

## I.2 Kroniek enquêterecht 2020

---

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

I.2.1 Inleiding I.2.2 Kwantitatief overzicht I.2.3 Formeel enquêterecht I.2.4 Materieel enquêterecht: gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen, die een onderzoek daarnaar rechtvaardigen I.2.5 Materieel enquêterecht: wanbeleid en voorzieningen na wanbeleid I.2.6 Overig I.2.7 Afrondende opmerkingen

Voetnoten

[\[1\]](#)

Dirk-Jan Duynstee en Katelijne de Smet zijn advocaten bij Clifford Chance LLP in Amsterdam. Wij bedanken de Ondernemingskamer voor het ter beschikking stellen van het conceptjaarverslag 2020.

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.1

### I.2.1 Inleiding

---

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Deze kroniek van het enquêterecht ziet op uitspraken geweest in de periode van 1 januari tot en met 31 december 2020 (de kroniekperiode). Dit was een bijzonder jaar, waarin vanwege de coronamaatregelen tijdelijk geen mondelinge behandelingen konden plaatsvinden en daardoor langere behandeltermijnen golden.

De indeling van deze kroniek volgt grotendeels de opbouw die de afgelopen jaren gebruikelijk is geworden. In paragraaf 2 zal kort worden stilgestaan bij het kwantitatief overzicht. In paragraaf 3 wordt vervolgens de ontwikkeling van het formeel enquêterecht besproken. Paragraaf 4 en 5 richten zich op het materieel enquêterecht. Paragraaf 4 behandelt de eerste fase en paragraaf 5 de tweede fase. In paragraaf 6 wordt nog een opvallende uitspraak besproken, waarna in paragraaf 7 enkele afrondende opmerkingen worden gemaakt.

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.2

### I.2.2 Kwantitatief overzicht

---

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

I.2.2.1 Uitspraken Hoge Raad I.2.2.2 Beschikkingen OK

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.2.1

#### I.2.2.1 Uitspraken Hoge Raad

---

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Gedurende de kroniekperiode wees de Hoge Raad vijf uitspraken, waarin alle cassatieberoepen tegen de beschikkingen van de Ondernemingskamer werden verworpen.

Drie van de vijf uitspraken werden verworpen met toepassing van artikel 81 RO, dus zonder inhoudelijke motivering.<sup>[1]</sup> Wel was de uitspraak in de DEM-zaak<sup>[2]</sup> nog interessant. De Hoge Raad ging daar namelijk kort in op de vraag of het feit dat de enquêteprocedure reeds was beëindigd nog gevolgen had voor de ontvankelijkheid in cassatie, zoals verweerders hadden aangevoerd. Onder verwijzing naar de e-Traction- beschikking<sup>[3]</sup> oordeelde de Hoge Raad dat het eindigen van de enquêteprocedure niet had meegebracht dat verzoekers tot cassatie niet-ontvankelijk waren in hun tijdig ingestelde cassatieberoep van een beschikking die de OK in de loop van de enquêteprocedure had gegeven. Ook na beëindiging van de enquêteprocedure kon in cassatie worden onderzocht of een gedurende de enquêteprocedure gegeven beschikking van de OK moest worden vernietigd op de in artikel 79 RO bedoelde gronden, mits tegen die beschikking tijdig en op de juiste wijze cassatieberoep was ingesteld. In dat verband was niet van belang of de OK in haar beschikking al of niet een voorziening had getroffen met een blijvend gevolg.

---

De twee andere uitspraken waren in de SNS-zaak. In de ene uitspraak verduidelijkte de Hoge Raad de algemene maatstaf voor een concurrenquête,<sup>[4]</sup> terwijl in de andere zaak het (afgeleid) verschoningsrecht aan de orde kwam.<sup>[5]</sup> Deze twee uitspraken zullen hierna worden behandeld in paragrafen 3.6.1 en 3.8.2 respectievelijk.

Voetnoten

[\[1\]](#)

HR 3 april 2020, ARO 2020/84 en 85, JOR 2020/166 m.nt. M.W. Josephus Jitta, NJ 2021/103 m.nt. M.A. Verbrugh (SNS Reaal), HR 9 oktober 2020, ARO 2020/192, JOR 2021/1 m.nt. M.W. Josephus Jitta (DEM) en HR 11 december 2020, ARO 2021/14 (Delco).

[\[2\]](#)

HR 9 oktober 2020, ARO 2020/192, JOR 2021/1 m.nt. M.W. Josephus Jitta (DEM).

[\[3\]](#)

HR 23 maart 2012, ARO 2012/48, JOR 2012/141 m.nt. M.W. Josephus Jitta (e-Traction).

[\[4\]](#)

HR 3 april 2020, ARO 2020/84 en 85, JOR 2020/166 m.nt. M.W. Josephus Jitta, NJ 2021/103 m.nt. M.A. Verbrugh (SNS Reaal).

[\[5\]](#)

HR 3 april 2020, ARO 2020/86, NJ 2021/104, m.nt. M.A. Verbrugh, Ondernemingsrecht m.nt. M.W. Josephus Jitta (SNS Reaal).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.2.2

## I.2.2.2 Beschikkingen OK

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

I.2.2.2.1 Enquêteverzoeken I.2.2.2.2 Beschikkingen I.2.2.2.3 Verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen eerste fase I.2.2.2.4 Verzoeken tot het vaststellen van wanbeleid en het treffen van voorzieningen in de tweede fase I.2.2.2.5 Onmiddellijke en definitieve voorzieningen

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.2.2.1

### I.2.2.2.1 Enquêteverzoeken

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

In 2020 werden door de OK 113 enquêteverzoeken ontvangen.<sup>[1]</sup> Dat was een lichte daling ten opzichte van 2019, toen er 124 verzoeken binnenkwamen. Van de 113 verzoeken in 2020 hadden 103 verzoeken betrekking op de eerste fase van de enquêteprocedure.<sup>[2]</sup> Daarvan zagen 98 verzoeken op het gelasten van een enquête en/of op een verzoek tot onmiddellijke voorzieningen, 2 op een verzoek tot inzage in of mededeling uit het onderzoeksverslag en 1 op een verzoek tot aanwijzing of bevel van de rechter-commissaris.<sup>[3]</sup>

In 2020 werden 73 van de 103 verzoeken die betrekking hadden op de eerste fase door de OK ter zitting behandeld. In 19 gevallen werd het verzoek voor de zitting ingetrokken en in 11 gevallen tijdens of na de zitting.<sup>[4]</sup> In 14 gevallen werd de enquêteprocedure beëindigd na een minnelijke regeling.<sup>[5]</sup> In de tweede fase werden 10 verzoeken ontvangen, waarvan 2 verzoeken werden ingetrokken voor de zitting en 5 verzoeken werden behandeld ter zitting.<sup>[6]</sup>

Van de ingetrokken verzoeken in de eerste fase was de Another Label-zaak nog opvallend.<sup>[7]</sup> In die zaak hadden de twee aandeelhouders ter zitting een minnelijke regeling getroffen. Die regeling kwam erop neer dat de ene aandeelhouder een eerste recht van koop had op de aandelen van de andere aandeelhouder en, indien van dit recht geen gebruik zou worden gemaakt, de andere aandeelhouder de aandelen van eerstgenoemde aandeelhouder diende te kopen. Vervolgens hadden partijen hun oorspronkelijke verzoeken ingetrokken en de OK eenstemmig verzocht om een tijdelijk bestuurder te benoemen tot aan de datum van de aandelenoverdracht. De OK wees dit verzoek vervolgens toe en benoemde, bij wijze van onmiddellijke voorziening, een tijdelijk bestuurder naast de twee aandeelhouder-bestuurders. Het enkele verzoek tot intrekking had op zichzelf nog geen einde aan de enquêteprocedure gemaakt. De OK kon daarom ingevolge artikel 2:349a lid 2 BW nog steeds een onmiddellijke voorziening treffen.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 3.

[\[2\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 4a.

[\[3\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 4a.

[\[4\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 4b.

[\[5\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 4c.

[\[6\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 5b.

[\[7\]](#)

OK 11 maart 2020, ARO 2020/80 (*Another Label*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.2.2.2

## I.2.2.2 Beschikkingen

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

De OK wees tijdens de kroniekperiode in totaal 175 beschikkingen, waarvan 163 betrekking hadden op de eerste fase.[\[1\]](#) Van deze 163 beschikkingen waren 111 'overige beschikkingen', die onder meer betrekking hadden op aanwijzing van een onderzoeker of functionaris, verhoging of vaststelling van onderzoekskosten of terinzagelegging van het onderzoeksverslag.[\[2\]](#) In 37 van de 163 gevallen was sprake van een gehele of gedeeltelijke toewijzing van het verzoek tot enquête en/of onmiddellijke voorzieningen, in 11 gevallen werd het enquêteverzoek en het verzoek om onmiddellijke voorzieningen afgewezen, in 3 gevallen werd het verzoek om onmiddellijke voorzieningen afgewezen en in 1 geval werd – in een verzoek waar geen voorzieningen waren verzocht – de enquête afgewezen.[\[3\]](#)

De cijfers ten aanzien van de doorlooptijden lieten het volgende beeld zien. De tijd die is verstreken tussen de dag van indiening van het verzoek en de dag van de mondelinge behandeling in 2020 wordt daarbij aangeduid als de *behandelperiode*. In 2020 bedroeg de behandelperiode in de eerste fase gemiddeld 75 dagen, ten opzichte van 47 dagen in 2019 en 61 dagen in 2018.[\[4\]](#) De behandelperiode was dus behoorlijk toegenomen in 2020.

De tijd die is verstreken tussen de dag waarop de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden of arrest is gevraagd en de dag waarop de OK uitspraak heeft gedaan wordt aangeduid als de *beslisperiode*. De beslisperiode bedroeg in 2020 in de eerste fase gemiddeld 61 dagen, ten opzichte van 47 dagen in 2019 en 61 dagen in 2018.[\[5\]](#)

In het jaarverslag van de Ondernemingskamer over 2020 werd opgemerkt dat de langere behandeltermijnen het gevolg waren van de coronamaatregelen. Er konden tijdelijk geen mondelinge behandelingen plaatsvinden, zodat de reeds geplande mondelinge behandelingen werden uitgesteld.[\[6\]](#) Een aantal zaken werd geheel of gedeeltelijk digitaal (met behulp van audiovisuele middelen) mondeling behandeld. In het jaarverslag werd geconcludeerd dat, afgezien van digitale behandeling van een aantal zaken en de langere behandeltermijnen, de coronamaatregelen geen (meetbare) invloed hadden op de jaarcijfers.[\[7\]](#)

Voetnoten

[\[1\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 3.

[\[2\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 4c.

[\[3\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 4c.

[\[4\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 17.

[\[5\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 18.

[\[6\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, par. 1.1 en 3.9.2.

[\[7\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, par. 1.1.

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.2.2.3

### **I.2.2.2.3 Verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen eerste fase**

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

De OK wees in 2020 in de eerste fase 32 maal een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen toe.[\[1\]](#) Dit gebeurde 24 keer tegelijkertijd met de toewijzing van het enquêteverzoek.[\[2\]](#) In 8 gevallen werden alleen onmiddellijke voorzieningen getroffen.[\[3\]](#) In 14 gevallen werd een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen afgewezen, hetgeen in 11 gevallen tegelijkertijd met de afwijzing van het enquêteverzoek werd gedaan.[\[4\]](#) In 2 gevallen werd een verzoek om enquête toegewezen maar de daarbij verzochte onmiddellijke voorziening(en) afgewezen.[\[5\]](#)

Voetnoten

[\[1\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 4c.

[\[2\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 4c.

[\[3\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 4c.

[\[4\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 4c.

[\[5\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 4c.

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.2.2.4

### **I.2.2.2.4 Verzoeken tot het vaststellen van wanbeleid en het treffen van voorzieningen in de tweede fase**

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

In 2020 werden 10 tweede faseverzoeken ingediend.[\[1\]](#) In 2 gevallen werd het verzoek tot het vaststellen van wanbeleid voor de zitting ingetrokken[\[2\]](#) en in 2 gevallen werd de tweede fase beëindigd nadat een minnelijke regeling was getroffen.[\[3\]](#) Er werden 5 verzoeken behandeld ter zitting.[\[4\]](#)

In het kader van de tweede fase werden 12 beschikkingen gewezen.[\[5\]](#) In 2 gevallen werd wanbeleid toegewezen.[\[6\]](#) Er werd 4 keer een afzonderlijke beslissing genomen over voorzieningen.[\[7\]](#) In geen van de gevallen werd het verzoek tot het vaststellen van wanbeleid afgewezen.

De doorlooptijd wat betreft de behandelperiode in de tweede fase was in deze kroniekperiode gemiddeld 89 dagen, ten opzichte van 53 dagen in 2019 en 94 dagen in 2018.[\[8\]](#) De beslisperiode bedroeg in de tweede fase gemiddeld 192 dagen, ten opzichte van 105 dagen in 2019 en 197 dagen in 2018.[\[9\]](#) Ook hier zal dat de langere behandelperiode zijn beïnvloed door het feit dat mondelinge behandelingen moesten worden uitgesteld vanwege de coronamaatregelen.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 5a.

[\[2\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 5b.

[\[3\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 5c.

[\[4\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 5b.

[\[5\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 5c.

[\[6\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 5c.

[\[7\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 5c.

[\[8\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 17.

[\[9\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 18.

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.2.2.5

## 1.2.2.5 Onmiddellijke en definitieve voorzieningen

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Ten slotte de onmiddellijke en eindvoorzieningen in cijfers, welke in het jaarverslag samen zijn genomen. Door de OK werden in 2020 55 (onmiddellijke) voorzieningen getroffen, tegen 50 in 2019 en 53 in 2018. De meest getroffen voorziening was de benoeming van een tijdelijk bestuurder. Dit gebeurde 21 keer in 2020, [\[1\]](#) ten opzichte van 15 keer in 2019 en 22 keer in 2018. Op de tweede plaats stond het overdragen van aandelen ten titel van beheer en benoeming van een beheerder. Dit gebeurde in 2020 12 keer, [\[2\]](#) in 2019 11 keer en in 2018 12 keer. Andere in 2020 getroffen voorzieningen waren:

- schorsing bestuurder: 7; [\[3\]](#)
- benoeming commissaris of toezichthouder: 3; [\[4\]](#)
- wijziging statuten of overeenkomst: 6; [\[5\]](#)
- een verbod tot het verrichten van bepaalde handelingen: 3; [\[6\]](#)
- de vernietiging van een besluit: 2; [\[7\]](#) en
- de bepaling dat de tijdelijk bestuurder bevoegd zou zijn om gelden in *escrow* te storten ter bekostiging van verweer ter zake aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling: 1. [\[8\]](#)

Ten slotte waren er 2 gevallen waarbij de OK een verzoek toewees om, bij wijze van eindvoorziening in de tweede fase, een bestuurder te ontslaan. [\[9\]](#)

Voetnoten

[\[1\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 6. Zie: OK 6 januari 2019, ARO 2020/41 (*Gein*), OK 9 januari 2020, ARO 2020/45 (*RSW*), OK 30 januari 2020, ARO 2020/51 (*Uitzendbureau Bouma*), OK 3 februari 2020, ARO 2020/60 (*GHK Holding*), OK 12 februari 2020, ARO 2020/65 (*West Inn Groep*), OK 29 januari 2019, ARO 2020/75 (*Raboni O.G.*), OK 2 maart 2020, ARO 2020/76 (*Priogen Holding*), OK 11 maart 2020, ARO 2020/80 (*Another Label*), OK 13 mei 2020, ARO 2020/111 (*Buro ZP*), OK 25 mei 2020, ARO 2020/114 (*Wagenborg Bulk Terminal*), OK 25 mei 2020, ARO 2020/117 (*TRP PVE*), OK 28 mei 2020, ARO 2020/119 (*Socius*), OK 7 september 2020, ARO 2020/166 (*Dmarcian Europe*), OK 14 september 2020, ARO 2020/169 (*TAF Asset 11*), OK 17 september 2020, ARO 2020/171 (*Esparaza*), OK 21 september 2020, ARO 2020/173 (*Flevo Berry*), OK 27 oktober 2020, ARO 2020/193 (*Setay Beheer*), OK 2 november 2020, ARO 2021/1 (*Vrede Oord Holding*), OK 16 november 2020, ARO 2021/8 (*Investpharma*), OK 26 november 2020, ARO 2021/10 (*Spinnerij Oosterveld*), OK 30 november 2020, ARO 2021/13 (*PGH Autogroep*), OK 15 december 2020, ARO 2021/26 (*Multihulp*) en OK 2 december 2020, ARO 2021/33 (*Monitor Management*).

