lid 1 sub c BW. De € 20 miljoen beurswaarde bevoegdheidseis mist derhalve toepassing.¹¹ Voor enquêtebevoegdheid van kapitaalverstrekkers van deze ‘kleine’ beursvennootschappen gelden derhalve (nog steeds) de vereisten van art. 2:346 lid 1 sub b BW: 10% van het geplaatste kapitaal of een nominale waarde van € 225.000. Gelet op de hiervoor benoemde lage nominale waarde per aandeel van enkele (tientallen) eurocenten en de normaliter vereiste omvangrijke investering om bij deze beursvennootschappen 10% van het geplaatste kapitaal te vertegenwoordigen, zijn deze grenzen nagenoeg onhaalbaar.

Aandeelhouders vertegenwoordigden onvoldoende substantieel belang voor enquête.

Ondertussen is het aantal verzoeken dat betrekking heeft op beursvennootschappen wel degelijk afgenomen. Uit het empirisch onderzoek van Cools/Kroeze uit 2009 volgt dat van de 503 enquêteverzoeken in de periode 1971-2007, 6% (31) beursgenoteerde vennootschappen betrof.¹² Voor zover ons bekend, had 4% (8) van de tussen 1 januari 2013 tot en met juli 2017 ingediende 193¹³ enquêteverzoeken betrekking op beursvennootschappen. De door de wetgever beoogde verzwaring is derhalve wel gerealiseerd. Naar het zich laat aanzien niet door de introductie van art. 2:346 lid 1 sub c BW, maar door de vermindering van het bij beursvennootschappen geplaatste kapitaal.

De Vries Robbé reparatiewetgeving: de rechtspersoon als verzoeker

Uit HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225 (De Vries Robbé) volgt dat de opsomming van enquêtegerechtigden in art. 2:346 BW een limitatieve is. Nu de te onderzoeken rechtspersoon daar tot 2013 niet was opgesomd, was deze dus niet bevoegd om zelf een enquête te verzoeken. Met dat oordeel kwam een staande praktijk tot stilstand. Vóór februari 2002 trad de rechtspersoon zelf namelijk regelmatig, in 9% van de gevallen,¹⁴ op als verzoekster. Uit deze

regelmaat leidde de wetgever af dat behoefte bestaat aan enquêtebevoegdheid van de rechtspersoon.¹⁵ Bijvoorbeeld om een patstelling binnen de aandeelhoudersvergadering te doorbreken waardoor wezenlijke besluitvorming wordt geblokkeerd. Of om een patstelling tussen bestuur en aandeelhoudersvergadering te doorbreken over het te voeren beleid,¹⁶ waaronder (internationaal) concernbeleid.¹⁷

Om weer in die behoefte te voorzien is de rechtspersoon zelf per 1 januari 2013 als enquêtebevoegd opgesomd in art. 2:346 sub d BW. Uit het aantal sindsdien door rechtspersonen zelf verzochte enquêtes volgt dat die behoefte reëel is, en dat die behoefte toeneemt. Voor zover wij konden nagaan is in de periode 1 januari 2013 tot en met juli 2017 namelijk 23 keer een enquête verzocht door de te onderzoeken rechtspersoon zelf. In de jaren 2013-2015 gebeurde dat een enkele keer per jaar. Maar het aantal verzoeken was in 2016 toegenomen tot dertien en in de eerste helft van 2017 werd al vijfmaal een enquêteverzoek door de rechtspersoon zelf ingediend.

Deze verzoeken betreffen typisch de door de wetgever beoogde kwesties als de (beoogde) doorbreking van impasses binnen de aandeelhoudersvergadering¹⁸ of tussen bestuur en aandeelhouder(s).¹⁹

Indiening van een verzoekschrift is een rechtshandeling die moet worden verricht door een daartoe bevoegde vertegenwoordiger van de rechtspersoon. Normaliter dus door het bestuur of een krachtens de statuten zelfstandig bevoegd bestuurder. Voor de situatie dat het bestuur of de zelfstandig bevoegd bestuurder(s) niet tot indiening kunnen of willen overgaan, heeft de wetgever in art. 2:345 BW een aantal bijzondere wettelijke vertegenwoordigers van de rechtspersoon aangewezen: de raad van commissarissen of een daarmee gelijkgesteld toezichthoudend orgaan (lid 2), of de curator in geval van faillissement van de rechtspersoon