[\[2\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 6. Zie: OK 3 februari 2020, ARO 2020/60 (*GHK Holding*), OK 25 mei 2020, ARO 2020/117 (*TRP PVE*), OK 28 mei 2020, ARO 2020/119 (*Socius*), OK 22 juni 2020, ARO 2020/135 (*Monitor Management*), OK 7 september 2020, ARO 2020/166 (*Dmarcian Europe*), OK 14 september 2020, ARO 2020/169 (*TAF Asset 11*), OK 17 september 2020, ARO 2020/171 (*Esparaza*), OK 23 oktober 2020, ARO 2020/186 (*Landgoed Den Alerdinck*), OK 27 oktober 2020, ARO 2020/193 (*Setay Beheer*), OK 2 november 2020, ARO 2021/1 (*Vrede Oord Holding*), OK 16 november 2020, ARO 2021/8 (*Investpharma*) en OK 26 november 2020, ARO 2021/10 (*Spinnerij Oosterveld*).

[\[3\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 6. Zie: OK 3 februari 2020, ARO 2020/60 (*GHK Holding*), OK 25 mei 2020, ARO 2020/114 (*Wagenborg*

Bulk Terminal), OK 14 september 2020, ARO 2020/169 (TAF Asset 11), OK 17 september 2020, ARO 2020/171 (Esparaza), OK 2 november 2020, ARO 2021/1 (Vrede Oord Holding), OK 26 november 2020, ARO 2021/10 (Spinnerij Oosterveld) en OK 7 december 2020, ARO 2021/25 (Hotshots).

[\[4\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 6. Zie: OK 27 februari 2020, ARO 2020/68 (Fuelplants), OK 22 april 2020, ARO 2020/96 (Stichting Meander-Prokino) en OK 6 augustus 2020, ARO 2020/145 (Corpus International).

[\[5\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 6. Zie: OK 13 mei 2020, ARO 2020/111 (Buro ZP), OK 25 mei 2020, ARO 2020/114 (Wagenborg Bulk Terminal), OK 21 juli 2020 ARO 2020/122 (SKU), OK 23 oktober 2020, ARO 2020/186 (Landgoed Den Alderinck), OK 2 december 2020, ARO 2021/33 (Monitor Management) en OK 18 maart 2020, ARO 2020/81 (Vermeulen Food Group).

[\[6\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 6. Zie: OK 18 maart 2020, ARO 2020/81 (Vermeulen Food Group), OK 16 april 2020, ARO 2020/95 (Impromex), OK 29 mei 2020, ARO 2020/121 (Vermeulen Food Group) en OK 25 augustus 2020, ARO 2020/154 (Prien Holding).

[\[7\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 6. Zie: OK 22 juni 2020, ARO 2020/135 en 2 december 2020, ARO 2021/33 (beiden Monitor Management).

[\[8\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 6. Zie: OK 18 maart 2020, ARO 2020/81 (Vermeulen Food Group) en OK 24 april 2020, ARO 2020/97 (Kors).

[\[9\]](#)

Jaarverslag Ondernemingskamer 2020, Tabel 6. Zie: OK 27 oktober 2020, ARO 2020/193 (Setay Beheer) en OK 2 december 2020, ARO 2021/33 (Monitor Management).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3

## I.2.3 Formeel enquêterecht

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

I.2.3.1 Type rechtspersoon I.2.3.2 Type verzoeker I.2.3.3 Kenbaar maken bezwaren ex artikel 2:349 lid 1 BW I.2.3.4 Rechtsverwerking I.2.3.5 Vermogensrechtelijke geschillen I.2.3.6 Enquêtebevoegdheid I.2.3.7 Belanghebbenden I.2.3.8 Het onderzoek I.2.3.9 Onmiddellijke voorzieningen I.2.3.10 Tijdelijk benoemde functionarissen

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.1

### I.2.3.1 Type rechtspersoon

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Ook in deze kroniekperiode waren de meeste enquêteverzoeken gericht tegen kapitaalvenootschappen, en dan met name tegen BV's. Enkele verzoeken richtten zich (mede) tegen stichtingen. Hieronder bespreken wij enkele van die uitspraken.

In 2020 verzocht het bestuur van de Stichting Katholieke Universiteit ("SKU") te Nijmegen de OK om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van SKU en om diverse onmiddellijke voorzieningen te bevelen.<sup>[1]</sup> De Bisschoppenconferentie, een overlegorgaan van de Nederlandse (hulp)bisschoppen, was op grond van de statuten van SKU bevoegd om de leden van het bestuur van SKU te benoemen. Tussen het bestuur van SKU en de Bisschoppenconferentie was een geschil ontstaan over de wijze waarop de Bisschoppenconferentie deze bevoegdheid uitvoerde, en in het bijzonder over de mate waarin de Bisschoppenconferentie kerkelijke criteria liet meewegen bij de beoordeling van voorgedragen bestuurskandidaten. Anders dan de Bisschoppenconferentie bepleitte, was de OK bevoegd om van het verzoek kennis te nemen nu deze stichting geen kerkelijke rechtspersoon was in de zin van artikel 2:2 BW. Het handelen van de Bisschoppenconferentie als orgaan van SKU was in het kader van het enquêterecht dan ook gewoon onderworpen aan het oordeel van de OK, aldus de OK. De Bisschoppenconferentie diende zich als orgaan van SKU te richten naar het belang van SKU en de door haar in standgehouden ondernemingen. De OK overwoog dat voor zover de Bisschoppenconferentie slechts de door haar vereiste mate van katholiciteit van de door SKU voorgedragen bestuurskandidaten toetste, zij haar verantwoordelijkheid te beperkt opvatte. De benoemingsperikelen hadden ertoe geleid dat het bestuur van SKU uit minder leden bestond dan statutair voorgeschreven en drie van de zes bestuursleden noodgedwongen een derde termijn vervulden. Dit leverde een gegronde reden op om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. Daarnaast was een impasse ontstaan met betrekking tot de door SKU beoogde

herstructurering. Die impasse, en het als gevolg daarvan uitblijven van de door beide partijen nodig geachte herstructurering, was een gegronde reden om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. De OK beval een onderzoek. Verder bepaalde de OK, bij wijze van onmiddellijke voorziening, dat het bestuur van SKU, in afwijking van de statuten, exclusief bevoegd was tot benoeming en ontslag van bestuurders en tot benoeming van de voorzitter. Daarnaast was het bestuur, in afwijking van de statuten, bevoegd om (zonder goedkeuring van de Nederlandse Bisschoppenconferentie) te besluiten tot de herstructurering.

Bij de Stichting Meander-Prokino<sup>[2]</sup> was ook sprake van verstoorde verhoudingen, daar tussen leden van de raad van toezicht enerzijds en de bestuurder anderzijds. De stichting was actief op het terrein van kinderopvang en beheerde diverse internaten en gezinshuizen. De OK beval een enquêteonderzoek bij de stichting en benoemde, bij wijze van onmiddellijke voorziening en op gezamenlijk verzoek van partijen, een derde tot voorzitter van de raad van toezicht met een doorslaggevende stem. Het geschil was uiteindelijk opgelost door wijzigingen in de samenstelling van het bestuur en de raad van toezicht, zodat het onderzoek en de onmiddellijke voorzieningen later werden opgeheven.<sup>[3]</sup>

Ten slotte bevestigde de OK in de Dynasource-zaak<sup>[4]</sup> opnieuw dat de gang van zaken binnen een stichting administratiekantoor op zichzelf niet kon worden onderzocht omdat de bepalingen van afdeling 2 van titel 8 van boek 2 BW op een dergelijke stichting niet van toepassing waren. De OK overwoog dat – onder omstandigheden – de gang van zaken wel reden kon opleveren voor twijfel aan een juiste gang van zaken van de vennootschap, bijvoorbeeld indien de stichting administratiekantoor door een onjuiste interne gang van zaken haar stem als aandeelhouder in de algemene vergadering van de vennootschap niet op een correcte wijze kon laten gelden.<sup>[5]</sup> Daarvan was in dit geval geen sprake.

Voetnoten

[\[1\]](#)

OK 21 juli 2020, ARO 2020/122, *Ondernemingsrecht* 2020/144 m.nt. M.J. Uchelen van-Schipper, *JOR* 2020/281 m.nt. S.M. Bartman (SKU). Zie ook: H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het Ondernemingsrecht', *NJB* 2021/1216.

[\[2\]](#)

OK 22 april 2020, ARO 2020/96 (*Stichting Meander-Prokino*).

[\[3\]](#)

OK 2 oktober 2020, ARO 2020/196 (*Stichting Meander-Prokino*).

[\[4\]](#)

OK 30 maart 2020, ARO 2020/83 (*Dynasource*).

[\[5\]](#)

Zie ook: OK 23 oktober 2020, ARO 2020/186 (*Landgoed Den Alerdinck*), in welke zaak de OK van belang heeft gedacht dat de verstoorde verhoudingen tussen de certificaathouders mede hun weerslag hadden op het bestuur van de stichting administratiekantoor. Dit heeft er o.a. toe geleid dat een onderzoek werd bevolen bij de relevante vennootschap en alle door het administratiekantoor gehouden aandelen ten titel van beheer werden overgedragen.

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.2

### 1.2.3.2 Type verzoeker

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Ook in deze kroniekperiode trad in (veruit) de meeste gevallen een aandeelhouder als verzoekster op. Voor zover wij konden nagaan, kwam in negen gevallen het verzoek van een minderheidsaandeelhouder die, anders dan de meerderheidsaandeelhouder(s), niet (langer) vertegenwoordigd was in het bestuur. In zes van de negen gevallen beargumenteerden de minderheidsaandeelhouders succesvol dat de vennootschap haar zorgplicht van artikel 2:8 BW jegens hen had geschonden en werd het verzoek toegewezen.<sup>[1]</sup> In drie van de negen zaken werd een dergelijk verzoek afgewezen vanwege een belangenafweging (waarover later meer)<sup>[2]</sup> of omdat er niet van gegronde redenen was gebleken.<sup>[3]</sup>

Verder werd diverse malen een verzoek ingediend door (mede) de vennootschap zelf. We bespreken hieronder enkele uitspraken waar dat het geval was.

In de HNM-zaak<sup>[4]</sup> werd een verzoek gedaan door één van de aandeelhouders en de vennootschap gezamenlijk, daarbij vertegenwoordigd door dezelfde aandeelhouder-bestuurder. De OK stelde vast dat de vennootschap ontvankelijk was in haar verzoek. De aandeelhouder-bestuurder was als bestuurder van HNM zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd en kon dus een enquêteverzoek namens de vennootschap indienen. De OK voegde daaraan toe dat er geen bestuursbesluit aan

het verzoek ten grondslag hoefde te liggen omdat in dit geval juist de gebrekkige manier waarop het bestuur functioneerde een gegronde reden vormde om te twijfelen aan een juiste gang van zaken en een juist beleid van de onderneming.<sup>[5]</sup> Ten slotte merkte de OK nog op dat onder die omstandigheid een verzoek ook niet op instigatie van de andere bestuurder kon worden ingetrokken.<sup>[6]</sup>

In de Esparaza-zaak<sup>[7]</sup> kwam het verzoek van de meerderheidsaandeelhouder en twee bestuurders A. Anders dan bij HNM, waren deze bestuurders niet zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd. De vennootschap kon slechts worden vertegenwoordigd door een bestuurder A en bestuurder B gezamenlijk. Desalniettemin werd het verweer dat de vennootschap niet geldig was vertegenwoordigd (en dus niet-ontvankelijk) afgewezen. Aan het verzoek waren mede feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd waarbij ook bestuurder B (direct of indirect) betrokken was en ging het mede om handelingen van die bestuurder B zelf. Onder die omstandigheden was een beroep op de statutaire beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid en op eventuele andere (contractuele) *governance* bepalingen onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, aldus de OK. Deze bepalingen dienden in zoverre buiten toepassing te blijven. Als bestuurder B *de facto* steeds kon verhinderen dat een onderzoek naar (onder meer) zijn eigen rol en handelen kon plaatsvinden, werd volgens de OK te zeer afbreuk gedaan aan een effectieve werking van het enquêterecht.

Bij L2Fiber Rotterdam<sup>[8]</sup> werd het enquêteverzoek enkel door de vennootschap gedaan en niet (mede) door de betrokken aandeelhouders.<sup>[9]</sup> De vennootschap werd niet-ontvankelijk verklaard. De betrokken bestuurders waren op het moment van het indienen van het verzoek rechtsgeldig geschorst als uitvoerende bestuurders en dus niet langer bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen. De OK overwoog dat daarom niet-ontvankelijkheid het uitgangspunt was. Op dit uitgangspunt kon desalniettemin een uitzondering worden gemaakt indien de vennootschap in redelijkheid geen beroep kon doen op het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid omdat dit had geleid tot een onaanvaardbare doorkruising van een juiste werking van het enquêterecht. Daarvan was hier volgens de OK geen sprake. De geschorste uitvoerend bestuurders hadden nog aangevoerd dat de reden waarom zij waren geschorst een gegronde reden opleverde om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken. Zij beargumenteerden dat de niet-uitvoerend bestuurders met de schorsing met name hadden beoogd te verhinderen dat de uitvoerend bestuurders namens de vennootschap een enquêteverzoek zouden indienen. Ook dit standpunt werd door de OK niet gevolgd. Volgens de OK bleek uit de gang van zaken dat het besluit tot schorsing was genomen om te voorkomen dat de voortgang van een verkoopproces zou worden geblokkeerd. Daarbij merkte de OK ten slotte nog op dat de houdstervenootschap van de uitvoerende bestuurders als 20% aandeelhouder van L2Fiber ook zelf gerechtigd was om een enquêteverzoek in te dienen. De schorsing van de uitvoerende bestuurders had dit niet kunnen voorkomen. De vraag rijst dan of de uitkomst wellicht anders zou zijn geweest als deze houdstervenootschap (ook) zelf een enquêteverzoek zou hebben gedaan. In ieder geval lijkt aannemelijk dat ontvankelijkheid geen probleem zou zijn geweest.

Hangende een lopende enquêteprocedure was tweemaal een verzoek om aanvullende onmiddellijke voorzieningen gedaan door de vennootschap, daarbij vertegenwoordigd door de OK-bestuurder.<sup>[10]</sup> In de Delco-zaak werd een verzoek om een bevel dat de bestuurder van de vennootschap een getuigenverklaring zou afgeven in een procedure in Hong Kong afgewezen omdat een wettelijke basis voor een dergelijk bevel volgens de OK ontbrak.<sup>[11]</sup> Het verzoek om aanvullende onmiddellijke voorzieningen in de Vermeulen Food Group-zaak werd wel toegewezen. De OK bepaalde dat één van de bestuurder-aandeelhouders zich diende te onthouden van bepaalde handelingen en van elke uittaling die zou kunnen worden aangemerkt als bedreigend of lasterlijk jegens de OK-bestuurder.<sup>[12]</sup>

Ten slotte werden gedurende de kroniekperiode ook verzoeken gedaan door een pandhouder met stemrecht<sup>[13]</sup> en door een certificaathouder.<sup>[14]</sup>

#### Voetnoten

##### [1]

OK 9 januari 2020, ARO 2020/45 (*RSW Property*), OK 27 februari 2020, ARO 2020/68, JOR 2020/203 m.nt. P.L. Hezer (*Fuelplants*), OK 25 mei 2020, ARO 2020/114 (*Wagenborg Bulk Terminal*), OK 6 augustus 2020, ARO 2020/145 (*Corpus International*), OK 14 september 2020, ARO 2020/169 (*TAF Asset 11*) en OK 29 oktober 2020, ARO 2020/190 (*VMV*).

##### [2]

OK 11 mei 2020, ARO 2020/108 (*Baho*) en OK 27 november 2020, ARO 2021/12 (*HLO Energie*).

##### [3]

OK 18 augustus 2020, ARO 2020/148 (*DPA*), in welk geval de minderheidsaandeelhouder wel een minderheidsvertegenwoordiging had in het bestuur.

##### [4]

OK 20 augustus 2020, ARO 2020/149 (*HNM*).

##### [5]

Zie ook: OK 10 oktober 2019, ARO 2019/190 (*Charterhaven Oosterdok*).



[\[6\]](#)

Zie ook: OK 4 april 2017, ARO 2018/48 (*Bosal*).

[\[7\]](#)

OK 17 september 2020, ARO 2020/171 (*Esparaza*).

[\[8\]](#)

OK 5 november 2020, ARO 2021/3, JOR 2021/88 m.nt. N. Kreileman (*L2Fiber Rotterdam*).

[\[9\]](#)

De L2Fiber Rotterdam-zaak is overigens ook nog opvallend omdat het een *one tier board* betrof. In dat kader heeft de OK een aantal interessante overwegingen opgenomen over de rol van niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van de uitvoerende bestuurders in een *one tier board*. Zie: OK 5 november 2020, JOR 2021/88 m.nt. N. Kreileman (*L2Fiber Rotterdam*). In haar noot wijst Kreileman onder meer op het verschil tussen ingrijpen door een "reguliere" raad van commissarissen bij een bestuur en het ingrijpen door niet-uitvoerende bestuurders bij uitvoerende bestuurders. Zie in dat verband ook de noot van Duynstee onder OK 18 juli 2018, JOR 2018/303 m.nt. Duynstee (*Eneco*). Zie verder nog: N. Kreileman, *De niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board* (VDHI nr. 168), Deventer: Wolters Kluwer 2020, paragraaf V.7.2.3.

[\[10\]](#)

OK 8 januari 2020, ARO 2020/44 (*Delco*) en OK 29 mei 2020, ARO 2020/121, JOR 2020/204 m.nt. P.H.M. Broere (*Vermeulen Food Group*).

[\[11\]](#)

OK 8 januari 2020, ARO 2020/44 (*Delco*).

[\[12\]](#)

OK 29 mei 2020, ARO 2020/121, JOR 2020/204 m.nt. P.H.M. Broere (*Vermeulen Food Group*).

[\[13\]](#)

OK 14 april 2020, ARO 2020/93, JOR 2020/257 m.nt. F. Eikelboom (*Apotheek Schiemon*).

[\[14\]](#)

OK 21 september 2020, ARO 2020/173 (*Flevo Berry*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.3

### 1.2.3.3 Kenbaar maken bezwaren ex artikel 2:349 lid 1 BW

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Ook in de afgelopen kroniekperiode werd het verweer dat een verzoekster niet-ontvankelijk zou zijn omdat ze niet of niet tijdig een bezwarenbrief in de zin van artikel 2:349 lid 1 BW zou hebben gestuurd diverse keren afgewezen. In enkele zaken sneuvelde een dergelijk verweer omdat het slechts aan de rechtspersoon zelf toekomt (en niet aan belanghebbenden).<sup>[1]</sup>

Het ging er uiteindelijk om of het de vennootschap als verweerster voldoende duidelijk moet zijn geweest wat de bezwaren zijn. Dat was bij VMV bijvoorbeeld wel het geval zodat het verweer ook daar werd afgewezen.<sup>[2]</sup>

Bij Twycis had verzoekster wel een bezwarenbrief gestuurd, maar de vennootschap slechts een korte termijn gegeven om de bezwaren te onderzoeken en zo nodig maatregelen te treffen. De OK overwoog dat hoewel de termijn weliswaar zeer kort was (minder dan 24 uur), er niet was aangevoerd dat – en op welke wijze – de vennootschap door die korte termijn concreet in haar belangen was geschaad.

Het verweer werd dus regelmatig gevoerd, maar had zelden succes. Toch vonden wij één zaak waarin de OK een enquêteverzoek afwees omdat er zeer laat was geklaagd. Bij Digital Enterprises<sup>[3]</sup> stelde de OK vast dat de vennootschap niet in de gelegenheid was gesteld om de bezwaren tijdig naar behoren te onderzoeken. Volgens de OK kon de vennootschap zich in de enquêteprocedure pas in een laat stadium daartegen verweren, hetgeen tot een gebrekkig partijdebat had geleid. Vervolgens stelde de OK vast dat de vennootschap de aantijgingen voldoende gemotiveerd weersproken had zodat niet geoordeeld kon worden dat er gegronde redenen waren om aan een juist beleid te twijfelen. Het verzoek werd op basis daarvan afgewezen. Strikt genomen betrof dit dus geen ontvankelijkheidsverweer, maar illustreert de zaak wel dat de vraag of tijdig geklaagd is van belang kan zijn.

Voetnoten

[\[1\]](#)

OK 17 september 2020, ARO 2020/171 (*Esparaza*) en OK 27 november 2020, ARO 2021/12 (*HLO Energie*).

[\[2\]](#)

OK 28 oktober 2020, ARO 2020/190 (*VMV*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.4

## I.2.3.4 Rechtsverwerking

---

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

In twee zaken werd dit kroniekjaar tevergeefs een beroep gedaan op rechtsverwerking. Zowel bij de al eerder genoemde SKU-zaak<sup>[1]</sup> als in de Spinnerij Oosterveld-zaak<sup>[2]</sup> werd het verworpen. De OK verwees in beide zaken naar de Cordial-uitspraak<sup>[3]</sup> van de Hoge Raad die de vorige kroniekschrijvers reeds behandelden.<sup>[4]</sup>

In de SKU-uitspraak<sup>[5]</sup> stelde de OK vast er geen sprake was van bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de Bisschoppenconferentie het gerechtvaardigd vertrouwen was gewekt dat SKU geen enquêteverzoek zou doen of waardoor de positie van de Bisschoppenconferentie onredelijk verzaamd of benadeeld werd. Ook in de Spinnerij Oosterveld-uitspraak was volgens de OK geen sprake van rechtsverwerking.<sup>[6]</sup> Niet was gebleken dat verzoeksters de zaken op haar beloop heeft gelaten.

Deze uitkomsten waren niet heel verrassend. Een beroep op rechtsverwerking slaagt niet snel en kent een hoge drempel.<sup>[7]</sup>

Voetnoten

[\[1\]](#)

OK 21 juli 2020, ARO 2020/122, *Ondernemingsrecht* 2020/144 m.nt. M.J. Uchelen van-Schipper, *JOR* 2020/281 m.nt. S.M. Bartman (SKU).

[\[2\]](#)

OK 26 november 2020, ARO 2021/10 (*Spinnerij Oosterveld*).

[\[3\]](#)

HR 11 november 2016, ARO 2016/164, *NJ* 2019/395 m.nt. G. van Solinge, *JOR* 2019/125 m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Cordial*).

[\[4\]](#)

M.H.C. Sinninghe Damsté en B. Kemp, 'Kroniek enquêterecht 2019' in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2019-2020* (VDHI nr. 165), Deventer: Wolters Kluwer 2020, paragraaf 3.4.

[\[5\]](#)

OK 21 juli 2020, ARO 2020/122, *Ondernemingsrecht* 2020/144 m.nt. M.J. Uchelen van-Schipper, *JOR* 2020/281 m.nt. S.M. Bartman (SKU).

[\[6\]](#)

OK 26 november 2020, ARO 2021/10 (*Spinnerij Oosterveld*).

[\[7\]](#)

Zie bijvoorbeeld ook: OK 10 december 2019, ARO 2020/23, *JOR* 2020/144 m.nt. D.J.F.F.M. Duynstee, *Ondernemingsrecht* 2020/48 m.nt. H.L. Kaemingk (*Estro*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.5

## I.2.3.5 Vermogensrechtelijke geschillen

---

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

I.2.3.5.1 Geschillen van zuiver vermogensrechtelijke aard. I.2.3.5.2 Vermogensrechtelijke geschillen die toch gegronde redenen kunnen opleveren

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.5.1

### I.2.3.5.1 Geschillen van zuiver vermogensrechtelijke aard

---

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Een enquêteprocedure is niet bedoeld om zuiver vermogensrechtelijke geschillen te beslechten. Het afgelopen kroniekjaar was dit dan ook diverse malen een grond voor afwijzing van ingediende enquêteverzoeken.<sup>[1]</sup> We bespreken kort twee

opvallende uitspraken in dit kader.

In de Baho-beschikking<sup>[2]</sup> oordeelde de OK dat voor zover het geschil betrekking had op de vraag of verplichtingen uit een optieovereenkomst waren geschonden, het geschil vermogensrechtelijk van aard was en de OK op dat punt daarom onbevoegd was. Volgens de OK was wel gebleken van andere gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en gang van zaken bij Baho. Zo was verzoekster, in weerwil van haar kenbare bezwaren, niet om goedkeuring gevraagd met betrekking tot het besluit om bepaalde activiteiten te beëindigen. Daarnaast functioneerde de raad van commissarissen niet naar behoren. Toch strandde het verzoek uiteindelijk op een afweging van de belangen. Volgens de OK was het geschil in de kern vooral vermogensrechtelijk van aard en kon een onderzoek naar bepaalde formele aspecten niet wezenlijk bijdragen aan het herstel van gezonde verhoudingen. Daarnaast was volgens de OK niet gebleken dat het geschil feitelijk negatieve gevolgen had voor de ondernemingsactiviteiten van de vennootschap.

Bij Flevo Berry<sup>[3]</sup> zag één van de bezwaren op een geschil over de uitleg van bepaalde contractuele verplichtingen. De OK stelde vast dat dit specifieke punt een zuiver vermogensrechtelijke kwestie betrof en dus niet tot de competentie van de OK behoorde. De OK wees op andere punten het verzoek om een enquêteonderzoek wel toe en benoemde bij wijze van onmiddellijke voorziening een OK-bestuurder. Opvallend genoeg merkte de OK daarbij op dat de OK-bestuurder het mede tot zijn taak mocht rekenen te bezien of de vermogensrechtelijke geschillen opgelost konden worden.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Zie bijvoorbeeld: OK 4 februari 2020, ARO 2020/62 (*Digital Enterprises en SWI*) en OK 20 augustus 2020, ARO 2020/150 (*Grando*).

[\[2\]](#)

OK 11 mei 2020, ARO 2020/108 (*Baho*).

[\[3\]](#)

OK 21 september 2020, ARO 2020/173 (*Flevo Berry*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.5.2

### **1.2.3.5.2 Vermogensrechtelijke geschillen die toch gegronde redenen kunnen opleveren**

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Het verweer dat sprake was van een zuiver vermogensrechtelijk geschil slaagde afgelopen kroniekperiode diverse malen niet.<sup>[1]</sup> Ook de wens om uiteindelijk tot een splitsing of ontvlechting te komen, bleek nog niet te betekenen dat sprake was van een zuiver vermogensrechtelijk geschil, zo overwoog de OK dit kroniekjaar tweemaal.<sup>[2]</sup>

Het feit dat sprake was van een vermogensrechtelijk geschil sloot ontvankelijkheid voor de verzoeker niet per definitie uit. Dat bleek uit de al eerder genoemde Esparaza-beschikking.<sup>[3]</sup> Daar was eveneens (mede) sprake van een vermogensrechtelijk geschil, namelijk over de wijze waarop de minderheidsaandeelhouder haar belang in Esparaza zou hebben verkregen. De OK overwoog dat de aangevoerde bezwaren in ieder geval mede van vennootschappelijke aard waren zodat verzoekster wel ontvankelijk was in haar verzoek. Desalniettemin kon het bezwaar uiteindelijk niet tot een enquêteonderzoek leiden. De kwestie raakte namelijk (vooralsnog) niet aan het beleid en de gang van zaken van Esparaza zelf.

Onder omstandigheden kon een vermogensrechtelijk geschil dus toch een gegronde reden opleveren. Het beeld in de recente jurisprudentie was, kortweg, dat hiervan sprake kon zijn als het vermogensrechtelijke geschil ook gevolgen had voor de vennootschappelijk orde, het beleid en de gang van zaken van de vennootschap of het functioneren van de organen. Verder kon er toch sprake zijn van gegronde redenen als het vermogensrechtelijk geschil de onderneming ontwrichtte of de bedrijfsvoering verstoorde. We bespreken dit nader aan de hand van enkele uitspraken die afgelopen kroniekperiode werden gewezen.

Bij Corpus International<sup>[4]</sup> bestond tussen partijen verschil van mening over de vraag of op grond van de aandeelhouderovereenkomst bepaalde ontwikkelingskosten voor de internationale expansie van de groep al dan niet mochten worden doorbelast aan de vennootschap. Deze onzekerheid over de rechten en verplichtingen van Corpus International en haar vermogenspositie bleek in de weg te staan aan vaststelling van de jaarrekening en riep vragen op over de juistheid van eerdere jaarrekeningen. Daarom was er sprake van een geschil dat ook de vennootschappelijke orde trof en niet slechts van een vermogensrechtelijk geschil over de uitleg van de aandeelhoudersovereenkomst, aldus de OK.