10 Vgl. Q. Bonqaerts, ‘Ge(mis)plaatst kapitaal’, *Ondernemingsrecht* 2016/110; onderzoek wijst uit dat bij 1 van de 25 AEX-ondernemingen, 9 van 25 AMX-ondernemingen, 20 van de 25 ASX-ondernemingen en 57 van de 63 elders genoteerde Nederlandse vennootschappen het geplaatste kapitaal € 22,5 miljoen of minder bedraagt.

11 Vgl. Bonqaerts, t.a.p. die verdedigt dat de wetgever de € 20 miljoen beurswaarde grens voor alle beursvennootschappen wilde doen laten gelden.

12 Vgl. K. Cools, P.G.F.A. Geerts, M.J. Kroeze, A.C.W. Pijls, *Het recht van enquête. Een empirisch onderzoek*. Instituut voor Ondernemingsrecht 2009, p. 52.

13 Dit aantal betreft eerste fase beschikkingen en tweede fase beschikkingen. Als er in een enquêteprocedure meerdere beschikkingen zijn geweest, tellen deze beschikkingen niet afzonderlijk mee. Raadsheer-commissaris beschikkingen zijn ook niet meegeteld.

14 Vgl. Cools/Kroeze, pag. 58 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 14.

15 Vgl. *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 14.

16 Vgl. *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 14.

17 Omtrent (internationaal) concernbeleid stelt de wetgever onomwonden op pag. 16 van *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3: ‘Het bestuur van een concernvennootschap is gehouden om het eigen vennootschappelijk belang als toetssteen te hanteren en mag het concernbelang niet op voorhand de doorslag laten geven.’

18 Vgl. OK 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:289 (NOVO Exploitatie B.V.), waarin de Ondernemingskamer concludeerde dat er een impasse tussen de aandeelhouder is ontstaan en de onderneming verlamd is geraakt, en OK 11 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:583 (Prien Holding B.V.), waarin onevenwichtigheid en wantrouwen tussen twee aandeelhouders was ontstaan door de uitgifte van een extra aandeel.

19 Vgl. OK 6 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2836 (Cryo-Save Group N.V.), waarin aan de orde was of op een gelande BAaA gestemd kon worden over de benoeming en vervanging van bestuurders of dat moest worden gewacht tot na de afloop van de door het bestuur ingeroepen responstijd in de zin van de best practice bepalingen van de Corporate Governance Code, OK 26 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:678 (M&M Holding B.V.), waarin aangevoerd werd dat de opstelling van aandeelhouders de continuïteit van de onderneming zou bedreigen, en OK 3 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5119 (Bosal Nederland B.V.), waarin onder meer onmiddellijke voorzieningen waren verzocht met betrekking tot het voorgenomen ontslag van de bestuurder door de algemene vergadering van aandeelhouders.

(lid 3). Aan deze bijzondere bevoegdheid lijkt in de praktijk echter minder behoefte te bestaan. Sinds de invoering kennen wij één geval waarin daarvan gebruik is gemaakt. Dat betreft het door de enig commissaris van Eshuis Beheer B.V. ingediende verzoek.²⁰

Voor beursvennootschappen is de toegang tot het enquête-recht verzwaard, maar niet door art. 2:346 lid 1 sub c BW.

In de praktijk wordt de rechtspersoon vertegenwoordigd door één zelfstandig handelend bestuurder. En dat levert ontvankelijkheidsperikelen op. Bijvoorbeeld omdat die bestuurder na indiening wordt ontslagen, of doordat het verzoek door een andere bestuurder wordt ingetrokken. Bij ontslag na indiending lijkt een dergelijk verweer weinig zinvol omdat de Ondernemingskamer de bevoegdheid beoordeelt naar het moment van indiening.²¹ Daarbij is de Ondernemingskamer zelfs bereid om, als de omstandigheden daar aanleiding toe geven, voorbij te gaan aan het feit dat de verzoekende bestuurder krachtens de statuten überhaupt niet zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd was. Zo oordeelde de Ondernemingskamer in het verleden dat wanneer het enquêteverzoek het beleid van de andere bestuurder betreft in redelijkheid geen beroep kan worden gedaan op de statutaire bevoegdheidsbeperking.²²