In de Dmarcian Europe-zaak<sup>[5]</sup> ging het voornamelijk over de vraag aan wie bepaalde intellectuele eigendomsrechten van de ontwikkelde software (applicaties) toekwam. De vennootschap werkte samen met een andere vennootschap waarvan één van de aandeelhouders van Dmarcian Europe bestuurder was. De vraag was of beide vennootschappen gezamenlijk de intellectuele eigendomsrechten toekwam of dat de andere vennootschap een licentie diende te hebben. De OK stelde voorop dat voor de juridische beoordeling van dit vermogensrechtelijke geschil slechts de gewone burgerlijke rechter bevoegd was. Wel kon de OK constateren dat het geschil ontwrichtend was voor de onderneming van Dmarcian Europe; het ontwikkelen en verkopen van software was haar *core business* en de samenwerking met de andere vennootschap was daarvoor een noodzakelijke voorwaarde. De samenwerking bleek door partijen onvoldoende geregeld en er waren geen eenduidig vastgelegde afspraken voorhanden. Dit had als gevolg dat de samenwerking op het spel was komen te staan, hetgeen een serieuze belemmering vormde voor de bedrijfsvoering van Dmarcian Europe. Op basis hiervan beval de OK toch een onderzoek en diverse onmiddellijke voorzieningen.

In dezelfde lijn was ten slotte de VMV-uitspraak.<sup>[6]</sup> In die zaak hadden de vennootschap en de meerderheidsaandeelhouder tevergeefs betoogd dat de minderheidsaandeelhouder met haar verzoek slechts een zo hoog mogelijke prijs voor haar aandelen beoogde te verkrijgen en dat om die reden sprake was van een zuiver vermogensrechtelijk geschil. De OK stelde echter vast dat de bezwaren van de minderheidsaandeelhouder uitdrukkelijk ook zagen op het functioneren van de organen van de vennootschap en de wijze waarop daarbij met de belangen van haar als minderheidsaandeelhouder werd omgegaan. Van een zuiver vermogensrechtelijk geschil was daarom geen sprake.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Zie bijvoorbeeld: OK 14 april 2020, ARO 2020/93, JOR 2020/257 m.nt. F. Eikelboom (*Apotheek Schiemonde*), OK 2 september 2020, ARO 2020/164 (*Permanento*), OK 14 september 2020, ARO 2020/169 (*TAF Asset 11*), OK 29 oktober 2020, ARO 2020/191 (*Talking Results*) en OK 26 november 2020, ARO 2021/10 (*Spinnerij Oosterveld*), in welke zaken dit verweer niet slaagde en, volgens de OK, geen sprake was van een zuiver vermogensrechtelijk geschil.

[\[2\]](#)

OK 2 september 2020, ARO 2020/164 (*Permanento*) en OK 26 november 2020, ARO 2021/10 (*Spinnerij Oosterveld*).

[\[3\]](#)

OK 17 september 2020, ARO 2020/171 (*Esparaza*).

[\[4\]](#)

OK 6 augustus 2020, ARO 2020/145 (*Corpus International*).

[\[5\]](#)

OK 7 september 2020, ARO 2020/166 (*Dmarcian Europe*).

[\[6\]](#)

OK 29 oktober 2020, ARO 2020/190 (*VMV*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.6

### I.2.3.6 Enquêtebevoegdheid

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

I.2.3.6.1 Concernenquêtel.2.3.6.2 Economische gerechtigdheid

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.6.1

### I.2.3.6.1 Concernenquêtel

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

De vorige kroniekschrijvers signaleerden al dat de Hoge Raad in 2020 een beschikking<sup>[1]</sup> heeft gewezen over de maatstaf voor het toewijzen van een concernenquêtel.<sup>[2]</sup> Het betrof de concernenquêtel bij SNS Reaal en haar dochtermaatschappij SNS Bank. De Staat en Stichting Administratiekantoor Beheer Financiële Instellingen hadden cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van de OK omdat VEB c.s. niet bevoegd zouden zijn geweest een enquête te verzoeken ten aanzien van SNS Bank. De beschikking van de Hoge Raad bespreken wij hieronder. Vervolgens zullen wij kort ingaan op de uitspraken aangaande concernenquêtelverzoeken die zowel voor als na deze Hoge Raad uitspraak werden gewezen.

In de SNS Reaal-zaak verwees de Hoge Raad eerst nog eens naar de Landis-beschikking.<sup>[3]</sup> In die zaak ging het om de vraag of de aandeelhouders van de moedermaatschappij tevens bevoegd waren om een enquête te verzoeken bij bepaalde dochtermaatschappijen. Die vraag beantwoordde de Hoge Raad destijds bevestigend. In de economische en organisatorische verhouding tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen lag besloten dat binnen de dochtermaatschappijen geen sprake was van enig zelfstandig bestuursbeleid. Het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappijen raakten daarom de belangen van de aandeelhouders van de moedermaatschappij evenzeer en op gelijke wijze als de gang van zaken van de moedermaatschappij zelf.

In SNS Reaal merkte de Hoge Raad op dat zijn oordeel in Landis op dat specifieke geval was toegespitst en dat hij nog niet in algemene zin had geoordeeld over de vraag in welke omstandigheden een concernenquête mogelijk is. De Hoge Raad overwoog vervolgens dat voor het aannemen van de bevoegdheid om te verzoeken om een concernenquête kortweg de volgende twee eisen gelden. Ten eerste is vereist dat relevante rechtspersonen met elkaar zijn verbonden in een groep in de zin van artikel 2:24b BW. Ten tweede is vereist dat de moedermaatschappij het beleid of de gang van zaken van de dochtermaatschappij, ten aanzien van de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd, mede heeft bepaald.

Bij SNS Reaal stond vast dat zij en haar dochtermaatschappij SNS Bank met elkaar waren verbonden in een groep in de zin van artikel 2:24b BW. De OK had in haar beschikking tot uitgangspunt genomen dat SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van zelfstandig beleid. In dat oordeel lag volgens de Hoge Raad besloten dat SNS Reaal het beleid van SNS Bank mede had bepaald. In de beschikking van de OK lag bovendien besloten dat SNS Reaal in elk geval het beleid van SNS Bank ten aanzien van Property Finance mede had bepaald. Volgens de Hoge Raad had de OK daarom met juistheid geoordeeld dat VEB c.s. als (voormalig) aandeelhouders van SNS Reaal bevoegd waren tot het indienen van een enquêteverzoek, ook betreffende SNS Bank.

Voorafgaand aan deze uitspraak van de Hoge Raad had de OK in de kroniekperiode reeds drie verzoeken om een concernenquête behandeld en toegewezen. Bij GHK Holding<sup>[4]</sup> was sprake van een totale impasse in het bestuur en in de aandeelhoudersvergadering van GHK Holding, welke doorwerkte bij haar dochtervennootschap. De twee vennootschappen vormden een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding, aldus de OK. Ook het verzoek om een concernenquête bij West Inn Groep slaagde omdat aan de criteria voor het gelasten van een concernenquête was voldaan.<sup>[5]</sup> Ten slotte werd bij Priogen Holding<sup>[6]</sup> een concernenquête toegewezen, voor zover het de Nederlandse dochtervennootschap betrof. Voor zover het verzoek betrekking had op zes buitenlandse dochtervennootschappen was verzoekster niet-ontvankelijk.

In dit verband kan terzijde nog worden opgemerkt dat ook verzoeken om onmiddellijke voorzieningen bij buitenlandse rechtspersonen (opnieuw) niet toewijsbaar bleken. Zowel in de TRP-zaak<sup>[7]</sup> als in de Prien Holding-zaak<sup>[8]</sup> werd verzocht om onmiddellijke voorzieningen die zagen op het handelen van buitenlandse dochtervennootschappen naar Italiaans, respectievelijk Spaans recht. Verzoeksters waren in die verzoeken niet ontvankelijk nu de bepalingen van de enquêteregeling uitsluitend van toepassing waren op de in artikel 2:344 BW opgesomde, naar Nederlands recht opgerichte, rechtspersonen. De OK was niet bevoegd om in te grijpen in de vennootschappelijke verhoudingen binnen buitenlandse vennootschappen. Wel kon de OK bij het oordeel of er sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen omstandigheden betrekken die zich bij de buitenlandse dochtervennootschappen hadden voorgedaan. Blijkens de TRP-uitspraak kon de wijze waarop de Nederlandse vennootschap met haar belang in de buitenlandse dochtervennootschap was omgegaan wel onder het bereik van het Nederlandse enquêterecht vallen.<sup>[9]</sup> Vanwege een impasse in het bestuur van die Nederlandse vennootschap, had het bestuur geen controle meer over de gang van zaken bij haar Italiaanse dochtervennootschap. De OK beval, mede op grond hiervan, een onderzoek.

Na de beschikking van de Hoge Raad in de SNS-zaak, ontving de OK nog eens vijf verzoeken om een concernenquête. In drie van de vijf gevallen werd het verzoek om een concernenquête toegewezen.<sup>[10]</sup> Daarbij paste de OK in iedere zaak de maatstaf van SNS toe. De OK stelde telkens vast dat de rechtspersonen in een groep in de zin van artikel 2:24b BW met elkaar waren verbonden en dat de moedermaatschappij het beleid of de gang van zaken van de dochtermaatschappijen ten aanzien van de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag waren gelegd (mede) had bepaald. De omstandigheden die als gegronde redenen werden aangemerkt raakten daarnaast de onderneming als geheel en daarmee ook de dochtervennootschappen.<sup>[11]</sup>

Twee van de vijf verzoeken om een concernenquête werden afgewezen. In de ene zaak omdat het een vermogensrechtelijk geschil betrof waarbij geen sprake van een impasse was.<sup>[12]</sup> In de andere zaak was het verzoek om een concernenquête weliswaar ontvankelijk, en werd de SNS-maatstaf toegepast, maar is het verzoek uiteindelijk afgewezen omdat er geen gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid of de gang van zaken konden worden vastgesteld.<sup>[13]</sup>

Ten slotte werd in een tweede faseprocedure die zag op een concernenquête bij Setay Beheer en haar 100% dochtervennootschap wanbeleid vastgesteld.<sup>[14]</sup>

[1]

OK 3 april 2020, ARO 2020/84 en 85, JOR 2020/166 m.nt. M.W. Josephus Jitta, NJ 2021/103 m.nt. M.A. Verbrugh (SNS Reaal). Zie ook: H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het Ondernemingsrecht', NJB 2021/1216.

[2]

M.H.C. Sinnighe Damsté en B. Kemp, 'Kroniek enquêterecht 2019' in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2019-2020* (VDHI nr. 165), Deventer: Wolters Kluwer 2020, paragraaf 3.6.1.

[3]

HR 4 februari 2005, ARO 2005/27, NJ 2005/127 m.nt. J.M.M. Maeijer, *Ondernemingsrecht* 2005/80 m.nt. S.J. Spanjaard, JOR 2005/58 m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Landis*).

[4]

OK 3 februari 2020, ARO 2020/60 (*GHK Holding*).

[5]

OK 12 februari 2020, ARO 2020/65 (*West Inn Groep*).

[6]

OK 2 maart 2020, ARO 2020/76 (*Priogen Holding*).

[7]

OK 25 mei 2020, ARO 2020/117 (*TRP*).

[8]

OK 25 augustus 2020, ARO 2020/154 (*Prien Holding*).

[9]

OK 25 mei 2020, ARO 2020/117 (*TRP*).

[10]

OK 28 mei 2020, ARO 2020/119 (*Socius*), OK 31 augustus 2020, ARO 2020/151 (*Royal Care*) en OK 21 september 2020, ARO 2020/173 (*Flevo Berry*).

[11]

OK 28 mei 2020, ARO 2020/119 (*Socius*) en OK 31 augustus 2020, ARO 2020/151 (*Royal Care*).

[12]

OK 11 mei 2020, ARO 2020/108 (*Baho*).

[13]

OK 29 oktober 2020, ARO 2020/191 (*Talking Results*).

[14]

OK 27 oktober 2020, ARO 2020/193 (*Setay Beheer*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.6.2

## I.2.3.6.2 Economische gerechtigheid

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Dit kroniekjaar verklaarde de OK twee keer een verzoekster niet-ontvankelijk in haar enquêteverzoek omdat het, anders dan beargumenteerd, geen economisch gerechtigde betrof.<sup>[1]</sup>

In de Exodus-zaak<sup>[2]</sup> werd het verzoek gedaan door de STAK en de achterliggende certificaathouder van één van de (inmiddels failliete) aandeelhouders van Exodus. Op grond van artikel 2:346 BW kwam hun niet de bevoegdheid toe een verzoek in te dienen tot het instellen van een enquête bij Exodus en/of haar 100% dochtervennootschap. Kortweg hadden verzoeksters geen eigen economisch belang in Exodus en/of de dochtervennootschap dat op één lijn kon worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder (artikel 2:346 lid 1 aanhef en onder b BW).<sup>[3]</sup> Daarbij was met name van belang dat de aandeelhouder van Exodus niet uitsluitend ten behoeve van STAK en de certificaathouder de aandelen in Exodus beheerde, maar dat zij daarnaast ook zelf nog (ondernemings-)activiteiten verrichtte. De STAK en de achterliggende certificaathouder werden niet-ontvankelijk verklaard.

Bij JBNT<sup>[4]</sup> was de verzoekster niet-ontvankelijk omdat zij geen aandeelhouder van de relevante vennootschap was en ook niet langer kon worden gelijkgesteld met een houder van aandelen als bedoeld in artikel 2:346 BW. Eerder had de OK dat nog wel gedaan. Inmiddels was de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap van verzoekster partieel verdeeld en waren de aandelen in de vennootschap toegedeeld en geleverd aan de ex-echtgenoot van verzoekster. Sindsdien bevonden de

aandelen zich in dat privévermogen en was verzoekster geen verschaffer meer van risicodragend kapitaal met een eigen economisch belang meer, aldus de OK.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Zie meer over dit onderwerp in onder andere: *Asser/Maeijer Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/738, B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 2), Deventer: Kluwer 2013, p. 1601 e.v., S.M. Bartman, 'Grenzeloos enquêterecht', *AA* 2012, p. 379-384, G. Van Solinge, 'Nederlands enquêterecht in internationale concern verhoudingen: Bermuda Block of China Connection?', *TAO* 2012/3-4, p. 86 en G.P. Oosterhoff, *Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang. Synthetische belangen in aandelen en daaraan te verbinden vennootschapsrechtelijke rechten en verplichtingen* (VDHI nr. 144), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 7.3.2.

[\[2\]](#)

OK 25 september 2020, *ARO* 2020/175, *JOR* 2021/36 Ph.W. Schreurs (*Exodus*).

[\[3\]](#)

HR 29 maart 2013, *ARO* 2013/97, *NJ* 2013/304 m.nt. P. Schilfgaarde, *JOR* 2013/166 m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/466 m.nt. B.F. Assink (*Chinese Workers*).

[\[4\]](#)

OK 19 oktober 2020, *ARO* 2020/185 (*JBNT*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.7

## I.2.3.7 Belanghebbenden

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

In de kroniekperiode werden over het begrip 'belanghebbende' weinig opvallende beschikkingen gewezen.[\[1\]](#)

Wel bepaalde de OK in één zaak dat een beoogd investeerder die eerder een lening had verstrekt geen belanghebbende was.[\[2\]](#)

Verder is nog vermeldenswaardig dat drie belanghebbenden in de Marobel-zaak niet ontvankelijk waren in hun tegenverzoek omdat zij niet enquêteregchtigd waren. Wel mochten zij zich als belanghebbenden uitlaten over de aard, de omvang en de periode van het onderzoek alsmede om onmiddellijke voorzieningen verzoeken voor zover die voldoende samenhang vertoonden met het enquêteverzoek, aldus de OK.[\[3\]](#)

Voetnoten

[\[1\]](#)

Zie voor een recent artikel over dit onderwerp: M.W. Josephus Jitta, 'De belanghebbende in de enquêteprocedure, een eenzijdig verkend begrip', *Ondernemingsrecht* 2021/26.

[\[2\]](#)

OK 29 oktober 2020, *ARO* 2020/191 (*Talking Results*).

[\[3\]](#)

Zie ook: HR 30 maart 2007, *ARO* 2007/68, *JOR* 2007/138 m.nt. J.H. Jans (*ATR*), OK 4 juli 2016, *ARO* 2016/174, *JOR* 2016/299 m.nt. R.C. de Mol (*De Gelderhorst*) en HR 23 maart 2012, *ARO* 2012/48, *JOR* 2012/141 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*e-Traction*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.8

## I.2.3.8 Het onderzoek

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

I.2.3.8.1 Reikwijdte van het onderzoek. I.2.3.8.2 Positie en werkwijze onderzoeker. I.2.3.8.3 Terinzagelegging onderzoeksverslag en machtiging ex artikel 2:353 lid 3 BW. I.2.3.8.4 Raadsheer-commissaris. I.2.3.8.5 Artikel 16 lid 5 Rv

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.8.1

### I.2.3.8.1 Reikwijdte van het onderzoek

In de vorige kroniek is de Cordial-beschikking<sup>[1]</sup> van de Hoge Raad reeds uitvoerig besproken.<sup>[2]</sup> Uit die beschikking bleek hoe de reikwijdte van het onderzoek zich verhiel tot het oordeel dat sprake was van gegronde redenen. De Hoge Raad overwoog dat het onderzoek ook kon zien op andere bezwaren dan die ten grondslag waren gelegd aan het oordeel dat bleek van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, mits die andere bezwaren daarmee voldoende samenhang vertoonden.<sup>[3]</sup> In het afgelopen kroniekjaar ging de OK een enkele keer in op die 'voldoende samenhang'.

Zo overwoog de OK in de Priogen Holding-beschikking<sup>[4]</sup> dat het de onderzoeker vrij stond om zo nodig ook bepaalde andere gronden in zijn onderzoek te betrekken die voldoende samenhang vertoonden met de gegronde bevonden redenen voor twijfel. Een vergelijkbare overweging stond in de Investpharma-beschikking.<sup>[5]</sup> Ook daarin merkte de OK op dat het de onderzoeker vrij stond ook feiten en omstandigheden te betrekken van voor de te onderzoeken periode indien die licht konden werpen op de ontstane impasse of daarmee anderszins voldoende samenhang vertoonden.

In de Kors-zaak<sup>[6]</sup> was reeds een enquêteonderzoek gelast, maar vroegen belanghebbenden de OK later om een bepaald onderwerp (het proces rondom de verkoop van de onderneming) in het onderzoek te betrekken. De OK wees dit verzoek af onder verwijzing naar de Cordial-uitspraak. Volgens de OK bestond tussen de redenen die ten grondslag lagen aan het gelasten van een enquêteonderzoek enerzijds en de verkoop van de dochtervennootschappen anderzijds onvoldoende samenhang. Het verzoek kon overigens niet als zelfstandig enquêteverzoek worden opgevat omdat een toelichting dat er gegronde redenen waren ontbrak, aldus de OK.

In de Prien Holding-zaak wendde de onderzoeker zichzelf tot de raadsheer- commissaris en verzocht deze bij wijze van aanwijzing om een bepaald punt in het onderzoek te mogen betrekken.<sup>[7]</sup> Volgens de raadsheer-commissaris vormde het door de onderzoeker opgebrachte punt in ieder geval geen zelfstandig onderwerp van de beperkte onderzoeksopdracht. Het punt kon alleen onderzocht worden voor zover daarmee duidelijkheid kon worden verkregen over het onderwerp dat wel aan de onderzoeksopdracht ten grondslag lag. Blijkens de uitspraak was die beoordeling echter aan de onderzoeker. Het was niet aan de raadsheer-commissaris om de door de OK gegeven opdracht nader in te vullen, uit te breiden of toe te lichten. Het verzoek van de onderzoeker om een aanwijzing werd daarom afgewezen. Niet is uitgesloten dat de onderzoeker deze poging heeft gedaan met het oog op zijn eigen aansprakelijkheidspositie. Bij Prien Holding bleken bepaalde aandeelhouders niet terug te deinzen voor bedreigingen en aansprakelijkstellingen van OK-functionarissen (waarover meer in paragrafen 3.9 en 3.10).

Een enkele keer was de mogelijke reikwijdte van het onderzoek al onderwerp van debat geweest bij de behandeling van het enquêteverzoek. Als gevolg daarvan had de OK bijvoorbeeld in de PGH Autogroep-beschikking<sup>[8]</sup> reeds uiteengezet welke vragen in een onderzoek onder meer aan de orde konden komen.

Ten slotte verdient hier nog opmerking dat de OK afgelopen kroniekjaar ook een keer de reikwijdte van een onderzoek beperkte. De onderneming was inmiddels verkocht en de vennootschap had beperkte financiële middelen.<sup>[9]</sup>

#### Voetnoten

<sup>[1]</sup>

HR 8 maart 2019, ARO 2019/93, NJ 2019/395 m.nt. G. van Solinge, JOR 2019/125 m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Cordia*).

<sup>[2]</sup>

M.H.C. Sinnighe Damsté en B. Kemp, 'Kroniek enquêterecht 2019' in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2019-2020* (VDHI nr. 165), Deventer: Wolters Kluwer 2020, paragraaf 3.3.

<sup>[3]</sup>

Zie ook: Artikel 2.3 van de Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures van 9 juli 2019.

<sup>[4]</sup>

OK 2 maart 2020, ARO 2020/76 (*Priogen Holding*).

<sup>[5]</sup>

OK 16 november 2020, ARO 2021/8 (*Investpharma*).

<sup>[6]</sup>

OK 24 april 2020, ARO 2020/97 (*Kors*).

<sup>[7]</sup>

OK 22 juli 2020, ARO 2020/153 (*Prien Holding*).

<sup>[8]</sup>

OK 30 november 2020, ARO 2021/13 (*PGH Autogroep*).



## I.2.3.8.2 Positie en werkwijze onderzoeker

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

In deze kroniekperiode wees de Hoge Raad in de SNS-zaak ook een interessante beschikking over de vraag of de onderzochte rechtspersoon een beroep kon doen op een (afgeleid) verschoningsrecht.<sup>[1]</sup> In die zaak hadden de enquêteonderzoekers bij het plan van aanpak een bijlage gevoegd met een lijst van 45 (categorieën van) documenten die zij aangeleverd wilden krijgen. SNS Reaal c.s. hadden echter geweigerd om inzage te geven in informatie die was uitgewisseld met een advocaat of notaris en was opgenomen in notulen, bestuursbesluiten en correspondentie. Dit omdat hun, naar eigen zeggen, een beroep toekwam op een van advocaten en notarissen afgeleid verschoningsrecht. De onderzoekers hadden zich vervolgens tot de raadsheer-commissaris gewend en verzocht om te bepalen dat SNS Reaal c.s. zich niet konden beroepen op een (afgeleid) verschoningsrecht. De raadsheer-commissaris had daarop SNS Reaal c.s. een bevel gegeven om alle documenten te verstrekken en daarbij gemotiveerd opgave te doen van de passages ten aanzien waarvan zij een beroep deden op een afgeleid verschoningsrecht. De onderzoekers werd verboden om in hun onderzoek gebruik te maken van de informatie ten aanzien waarvan SNS Reaal c.s. zich op een afgeleid verschoningsrecht hadden beroepen, tenzij de raadsheer-commissaris op verzoek van de onderzoekers SNS Reaal c.s. had bevolen die informatie aan de onderzoekers te verstrekken. De onderzoekers gingen vervolgens in cassatie, kortweg, omdat zij vonden dat SNS Reaal c.s. zonder voorbehoud inzage aan de onderzoekers hadden moeten geven in alle stukken die de onderzoekers nodig achtten voor het uitvoeren van het bevolen onderzoek.

De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep en overwoog daarbij onder meer als volgt:<sup>[2]</sup>

*“3.3.1 Hoewel de rechtspersoon zelf zich niet op een afgeleid verschoningsrecht kan beroepen, kan hij niettemin een gerechtvaardigd belang hebben om te weigeren mee te werken aan het onderzoek, voor zover door de onderzoekers inzage wordt verlangd in informatie die hij met zijn advocaat of notaris in diens hoedanigheid heeft uitgewisseld, en waarvan de raadpleging of verstrekking niet kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat, gelet op de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon enerzijds en zijn advocaat of notaris anderzijds, verborgen dient te blijven. Het belang dat een ieder de vrijheid heeft om een vertrouwenspersoon te raadplegen zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan die vertrouwenspersoon in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, zou immers onaanvaardbaar worden geschaad indien degene die een geheimhouder wil raadplegen, niet vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking zou kunnen vastleggen en bewaren hetgeen hij zelf aan de geheimhouder heeft toevertrouwd en hetgeen de geheimhouder hem heeft meegedeeld.*

*3.3.2 De vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie kan voor de rechtspersoon dan ook een gegronde reden opleveren om in zoverre niet te voldoen aan zijn plicht om inzage te geven in alle stukken die de onderzoekers nodig achten voor het uitvoeren van het onderzoek. Gelet op het hiervoor in 3.3.1 genoemde belang, kan de rechtspersoon zich ook op de vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie beroepen, indien de advocaat of notaris zich ter zake van deze informatie niet op een verschoningsrecht beroept.”*

De Hoge Raad overwoog vervolgens dat de rechtspersoon onder omstandigheden de onderzoekers inzage mocht weigeren in met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie, ook indien de advocaat of notaris zich ter zake van deze informatie niet op een verschoningsrecht had beroepen. Wel moesten de onderzoekers in de gelegenheid zijn om dit te laten toetsen. In een dergelijk geval kon de raadsheer-commissaris, in het kader van een eventueel te geven aanwijzing (artikel 2:350 lid 4 BW) of bevel (artikel 2:352 lid 1 BW), beoordelen of de vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie voor de rechtspersoon een voldoende gewichtige reden opleverde om niet te voldoen aan de plicht om mee te werken aan het onderzoek. Van een dergelijke gewichtige reden was volgens de Hoge Raad in beginsel sprake indien het ging om informatie waarvan de raadpleging of verstrekking niet kon geschieden zonder dat geopenbaard werd wat, gelet op de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon en zijn advocaat of notaris, verborgen diende te blijven.

Voetnoten

[\[1\]](#)

HR 4 april 2020, ARO 2020/86, NJ 2021/104, m.nt. M.A. Verbrugh. *Ondernemingsrecht* m.nt. M.W. Josephus Jitta (SNS Reaal).

[\[2\]](#)

De Hoge Raad herhaalde in de SNS-beschikking eerst nog de algemene regels betreffende het verschoningsrecht voor advocaten en notarissen, zoals afkomstig uit HR 1 maart 1985, m.nt. W.L. Haardt, NJ 1986/173 (*Notaris Maas*).

### 1.2.3.8.3 Terinzagelegging onderzoeksverslag en machtiging ex artikel 2:353 lid 3 BW

---

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

In de afgelopen kroniekperiode werden alle machtigingsverzoeken – na een belangenafweging – toegewezen.<sup>[1]</sup> Daarbij was bijvoorbeeld relevant in hoeverre het belang om feiten en omstandigheden uit onderzoeksverslag in een civiele procedure te gebruiken in het verlengde lag van de doeleinden van het enquêterecht, in het bijzonder herstel van gezonde verhoudingen<sup>[2]</sup> of het verkrijgen van opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berustte voor mogelijk blijvend wanbeleid.<sup>[3]</sup> Verder kon van belang zijn of toewijzing van het verzoek al dan niet kon leiden tot verspreiding van het onderzoeksverslag buiten de kring van personen die uit hoofde van hun betrokkenheid bij de enquêteprocedure reeds bekend waren met het onderzoeksverslag.<sup>[4]</sup>

Opvallend was nog dat in de enquêteprocedure aangaande Priogen Holding<sup>[5]</sup> machtiging werd verleend om mededelingen te doen uit het *concept* onderzoeksverslag. De vennootschap had de OK verzocht om diverse personen die door de onderzoeker waren gehoord (waaronder de aandeelhouders, de bestuurders van de aandeelhouders, alsmede de OK-bestuurder) te machtigen om in gesprekken met en in schriftelijke stukken gericht aan – uitsluitend – de andere ontvangers mededelingen te doen over de inhoud van het conceptonderzoeksverslag. De OK wees dit verzoek toe.

Voetnoten

[\[1\]](#)

OK 13 januari 2020, ARO 2020/54 (*Schoenaker Holding*), OK 13 januari 2020, ARO 2020/55 (*Monitus Holding*), OK 14 april 2020, ARO 2020/103 (*MKA*), OK 9 juni 2020, ARO 2020/132 (*Staphorst Ontwikkeling*), OK 22 juli 2020, ARO 2020/156 (*L'Étoile Netherlands*) en OK 13 november 2020 ARO 2021/17 (*Priogen Holding*).

[\[2\]](#)

OK 13 januari 2020, ARO 2020/54 (*Schoenaker Holding*).

[\[3\]](#)

OK 22 juli 2020, ARO 2020/156 (*L'Étoile Netherlands*).

[\[4\]](#)

OK 9 juni 2020, ARO 2020/132 (*Staphorst Ontwikkeling*).

[\[5\]](#)

OK 13 november 2020 ARO 2021/17 (*Priogen Holding*).

### 1.2.3.8.4 Raadsheer-commissaris

---

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

In het afgelopen kroniekjaar werden twee uitspraken door de raadsheer-commissaris geweest, waaronder de hiervoor in paragraaf 3.8.1 besproken Prien Holding-beschikking.<sup>[1]</sup> De andere beschikking van de raadsheer-commissaris in de SNS-zaak<sup>[2]</sup> bespreken wij hieronder.

De onderzoekers bij SNS Reaal hadden verzocht om diverse voormalig functionarissen op de voet van artikel 2:352a BW als getuigen te horen. De functionarissen maakten vervolgens bezwaar tegen het voornemen van de onderzoekers om de gespreksverslagen als bijlagen te voegen bij het onderzoeksverslag. Daarnaast was discussie over de vraag of de functionarissen konden volstaan met schriftelijke beantwoording van de vragen. De functionarissen wendden zich tot de raadsheer-commissaris en verzochten om een aanwijzing die ertoe strekte dat de onderzoekers de gespreksverslagen niet als bijlagen bij het onderzoeksverslag zouden mogen voegen. Dit verzoek werd uiteindelijk afgewezen.<sup>[3]</sup> Daarbij nam de raadsheer-commissaris onder meer het volgende in overweging.