De vraag hoe kansrijk intrekking van een bevoegd gedaan enquêteverzoek is, valt lastiger te beantwoorden. In de recente zaken waarin die vraag voorlag, heeft de Ondernemingskamer beantwoording ontweken met de motivering dat bij de bespreking van die vraag onvoldoende belang bestaat nu het verzoek überhaupt niet toewijsbaar was.²³ Naar analogie van HR 11 april 2014, *NJ* 2014, 296 (Slotervaart) menen wij dat de strekking van het enquêterecht met zich brengt dat een ontslagen bestuurder bevoegd is tot het indienen van een verzoek om een enquête in te stellen, mits zijn verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar dat ontslag en de verzoekende ex-bestuurder stelt dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij zijn ontslag. Nu een bestuurder zich in zijn handelen uitsluitend naar het belang van de vennootschap dient te richten, terwijl het aanvechten van zijn ontslag *prima facie* zijn eigen belang lijkt te dienen, ligt een uitgebreide motivering van de door hem te stellen gegronde redenen voor de hand. Maar als dan aan die (verzwaarde) stelplicht is voldaan, is de voormalig bestuurder ontvankelijk, net zoals voormalige aandeel-

houders (Slotervaart) en voormalige coöperatieleden dat zijn.²⁴ Wanneer de strekking van het enquêterecht onder die omstandigheden meebrengt dat een ontslagen bestuurder in zijn enquêteverzoek kan worden ontvangen, brengt diezelfde strekking van het enquêterecht met zich dat de latere intrekking van een door een zelfstandig bevoegd bestuurder ingediend enquêteverzoek niet afdoet aan de ontvankelijkheid daarvan.

Codificatie DSM: terughoudendheid en belangenafweging bij onmiddellijke voorzieningen

In 1994 heeft de wetgever in art. 2:349a BW de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer gecreëerd om in elke stand van het geding onmiddellijke voorzieningen te treffen. In de periode 1994-2007 is bij 74% (301) van de in totaal 407 enquêteverzoeken ten aanzien van vennootschappen tevens een verzoek om onmiddellijke voorzieningen gedaan. In 52% (156) van de gevallen werd dit verzoek toegewezen.²⁵ Met de eind 2007 door de Hoge Raad gewezen DSM-beschikking werd de Ondernemingskamer een terughoudender gebruik van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen opgedrongen. Van deze bevoegdheid kan slechts gebruik worden gemaakt, indien daartoe in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek voldoende zwaarwegende redenen bestaan.²⁶ De wetgever meende dat er aanleiding bestond om deze jurisprudentie te codificeren.²⁷ Om die reden is voormelde toets in art. 2:349a lid 2 BW opgenomen en bepaalt lid 3 van dat artikel sinds 2013 dat wanneer nog geen onderzoek is gelast, slechts plaats is voor onmiddellijke voorzieningen indien er naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen. De cijfers indiceren echter geen terughoudender gebruik van de bevoegdheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen. Vanaf 1 januari 2013 tot en met juli 2017 werd er voor zover ons bekend in 175 van de in totaal 193 enquêteverzoeken²⁸ tevens om onmiddellijke voorzieningen verzocht. Van die 175 verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen werd 65% (113) toegewezen.

De raadsheer-commissaris in de praktijk

In navolging van de Commissie vennootschapsrecht, achtte de wetgever het zinvol dat een raadsheer-commissaris toezicht houdt op het verloop van het onderzoek.²⁹ Voor het opnemen in de wet van een gedetailleerde regeling ten aanzien van de onderzoeksfase voelde hij niet, omdat het

20 OK 18 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:377.

21 Vgl. HR 8 juli 2011, «JOR» 2011/286 (EMBA), HR 30 maart 2012, *NJ* 2012, 423 (ASMI), OK 23 december 1983, *NJ* 1985, 383 (OGEM) en OK 18 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:377 (Perspectief).