Als uitgangspunt gold volgens de raadsheer-commissaris dat onderzoekers in beginsel vrij waren in de inrichting van het onderzoek en het verslag.<sup>[4]</sup> Er waren geen wettelijke voorschriften van toepassing met betrekking tot de verslaglegging van verklaringen van personen die door de onderzoeker werden gehoord.<sup>[5]</sup> De voormalig functionarissen waren op de voet van artikel 2:351 lid 1 BW verplicht om desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig waren voor de uitvoering van het onderzoek. Die inlichtingenplicht omvatte mede de verplichting van (voormalige) bestuurders, commissarissen en

werknemers om gehoor te geven aan een uitnodiging van de onderzoekers voor een verhoor in het kader van het onderzoek. Zij konden daarbij volgens de raadsheer-commissaris niet volstaan met een schriftelijke beantwoording van de vragen van de onderzoekers. De raadsheer-commissaris overwoog verder dat het in strijd was met de inlichtingenplicht om voorwaarden te stellen aan medewerking aan het onderzoek, in het bijzonder aan de verschijning bij de onderzoekers. Met de inlichtingenplicht was volgens de raadsheer-commissaris ten slotte evenmin verenigbaar dat verklaringen vooraf onderling werden afgestemd.

De raadsheer-commissaris overwoog voorts dat het aan de onderzoeker was om te bepalen of en in hoeverre de gespreksverslagen in de vastlegging werden verwerkt. Een gespreksverslag diende als een zakelijke weergave van hetgeen betrokkene had verklaard, niet van hetgeen hij of zij bij nader inzien in plaats daarvan wilde verklaren.<sup>[6]</sup> In het algemeen verdiende het aanbeveling om bij het onderzoeksverslag bijlagen zoals gespreksverslagen te voegen, aldus de raadsheer-commissaris.

De raadsheer-commissaris wees er ten slotte nog op dat een gehoorde betrokkene ook in een later stadium nog mogelijkheden had om bezwaar te maken tegen het opnemen van (passages uit) het gespreksverslag. Zo kon de betreffende persoon, bijvoorbeeld in het kader van hoor en wederhoor als bedoeld in artikel 2:351 lid 4 BW, de onderzoekers gemotiveerd verzoeken om het (passages uit) het gespreksverslag niet als bijlage bij het onderzoeksverslag te voegen. Verder stond voor een betrokken persoon zo nodig de gang naar de raadsheer-commissaris op de voet van artikel 2:350 lid 4 BW open. Ten slotte was het uiteindelijk niet aan de onderzoekers, maar aan de OK om te bepalen of het verslag en de bijlagen bij het verslag geheel of ten dele ter inzage werden gelegd voor eenieder.

Voetnoten

[\[1\]](#)

OK 22 juli 2020, ARO 2020/153 (*Prien Holding*).

[\[2\]](#)

OK 4 juni 2019, ARO 2020/126, JOR 2019/21 m.nt. Y. Borrius (*SNS Reaal*).

[\[3\]](#)

OK 4 juni 2019, ARO 2020/126, JOR 2019/21 m.nt. Y. Borrius (*SNS Reaal*).

[\[4\]](#)

Zie ook: Artikel 3.3 van de Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures van 9 juli 2019.

[\[5\]](#)

HR 13 juni 2014, ARO 2014/87, JOR 2014/261 m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Greenchoice*).

[\[6\]](#)

HR 13 juni 2014, ARO 2014/87, JOR 2014/261 m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Greenchoice*) en OK 23 mei 2013, ARO 2013/88 (*Greenchoice*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.8.5

### **I.2.3.8.5 Artikel 16 lid 5 Rv**

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Afgelopen kroniekjaar viel verder op dat de OK opnieuw gebruik heeft gemaakt van de al eerder gesignaleerde<sup>[1]</sup> mogelijkheid om een verzoek te behandelen tijdens een zitting van een op de voet van artikel 16 lid 5 Rv aangewezen raadsheer-commissaris.

Deze mogelijkheid dient te worden onderscheiden van de bevoegdheden van de raadsheer-commissaris op grond van artikel 2:350 lid 4 BW. Hermans heeft reeds uiteengezet wat de bevoegdheden van een op de voet van artikel 16 lid 5 Rv benoemde raadsheer-commissaris kunnen zijn en hoe die zich verhouden tot een op grond van artikel 2:350 lid 4 BW benoemde raadsheer-commissaris.<sup>[2]</sup>

Op grond van artikel 16 lid 5 Rv kan een meervoudige kamer bepalen dat de behandeling van een verzoek waarop de meervoudige kamer moet beslissen geschiedt door een uit haar midden aangewezen rechter-commissaris. In de gevallen waarop artikel 16 lid 5 Rv ziet, kan de raadsheer-commissaris een verzoek wel behandelen, maar daarop niet beslissen.<sup>[3]</sup> Het gaat om de mogelijkheid een mondelinge behandeling door een raadsheer-commissaris te laten verrichten, waarna de uitspraak wel door de voltallige kamer van raadsheren wordt gewezen.<sup>[4]</sup> Een uitzondering geldt voor incidentele verzoeken die zich tijdens de behandeling bij de raadsheer-commissaris kunnen voordoen, waarop de raadsheer-commissaris in beginsel wel alleen kan beslissen.<sup>[5]</sup>

Blijkens algemene jurisprudentie van de Hoge Raad gelden vanwege de eisen van een goede procesorde diverse regels indien de raadsheer-commissaris een verzoek alleen behandelt.<sup>[6]</sup> Als de mondelinge behandeling mede tot doel heeft dat de rechter partijen in de gelegenheid stelt hun stellingen toe te lichten, dan geldt het volgende.

Ten eerste dient uiterlijk bij de oproeping voor de mondelinge behandeling aan partijen te worden medegedeeld dat deze mondelinge behandeling zal worden gehouden ten overstaan van een raadsheer-commissaris. Aan partijen dient dan de gelegenheid te worden gegeven om te verzoeken dat de mondelinge behandeling wel zal worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen. Zodanig verzoek zal in beginsel moeten worden ingewilligd, en kan alleen worden afgewezen op zwaarwegende gronden, die in de uitspraak moeten worden vermeld. In dit opzicht is dus in feite nodig dat partijen met deze gang van zaken 'instemmen'.<sup>[7]</sup>

Ten tweede dient een proces-verbaal te worden opgemaakt. Dat proces-verbaal dient voorafgaand aan de uitspraak te worden gezonden aan partijen en ter beschikking te worden gesteld van de meervoudige kamer. Anders is volgens de Hoge Raad onvoldoende gewaarborgd dat hetgeen ter zitting is voorgevallen bij de totstandkoming van de uitspraak door de meervoudige kamer wordt meegewogen.

Als de mondelinge behandeling niet mede tot doel heeft dat de rechter partijen in de gelegenheid stelt hun stellingen toe te lichten, kan de mondelinge behandeling in ieder geval plaatsvinden ten overstaan van een raadsheer-commissaris. Te denken valt aan zittingen die tot doel hebben om een schikking te beproeven of inlichtingen in te winnen.<sup>[8]</sup>

De OK maakte de afgelopen jaren al diverse malen gebruik van de mogelijkheid om op grond van artikel 16 lid 5 Rv bepaalde verzoeken in enquêteprocedures door de raadsheer-commissaris te laten behandelen.<sup>[9]</sup> Ook Makkink signaleerde recent dat de OK hiermee op bescheiden schaal experimenteert.<sup>[10]</sup>

Afgelopen kroniekjaar werd in de Kors-zaak een verzoek gedaan om het eerder gelaste onderzoek en de getroffen onmiddellijke voorzieningen met onmiddellijke ingang te beëindigen. Dit verzoek werd vervolgens, met instemming van partijen, behandeld tijdens een zitting van de raadsheer-commissaris. De beschikking op het verzoek werd vervolgens gewezen door de voltallige kamer.<sup>[11]</sup>

Ook in de Buro ZP-zaak hintte de OK dat een bepaald onderwerp – de mogelijke opzegging van een managementovereenkomst door de OK-bestuurder – desgewenst kon worden besproken in een comparitie van partijen ten overstaan van een door de OK uit haar midden aan te wijzen raadsheer-commissaris.<sup>[12]</sup>

Dit is een voor de praktijk gunstige ontwikkeling die de procesefficiëntie ten goede kan komen. Zo zal het plannen van een zitting met één raadsheer-commissaris sneller zijn en kan dit zo de doorlooptijden verkorten. Verder geeft het partijen op informele wijze toegang tot de rechter.<sup>[13]</sup> Dit kan mogelijk eerder tot praktische oplossingen leiden en wellicht tot minder onnodige frictie tussen procespartijen en de OK-functionarissen (zie daarover verder paragraaf 3.10.1).

#### Voetnoten

[\[1\]](#)

Zie onder andere: D.J.F.F.M. Duynstee, 'Het (gebrek aan) toezicht op door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen' in: G. van Solinge e.a., *Toezicht. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op 10 en 11 november 2017* (VDHI nr. 151), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 135.

[\[2\]](#)

R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (VDHI nr. 145), Deventer: Wolters Kluwer 2017, paragraaf 9.3.

[\[3\]](#)

R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (VDHI nr. 145), Deventer: Wolters Kluwer 2017, paragraaf 9.3.

[\[4\]](#)

P.A. Stein en mr. A.S. Rueb, *Compendium burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, paragraaf 2.7.

[\[5\]](#)

R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (VDHI nr. 145), Deventer: Wolters Kluwer 2017, paragraaf 9.3. Zo ook: A. Hammerstein, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 15 Rv, aantekening 4.

[\[6\]](#)

HR 31 oktober 2014, *JBPR* 2015/18 m.nt. G. van Rijssen, HR 22 december 2017, *JBPR* 2018/30 m.nt. G. van Rijssen, HR 22 februari 2019, *NJ* 2019/147 m.nt. W.D.H. Asser en HR 17 april 2020, *JBPR* 2020/44 m.nt. T. van Malssen.

[\[7\]](#)

HR 17 april 2020, *JBPR* 2020/44 m.nt. T. van Malssen.

[\[8\]](#)

HR 22 december 2017, *JBPR* 2018/30 m.nt. G. van Rijssen en HR 17 april 2020, *JBPR* 2020/44 m.nt. T. van Malssen.

[9]

OK 12 februari 2010, ARO 2010/41 (*Helmerts Beheer Hoogezand*), OK 26 maart 2018, ARO 2018/107 (*MKA*) en OK 12 november 2019, ARO 2020/5, JOR 2020/146 m.nt. Scholten (*Vermeulen Food Group*).

[10]

G.C. Makkink, 'Procedureel maatwerk bij de Ondernemingskamer; entree de raadsheer-commissaris', *Ondernemingsrecht* 2021/16.

[11]

OK 24 april 2020, ARO 2020/97 (*Kors*).

[12]

OK 13 mei 2020, ARO 2020/111 (*Buro ZP*).

[13]

Zie: G.C. Makkink, 'Procedureel maatwerk bij de Ondernemingskamer; entree de raadsheer-commissaris', *Ondernemingsrecht* 2021/16 en D.J.F.F.M. Duynstee, 'Het (gebrek aan) toezicht op door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen' in: G. van Solinge e.a., *Toezicht. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op 10 en 11 november 2017* (VDHI nr. 151), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 135.

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.9

## I.2.3.9 Onmiddellijke voorzieningen

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

In paragraaf 2.2.5 is reeds een overzicht opgenomen van de verschillende soorten onmiddellijke voorzieningen die in de kroniekperiode zijn toegewezen. Daaruit blijkt dat in de afgelopen periode de benoeming van een tijdelijk bestuurder weer onverminderd populair was. Opvallend is dat de OK in de meeste gevallen een tijdelijk bestuurder benoemde met een *beslissende* stem, maar in diverse gevallen een bestuurder met een *doorslaggevende* stem. Salemink signaleerde al enige tijd geleden dat deze twee termen vaak door elkaar worden gebruikt.<sup>[1]</sup> Zoals in de annotatie van Duynstee bij de 4Apps Holding-beschikking uit 2015 al eens uiteengezet,<sup>[2]</sup> is niet altijd duidelijk wat bijvoorbeeld met een 'beslissende stem' wordt bedoeld. Is dat bijvoorbeeld een *doordruk* stem die de bestuurder actief kan gebruiken om besluiten door te drukken of is het een *benodigde* stem die telkens benodigd is voor het nemen van geldige bestuursbesluiten. Deze eventuele onduidelijkheid lijkt echter niet tot problemen te hebben geleid het afgelopen kroniekjaar.

Voor het overige werd nog een opvallende beschikking gewezen in de Prien Holding-zaak.<sup>[3]</sup> In 2019 had de OK in die zaak één van de aandeelhouders bevolen om zich te onthouden van handelingen die de verkoop van het onroerend goed van een van de betrokken rechtspersonen konden frustreren. Verder diende de aandeelhouder zich te onthouden van bedreigende of lasterlijke uitlatingen of gedragingen jegens de door de OK benoemde functionarissen en hulppersonen. De bevelen werden gegeven op last van dwangsommen.<sup>[4]</sup> De aandeelhouder had toch op diverse manieren het verkoopproces proberen te frustreren en daarbij ook de OK-bestuurder laten intimideren. Uit een van de beschikkingen uit 2020<sup>[5]</sup> bleek dat OK-bestuurder nog steeds werd geconfronteerd met obstructie door de aandeelhouder, waaronder valse strafklachten, onjuiste perspublicaties, het zich ten onrechte voordoen als vertegenwoordiger van de vennootschap en het niet nakomen van betalingsverplichtingen. De aandeelhouder had de OK-bestuurder door een privédetective laten volgen en ook bedreiging met geweld en intimidatie werden niet geschuwd. Daarop beval de OK de aandeelhouder zich te onthouden van handelingen waarbij hij zich als vertegenwoordiger van Prien Holding uitgaf, op straffe van een dwangsom.

Het is niet ongebruikelijk dat de OK een partij verbiedt om bepaalde handelingen te verrichten op straffe van een dwangsom.<sup>[6]</sup> Een interessante vraag die bij Prien Holding vervolgens opkwam is of de OK bevoegd was om de reeds verbeurde dwangsommen vast te stellen nu de relevante aandeelhouder in Spanje woonde. De OK was voornemens om hierover een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen,<sup>[7]</sup> maar heeft hiervan op verzoek van partijen afgezien.<sup>[8]</sup> De OK deed de zaak zelf af en verklaard en zichzelf onbevoegd om vast te stellen of, en zo ja tot welk bedrag de Spaanse aandeelhouder, dwangsommen had verbeurd.

De OK verwees daarbij eerst naar de Leaderland-uitspraak,<sup>[9]</sup> waarin zij eerder overwoog dat een geschil in verband met de executie van een eerdere dwangsombeschikking van de OK tot de competentie van de gewone burgerlijke rechter behoorde (zie artikel 438 Rv). Vervolgens ging de OK in op de volgende regels aangaande tenuitvoerlegging van een dwangsom.