22 Vgl. OK 3 april 1997, Hoffmann Beheer/Hoffmann Bedrijfsrecherche.

23 Vgl. OK 25 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1124 (Fondel Development B.V.) en OK 3 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5119 (Bosal Nederland B.V.).

24 Vgl. OK 3 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS: 2015:809 (DA).

25 Vgl. Cools/Kroeze, p. 27.

26 HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 105 (DSM), r.o. 3.6.

27 Vgl. MvT op art. 2:349a BW, *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 32.

28 Vgl. voetnoot 14.

29 Vgl. MvT op art. 2:350 BW, *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 25 en 37.

onderzoek toegesneden moet worden op de omstandigheden van het geval.³⁰ Om die reden bepaalt art. 2:350 lid 4 BW sinds 2013 dat de Ondernemingskamer, indien zij een onderzoek beveelt, bij die beschikking een raadsheer-commissaris benoemt uit de raadsheren die in de eerste fase van de enquêteprocedure het onderzoek hebben bevolen.³¹ De raadsheer-commissaris houdt toezicht op het verloop van het onderzoek en kan, op verlangen van de verzoekers, belanghebbenden en onderzoekers aanwijzingen geven over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd, indien de goede gang van zaken van het onderzoek dat vereist.

Wat die vereisten inhouden moet volgens de wetgever van geval tot geval worden beoordeeld, waarbij hij vooral aan de procedurele aspecten van het onderzoek dacht en niet aan de inhoudelijke. Bijvoorbeeld of een onderzoeker het beginsel van hoor en wederhoor voldoende in acht neemt, of een onderzochte bestuurder tijdens het verhoor mag worden bijgestaan door een advocaat, of een onderzochte partij (geluid/band)opnamen mag maken tijdens het verhoor en of een onderzochte partij voldoende tijd is geboden om commentaar op het conceptrapport te geven.³²

Raadsheer-commissaris beperkt vrijheid onderzoekers in taakvervulling niet snel.

De verwachting van de wetgever dat de raadsheer-commissaris in een groot aantal zaken geen actieve rol hoeft

te spelen omdat het onderzoek naar behoren loopt³³, is bewaarheid geworden. Sinds 2013 zijn er slechts negen beslissingen van een raadsheer-commissaris gepubliceerd, die overigens slechts vijf zaken betroffen: Xeikon;³⁴ ZED+;³⁵ Leaderland;³⁶ Nieuwendijk Monumenten;³⁷ en Dekker.³⁸ Wat bij bestudering van die beslissingen opvalt, is dat aanwijzingen vaak worden geweigerd met de motivering dat de vrijheid van onderzoekers in de uitvoering van de hen opgedragen taken en in de wijze van uitvoering en inrichting van het onderzoek als uitgangspunt heeft te gelden. De aangezochte raadsheer-commissaris ziet in de aan de verzochte aanwijzing ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden niet snel aanleiding om van dat uitgangspunt af te wijken, zo leren de eerste ervaringen. Dit is in lijn met de bedoeling van de wetgever, die immers vooral een rol van de raadsheer-commissaris zag bij de bewaking van de procedurele orde in het verloop van het onderzoek. In dat licht verbaast niet dat onderzoekers die een aanwijzing vragen ten behoeve van het onderzoek welwillend gehoor lijken te vinden.³⁹

Over de auteurs

Mr. Timo S. Jansen

Advocaat bij Lexence, Litigation

Mr. Anne Spaargaren

Advocaat bij Lexence, Litigation

30 Vgl. MvT op art. 2:350 BW, *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 25.

31 Vgl. MvT op art. 2:350 BW, *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 38.

32 Vgl. MvT op art. 2:350 BW, *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 38.

33 Vgl. MvT op art. 2:350 BW, *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 38.

34 OK 10 november 2014, «JOR» 2015/98, OK 23 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1499, OK 31 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1198 en OK 1 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3128.

35 OK 31 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1199 en OK 13 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2245.

36 OK 14 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:171.

37 OK 18 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2016:1038.

38 OK 31 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1277.

39 Overigens betrof dit telkens het enquêteonderzoek inzake Xeikon N.V., vgl. OK 23 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1499 en OK 31 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1198.