Naar Nederlands recht kan een dwangsom ten uitvoer worden gelegd krachtens de titel waarbij zij is opgelegd, zodat geen tweede procedure behoeft te worden gevoerd en geen nieuwe titel vereist is (artikel 611c tweede volzin Rv). Hoofddregel is dat een in een lidstaat gegeven beslissing die in die lidstaat uitvoerbaar is, in andere lidstaten uitvoerbaar is zonder dat een verklaring van uitvoerbaarheid is vereist (artikel 39 van de herschikte EEX-verordening). Artikel 55 van de herschikte EEX-verordening betreft een uitzondering op die hoofddregel en bepaalt dat voor de tenuitvoerlegging in de aangezochte lidstaat het bedrag van de verbeurde dwangsom definitief (waarmee niet is bedoeld: onherroepelijk) moet zijn bepaald door het

gerecht van herkomst. Deze uitzondering is ingegeven door de verschillen tussen de nationale rechtsstelsels van de lidstaten op het punt van dwangsommen en beoogt te voorkomen dat in het internationale verkeer moeilijkheden ontstaan bij de tenuitvoerlegging.

Tegen die achtergrond nam de OK tot uitgangspunt dat artikel 55 van de herschikte EEX-verordening niet beoogt in te grijpen in de nationale procesorde van de lidstaten, waaronder regels van absolute en relatieve competentie, maar slechts ten doel heeft om internationale tenuitvoerleggingsproblemen te voorkomen. Overeenkomstig het Nederlandse burgerlijk procesrecht was daarom op de voet van artikel 438 Rv de gewone burgerlijke rechter, en niet de OK, bevoegd.

Voetnoten

[1]

T. Saleminck, 'De doorslaggevende of beslissende stem van de OK-bestuurder', *MvO* 2015/4.1.

[2]

OK 15 december 2015, *JOR* 2016/95, m.nt. D.J.F.F.M. Duynstee (*4Apps Holding*).

[3]

OK 10 november 2020, *ARO* 2021/7, *JOR* 2021/11 m.nt. M. Zilinsky en mr. J.W. de Groot (*Prien Holding*).

[4]

OK 25 juli 2019, *ARO* 2019/150, *JOR* 2020/30 m.nt. W.M. Smelt (*Prien Holding*).

[5]

OK 25 augustus 2020, *ARO* 2020/154 (*Prien Holding*).

[6]

Zie bijvoorbeeld ook: OK 16 april 2020, *ARO* 2020/95 (*Impromex*) en OK 2 december 2020, *ARO* 2021/33 (*Monitor Management*).

[7]

OK 25 augustus 2020, *ARO* 2020/154 (*Prien Holding*).

[8]

OK 10 november 2020, *ARO* 2021/7, *JOR* 2021/11 m.nt. M. Zilinsky en mr. J.W. de Groot (*Prien Holding*).

[9]

OK 5 december 2014, *ARO* 2014/184, *JOR* 2015/229 m.nt. P.J. van der Korst (*Leaderland*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.10

## I.2.3.10 Tijdelijk benoemde functionarissen

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

I.2.3.10.1 Aansprakelijkheid van tijdelijk benoemde functionarissen I.2.3.10.2 Kosten van verweer, escrow en overige bescherming

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.10.1

### I.2.3.10.1 Aansprakelijkheid van tijdelijk benoemde functionarissen

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

De OK overwoog afgelopen kroniekperiode in één van haar beschikkingen dat de OK-functionarissen in toenemende mate lijken te worden geconfronteerd met aansprakelijkstellingen.<sup>[1]</sup> De afgelopen jaren lieten een aantal schrijvende voorbeelden zien, waarin OK-functionarissen niet alleen met aansprakelijkstellingen maar ook met intimidatie en bedreiging te maken kregen. Dat is een zorgelijke ontwikkeling. Dat de OK-functionarissen zich soms in een zeer ongemakkelijke positie kunnen bevinden, bleek ook al uit de hiervoor behandelde Prien Holding-zaak.<sup>[2]</sup>

De OK kan de aansprakelijkstellingen niet voorkomen. Een wettelijke grond voor uitsluiting van aansprakelijkheid, zoals die wel geldt voor de onderzoeker,<sup>[3]</sup> ontbreekt. Wel probeert de OK door middel van praktische oplossingen toekomstige functionarissen enig comfort te geven.

- Een redelijk nieuwe ontwikkeling is bijvoorbeeld dat de OK aan partijen, ter zitting, een toezegging vraagt om de OK-functionarissen niet aansprakelijk te stellen (en zelfs te zullen vrijwaren).<sup>[4]</sup> Hoe begrijpelijk ook – gezien de

hiervoor gesignaleerde ontwikkeling waar OK-functionarissen zich moeten verweren tegen (onnodig) agressief gedrag van partijen – zijn er de nodige vraagtekens bij de gang van zaken te zetten. De vraag is bijvoorbeeld of een dergelijke toezegging, die onder omstandigheden kan neerkomen op afstand van een nog onbekend recht,<sup>[5]</sup> in elk geval bindend en afdwingbaar zal zijn.

- De OK kan verder bepalen dat de rechtspersoon de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer van de bestuurder, commissaris of beheerder van aandelen terzake de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling tijdens de tijdelijke aanstelling, dient te betalen.<sup>[6]</sup>
- In dit verband bestaat ten slotte ook nog de mogelijkheid dat de OK-bestuurder wordt toegestaan om reeds een bedrag in *escrow* te plaatsen ten behoeve van de redelijke en in redelijkheid te maken kosten van verweer van OK-functionarissen in civielrechtelijke, tuchtrechtelijke en strafrechtelijke zaken.

Voetnoten

[\[1\]](#)

OK 24 april 2020, ARO 2020/97 (*Kors*).

[\[2\]](#)

OK 25 augustus 2020, ARO 2020/154 (*Prien Holding*).

[\[3\]](#)

Artikel 2:351 lid 5 BW.

[\[4\]](#)

Zie bijvoorbeeld: OK 18 maart 2020, ARO 2020/81, JOR 2020/147 m.nt. C.J. Scholten (*Vermeulen Food Group*), in welke zaak zelfs lijkt te zijn toegezegd dat geen faillissement zou worden aangevraagd, en OK 8 februari 2021, ARO 2021/53 (*Gebr. Meeusen*). Zie eerder ook: OK 21 december 2019, ARO 2019/67 (*Nordeon*).

[\[5\]](#)

C. Spierings, *Afstand van recht* (Mon. BW nr. A6a), Deventer: Wolters Kluwer 2019/16.

[\[6\]](#)

Artikel 2:357 lid 6 BW.

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.3.10.2

## 1.2.3.10.2 Kosten van verweer, escrow en overige bescherming

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Van de mogelijkheid om de OK-bestuurder een bedrag in *escrow* te laten plaatsen voor de kosten van verweer werd in deze kroniekperiode drie keer gebruikt gemaakt.<sup>[1]</sup> We bespreken hieronder twee van die uitspraken.

Bij *Kors*<sup>[2]</sup> beëindigde de OK het onderzoek en de onmiddellijke voorzieningen omdat de dochtervennootschappen waren verkocht zodat een onderzoek niet meer kon bijdragen aan het verder bereiken van de doelstelling van die procedure, namelijk herstel van gezonde verhoudingen ter waarborging van de continuïteit van de onderneming. Daarbij bepaalde de OK dat de vennootschap de redelijke en in redelijkheid te maken kosten van verweer van de OK-bestuurder en beheerder vanwege onbehoorlijke taakvervulling en/of onrechtmatig handelen tijdens de tijdelijke aanstelling moesten betalen. Daarnaast bepaalde de OK dat de OK-bestuurder voor ten hoogste vijf jaar en drie maanden een bedrag van EUR 100.000 in *escrow* mocht plaatsen. De OK-bestuurder en beheerder konden hierover beschikken ter voldoening van de hiervoor bedoelde kosten van verweer. Daarbij overwoog de OK nog in het algemeen dat OK-functionarissen de besluiten moeten kunnen nemen die zij in het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming nodig achten, zonder bevreesd te zijn dat zij later de kosten van verweer moeten dragen.

Bij *Vermeulen Food Group* was de OK-bestuurder overgegaan tot een verkoop van de onderneming om insolventie te voorkomen. Daarbij was één van de aandeelhouders uitgesloten van het verkoopproces. De aandeelhouder verzocht de OK vervolgens om de OK-bestuurder te vervangen en om te worden toegelaten tot het verkoopproces. De OK wees dit verzoek af omdat het in de gegeven omstandigheden alleszins begrijpelijk was dat de OK-bestuurder tot de conclusie was gekomen dat het niet in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming was om de aandeelhouder nog langer toe te laten tot het verkoopproces.<sup>[3]</sup> Daarbij was onder meer relevant dat de aandeelhouder niet in het belang van de vennootschap had gehandeld, hem de mogelijkheid was geboden om een concreet overnamevoorstel te doen en een grote meerderheid van het personeel geen vertrouwen meer in de aandeelhouder had. Daarnaast achtte de OK het van belang dat de aandeelhouder het werk van de OK-bestuurder door een wantrouwende en verwijtende opstelling had bemoeilijkt.

Verder had de relevante aandeelhouder van de Vermeulen Food Group zich op het standpunt gesteld dat de OK-bestuurder onjuist en verwijtbaar zou hebben gehandeld en schade zou hebben toegebracht aan de vennootschap. Daarnaast had de aandeelhouder een tuchtklacht tegen de voormalig OK-bestuurder aangekondigd. Tegen deze achtergrond was er volgens de OK voldoende grond om de OK-bestuurder een bedrag voor de redelijke en in redelijkheid te maken en gemaakte kosten van verweer in *escrow* te laten plaatsen.

Ten slotte was de Vermeulen Food Group-beschikking nog interessant omdat de OK-bestuurder daar vroeg om een reële proceskostenveroordeling van de aandeelhouder. Het is een hoge drempel, waarbij het aanspannen van de procedure misbruik van procesrecht of ander onrechtmatig handelen moet opleveren.<sup>[4]</sup> Volgens de OK was in dit geval niet aan die maatstaf voldaan. De OK overwoog daarbij dat betrokkenen door beslissingen van de OK-bestuurder kunnen worden geraakt in belangen die zij als zwaarwegend beschouwen. Dit brengt mee dat indien een belanghebbende zich tot de OK wendt met een verzoek dat strekt tot het verkrijgen van een rechterlijke toetsing van een (voorgenomen) handelen van een OK-functionaris, niet spoedig geoordeeld kan worden dat zodanig verzoek misbruik van recht is. Dat is onzes inziens een juiste conclusie.<sup>[5]</sup> Wel week de OK in de Vermeulen Food Group-beschikking af van het liquidatietarief en sprak zij een hogere proceskostenveroordeling van EUR 15.000 uit omdat de aandeelhouder in strijd met artikel 21 Rv had gehandeld.<sup>[6]</sup> Ook in de Inproperty-beschikking<sup>[7]</sup> had de OK het verzoek om een reële proceskostenvergoeding afgewezen omdat volgens de OK aan de strenge maatstaf voor toewijzing niet was voldaan.

Voetnoten

[\[1\]](#)

OK 18 maart 2020, ARO 2020/81, JOR 2020/147 m.nt. C.J. Scholten (*Vermeulen Food Group*), OK 24 april 2020, ARO 2020/97 (*Kors*) en OK 27 mei 2020, ARO 2020/129 (*Cavari Clinics*).

[\[2\]](#)

OK 24 april 2020, ARO 2020/97 (*Kors*).

[\[3\]](#)

OK 18 maart 2020, ARO 2020/81, JOR 2020/147 m.nt. C.J. Scholten (*Vermeulen Food Group*).

[\[4\]](#)

HR 6 april 2012, NJ 2012/233 (*Duka/Achmea*) en HR 12 juni 2015, NJ 2016/380 m.nt. H.B. Krans, JOR 2016/17 m.nt. G.J.P. Molkenboer, JBPR 2016/17 m.nt. S.M.A.M. Venhuizen (*K/Rabobank*).

[\[5\]](#)

Zie anders: M.W. Josephus Jitta, 'De (rechts)positie van door de Ondernemingskamer in enquêteprocedures benoemde functionarissen nader beschouwd', *Ondernemingsrecht* 2020/128. Wij zijn geen voorstander van de door Josephus Jitta geopperde wetswijziging die erin zou kunnen voorzien dat degene die een civielrechtelijke procedure tegen een onderzoeker of een OK-functionaris begint en verliest, in de werkelijk door gemaakte kosten van verweer zou kunnen worden veroordeeld.

[\[6\]](#)

Vgl. OK 2 maart 2020, ARO 2020/76 (*Priogen Holding*), in welke zaak de schending van artikel 21 Rv zonder gevolgen is gebleven omdat het verzoek niet toewijsbaar was. Zo ook: OK 18 augustus 2020, ARO 2020/148 (*Dadco Philafrica*).

[\[7\]](#)

OK 13 mei 20220, ARO 2020/110 (*Inproperty*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.4

## **I.2.4 Materieel enquêterecht: gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twifelen, die een onderzoek daarnaar rechtvaardigen**

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

I.2.4.1 Discretionaire bevoegdheid van de OK, afwijzing op grond van een belangenafweging I.2.4.2 Gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.4.1

### **I.2.4.1 Discretionaire bevoegdheid van de OK, afwijzing op grond van een belangenafweging**



Ook in de afgelopen kroniekperiode werd een enkele keer een enquêteverzoek afgewezen vanwege een belangenafweging.

Dit was onder meer het geval bij het hiervoor reeds genoemde Baho.<sup>[1]</sup> Volgens de OK was wel gebleken van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en gang van zaken ten aanzien van de beëindiging van bepaalde activiteiten en het niet functioneren van de raad van commissarissen van Baho. Desalniettemin strandde het verzoek op een afweging van de belangen. Zoals hiervoor al genoemd betrof het vooral een vermogensrechtelijk geschil. Een enquête gericht op de formele aspecten van de beëindiging van bepaalde activiteiten en het niet functioneren van de raad van commissarissen van Baho was volgens de OK niet nodig, niet in het belang van Baho en kon ook niet wezenlijk bijdragen aan het herstel van gezonde verhoudingen. Daarbij nam de OK in aanmerking dat niet was gebleken dat het bestaan van het vermogensrechtelijke geschil feitelijk negatieve gevolgen had voor de uitoefening van de ondernemingsactiviteiten van de vennootschap. Volgens de OK leek het er juist op dat partijen het erover eens waren dat de vennootschap naar behoren presteerde.

Net als bij Baho, was bij HLO Energie sprake van gegronde redenen, maar werd het verzoek uiteindelijk afgewezen vanwege een belangenafweging. Volgens de OK zouden de doeleinden van het enquêterecht onvoldoende zijn gediend met toewijzing van het verzoek<sup>[2]</sup> en het belang van vennootschap (en belanghebbenden) woog daarom zwaarder dan het belang van de minderheidsaandeelhouder. De minderheidsaandeelhouder was reeds veroordeeld haar aandelen aan te bieden en de relatie tussen de aandeelhouders leek volledig verbroken te zullen worden. De minderheidsaandeelhouder had daarom onvoldoende belang bij een onderzoek dat gericht was op openheid van zaken met betrekking tot de periode na datum waarop haar aanbiedingsplicht, aldus de OK. Duurzame sanering of herstel van de gezonde verhoudingen was volgens de OK evenmin aan de orde. De nadelen die voor vennootschap (en belanghebbenden) aan een onderzoek zouden zijn verbonden, in de vorm van de daaraan te besteden tijd, aandacht en kosten, wogen in de gegeven omstandigheden zwaarder dan het belang van de minderheidsaandeelhouder.

Ten slotte lag ook de HNM-beschikking in deze lijn.<sup>[3]</sup> In die zaak stelde de OK vast dat het bestuur van HNM niet optimaal als een collegiaal orgaan functioneerde. Hoewel dat op zichzelf een gegronde reden kon opleveren om te twifelen aan een juiste gang van zaken, werd het verzoek toch afgewezen gelet op de omstandigheden en aard van de betrokken belangen. Daarbij was onder andere het volgende van belang. De onderneming groeide, innoveerde en introduceerde nieuwe producten. Er waren volgens de OK geen voorbeelden van onderwerpen waarover de noodzakelijke besluitvorming in het bestuur werd geblokkeerd. Verder achtte de OK niet aannemelijk dat sprake was van een patstelling binnen het bestuur die leidde tot verlamming van de besluitvorming en nergens bleek uit dat de continuïteit van de onderneming werd bedreigd door de frictie tussen de bestuurders. Partijen hadden verder voorzien in een functionerende uitweg bij een bestuurlijke impasse. Tegen deze achtergrond kwam de OK tot het oordeel dat het belang van verzoekster bij een onderzoek – dat met name zou moeten zien op het functioneren van het bestuur – niet opwoog tegen het belang van de onderneming bij het uitblijven daarvan.

Voetnoten

[\[1\]](#)

OK 11 mei 2020, ARO 2020/108 (*Baho*).

[\[2\]](#)

Zie ook: OK 18 augustus 2020, ARO 2020/148 (*Dadtco Philafrica*), waarin een zelfstandige grond voor afwijzing was dat de verzoekster onvoldoende had toegelicht welk doel gediend zou zijn met het verzochte onderzoek en ook ambtshalve zag de OK niet in welk doel daarmee gediend zou zijn.

[\[3\]](#)

OK 20 augustus 2020, ARO 2020/149 (*HNM*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.4.2

## **I.2.4.2 Gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen**

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Er werden afgelopen kroniekjaar weer veel uitspraken gewezen over de vraag wat al dan niet gegronde redenen konden opleveren om te twifelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken. De jurisprudentie was casuïstisch, maar liet wel een paar algemene trends zien.

Waar het ging om verstoorde verhoudingen, was uiteindelijk doorslaggevend in hoeverre (de besluitvorming binnen) de vennootschap door de bezwaren werd geraakt en haar voortbestaan kon bedreigen. Uit de Curlew Netherlands-

beschikking<sup>[1]</sup> bleek bijvoorbeeld dat verstoorde verhoudingen en een vertrouwensbreuk op zichzelf nog geen voldoende grond voor een onderzoek opleverden. In dat geval was volgens de OK geen onwerkbaar situatie bij de vennootschap en geen impasse in het bestuur of in de aandeelhoudersvergadering, zodat het verzoek werd afgewezen. Hetzelfde bleek uit de eerder al genoemde HNM-beschikking, waar van een impasse of bedreiging van de continuïteit geen sprake was (zie paragraaf 4.1).<sup>[2]</sup>

Bij Uitzendbureau Bouma<sup>[3]</sup> werd het enquêteverzoek daarentegen wel toegewezen. De verstoorde verhoudingen hadden een onwerkbaar situatie binnen het bestuur gecreëerd en bestuursbesluitvorming was onmogelijk geworden. De OK stelde daarbij vast dat dit een weerslag had op de vennootschap, de met haar verbonden onderneming en het personeel. Ook bij de West Inn Groep<sup>[4]</sup> deden zich conflicten voor die resulteerden in een impasse in de besluitvorming, waardoor over een aantal fundamentele zaken geen besluiten konden worden genomen. Partijen waren het erover eens dat de impasse de continuïteit van de onderneming in gevaar kon brengen. De OK heeft daarom een onderzoek bevolen. Hetzelfde gold bijvoorbeeld voor Buro ZP,<sup>[5]</sup> TRP,<sup>[6]</sup> Socius<sup>[7]</sup> en PGH Autogroep-beschikking,<sup>[8]</sup> in welke zaken de besluitvorming in het bestuur en/of de aandeelhoudersvergadering ernstig werd belemmerd of zelfs lamgelegd door de ontstane problemen. Bij Investpharma was sprake van een patstelling in de aandeelhoudersvergadering en was de vennootschap zelfs volledig stuurloos geworden omdat de aandeelhouders niet zelf konden voorzien in een nieuw bestuur zodat de vennootschap zonder bestuur was.<sup>[9]</sup>

Hieronder bespreken wij nog ten slotte nog twee interessante beschikkingen die gedurende de kroniekperiode zijn geweest: Fuelplants en Mega Windforce.

Fuelplants<sup>[10]</sup> had drie (indirecte) aandeelhouders, waarvan twee aandeelhouders tevens (indirect) bestuurders waren. De minderheidsaandeelhouder zonder bestuurspositie deed een succesvol enquêteverzoek. Daarbij was het volgende van belang. De twee (indirecte) bestuurders van Fuelplants waren tevens (indirect) bestuurders en aandeelhouders van met Fuelplants concurrerende vennootschappen. De OK overwoog dat dit betekende dat de twee bestuurders de belangen van Fuelplants enerzijds en die van die andere vennootschappen anderzijds zorgvuldig gescheiden dienden te houden en dat zij jegens de minderheidsaandeelhouder van Fuelplants die geen deel uitmaakte van het bestuur daarover een grote mate van transparantie dienden te betrachten. Volgens de OK was aannemelijk dat de indirecte bestuurders van Fuelplants niet overeenkomstig die norm hadden gehandeld. Zo hadden de indirecte bestuurders van Fuelplants bijvoorbeeld niet overeenkomstig de tegenstijdig belangregeling gehandeld.

Verder had de verzoekende minderheidsaandeelhouder van Fuelplants succesvol bezwaar gemaakt tegen de informatievoorziening door de vennootschap. De OK kende daarbij gewicht toe aan het feit dat, anders dan de overige twee aandeelhouders, de minderheidsaandeelhouder geen bestuurspositie bekleedde. Opvallend was dat de OK in deze beschikking expliciet overwoog dat in de gegeven omstandigheden niet het uitgangspunt uit de ASMI-beschikking<sup>[11]</sup> gold dat aandeelhouders buiten algemene vergaderingen geen recht hadden op het verstrekken van door hen afzonderlijk verlangde informatie. De vennootschap diende hier in beginsel uit eigen beweging en op vragen van de minderheidsaandeelhouder ook buiten het verband van een aandeelhoudersvergadering de nodige transparantie te betrachten. Onder verwijzing naar de Zwagerman-beschikking<sup>[12]</sup> overwoog de OK dat dit voortvloeide uit de zorgplicht van de vennootschap jegens de minderheidsaandeelhouder uit hoofde van artikel 2:8 BW. Met de wijze waarop en de mate waarin Fuelplants haar minderheidsaandeelhouder had geïnformeerd, had zij daar niet aan voldaan, hetgeen eveneens een gegronde reden opleverde om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken. Zie over deze beschikking en recente beschikkingen over de informatievoorziening aan minderheidsaandeelhouders (Bosa<sup>[13]</sup> en Bloembollenbedrijf Brouwer<sup>[14]</sup>) verder de noot van Hezer bij de Fuelplants-beschikking.<sup>[15]</sup>

De Mega Windforce-beschikking was in dit verband ook relevant.<sup>[16]</sup> In die zaak had de OK al in 2019 een onderzoek bevolen, de aandelen ten titel van beheer overgedragen, de bestuurders geschorst en een tijdelijk bestuurder benoemd.<sup>[17]</sup> Vanwege een dringende financieringsbehoefte van de vennootschap, onderzocht de OK-bestuurder via een georganiseerd proces welke mogelijkheden tot financiering er waren. Dit proces leidde uiteindelijk tot een financieringsplan waarbij aan een derde partij en de bestaande houders van converteerbare geldleningsovereenkomsten aandelen in de vennootschap konden worden uitgegeven. Dit zou een aanzienlijke verwatering van de bestaande aandeelhouders tot gevolg hebben. De vraag die in de beschikking centraal stond was of de OK-bestuurder in redelijkheid de relevante emissieovereenkomst had kunnen sluiten. Een van de bestaande aandeelhouders had, bij wijze van onmiddellijke voorziening, de OK verzocht om de voorgenomen transactie en de uitvoering daarvan, met inbegrip van de aandelenconversie, te verbieden. De OK oordeelde echter dat de OK-bestuurder wel degelijk kon besluiten om de emissieovereenkomst aan te gaan. De daarin voorziene emissie leidde volgens de OK niet tot strijd met artikel 2:8 BW, ook al had deze een aanzienlijke verwatering van het aandelenbelang van de huidige aandeelhouders tot gevolg. Volgens de OK was dit gerechtvaardigd gelet op de moeizame voorgeschiedenis, de dringende financieringsbehoefte en het gebrek aan tijdig voorgestelde alternatieven. Daarbij was ook van belang dat de aandeelhouders voldoende kans hadden gehad om in het biedingsproces zelf een deugdelijk voorstel te doen. Verder was het proces volgens de OK voldoende transparant en er was een duidelijke deadline gesteld. De OK-bestuurder had daarbij in beginsel voorrang willen geven aan het voorstel van bepaalde bestaande aandeelhouders, maar dit voorstel bleek onvoldoende concreet te zijn en bood onvoldoende zekerheid voor continuïteit van de vennootschap. In

deze omstandigheden stond het de OK-bestuurder vrij om daarna (exclusief) in onderhandeling te treden met de derde partij, aldus de OK.

Voetnoten

[\[1\]](#)

OK 16 januari 2020, ARO 2020/48 (*Curllew Netherlands*).

[\[2\]](#)

OK 20 augustus 2020, ARO 2020/149 (*HNM*).

[\[3\]](#)

OK 30 januari 2020, ARO 2020/51 (*Uitzendbureau Bouma*).

[\[4\]](#)

OK 12 februari 2020, ARO 2020/65 (*West Inn Groep*).

[\[5\]](#)

OK 13 mei 2020, ARO 2020/111 (*Buro ZP*).

[\[6\]](#)

OK 25 mei 2020, ARO 2020/117 (*TRP*).

[\[7\]](#)

OK 28 mei 2020, ARO 2020/119 (*Socius*).

[\[8\]](#)

OK 30 november 2020, ARO 2021/13 (*PGH Autogroep*).

[\[9\]](#)

OK 16 november 2020, ARO 2021/8 (*Investpharma*).

[\[10\]](#)

OK 27 februari 2020, ARO 2020/68, JOR 2020/203 m.nt. P.L. Hezer (*Fuelplants*).

[\[11\]](#)

HR 9 juli 2010, ARO 2010/111, JOR 2010/228 m.nt. M.J. van Ginneken (*ASMI*).

[\[12\]](#)

HR 1 maart 2002, ARO 2002/40, JOR 2002/79 m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Zwagerman*).

[\[13\]](#)

OK 31 oktober 2019, ARO 2019/193 (*BosaI*).

[\[14\]](#)

OK 13 maart 2020, ARO 2020/87, JOR 2020/172 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Bloembollenbedrijf Brouwer*).

[\[15\]](#)

OK 27 februari 2020, JOR 2020/203 m.nt. P.L. Hezer (*Fuelplants*).

[\[16\]](#)

OK 31 december 2020, ARO 2021/36 (*Mega Windforce*).

[\[17\]](#)

OK 26 juli 2019 ARO 2019/151 en OK 27 november 2019, ARO 2020/8 (beiden *Mega Windforce*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.5

## **I.2.5 Materieel enquêterecht: wanbeleid en voorzieningen na wanbeleid**

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

I.2.5.1 Wanbeleid en voorzieningen na wanbeleid I.2.5.2 Aanvullende voorzieningen

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.5.1

### **I.2.5.1 Wanbeleid en voorzieningen na wanbeleid**

In deze kroniekperiode wees de OK in twee zaken het verzoek tot het vaststellen van beleid toe. Het ging om DeSeizoenen<sup>[1]</sup> en Setay Beheer.<sup>[2]</sup>

Bij DeSeizoenen werd wanbeleid vastgesteld vanwege een gebrekkige *governance* en besluitvorming. Kortweg hadden de twee bestuurders van DeSeizoenen een persoonlijk tegenstrijdig belang bij de (besluitvorming over) een huurovereenkomst op grond waarvan DeSeizoenen vastgoed van een zustersvennootschap zou huren. De bestuurders waren aandeelhouder in de moedervenootschap en daarmee indirect gerechtigd tot de huuropbrengsten. De OK overwoog dat het in de rede had gelegen dat een onafhankelijke bestuurder (of gedelegeerd commissaris) zou zijn aangesteld die zich uitsluitend had kunnen richten op de behartiging van de belangen van DeSeizoenen en tegenkracht had kunnen bieden aan de belangen van de vastgoedvennootschap.

Opvallend was nog dat de onderzoeker van DeSeizoenen juist tot de conclusie was gekomen dat geen sprake was van wanbeleid. De OK hoefde een dergelijke beoordeling van de feiten niet te volgen.<sup>[3]</sup> Het onderzoeksverslag inzake DeSeizoenen was gedeponereerd op 21 december 2018. Sinds 1 juli 2019 mag een onderzoeker dergelijke kwalificatie niet meer geven.<sup>[4]</sup>

Bij DeSeizoenen werden ten slotte geen voorzieningen getroffen. Daartoe was volgens de OK geen aanleiding nu het wanbeleid een afgesloten periode in het verleden betrof. Het treffen van voorzieningen was niet in het belang van de vennootschap want dat had tot verdere onrust en onzekerheid kunnen leiden.

Bij Setay Beheer stelde de OK niet alleen wanbeleid vast, maar trof de OK ook diverse voorzieningen. Zo werd de bestuurder ontslagen en werden een tijdelijk bestuurder en beheerder van aandelen benoemd.<sup>[5]</sup> Setay Beheer had drie aandeelhouders, een vader met een meerderheidsbelang en twee zoons met een minderheidsbelang. Uit de beschikking bleek dat vader enkele tonnen euro's van de rekening van de onderneming naar zijn privérekening had geboekt. Die overboekingen waren niet in overeenstemming met hetgeen partijen hadden afgesproken en onrechtmatig. Alleen hierom al was sprake van strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap en derhalve van wanbeleid, aldus de OK. Verder had vader geweigerd de afspraak inzake benoeming van bestuurders na te komen, hetgeen veel van de problemen binnen de onderneming had veroorzaakt, waaronder de patstelling binnen het bestuur en de algemene vergadering. De weigering de afspraak na te komen, met alle gevolgen van dien, gaf volgens de OK eveneens blijk van handelen dat als wanbeleid moest worden gekwalificeerd. Ook de impasse in het bestuur en in de algemene vergadering ten tijde van een deel van de onderzoeksperiode droeg bij aan het oordeel wanbeleid. De OK voegde daar nog aan toe dat het feit dat die impasse zich inmiddels niet meer voordeed ten gevolge van veranderde verhoudingen, daaraan niet afdeed. Vader werd ontslagen als bestuurder en de OK benoemde een tijdelijk bestuurder met een beslissende stem. Verder bepaalde de OK dat de aandelen van vader voor de duur van drie jaar ten titel van beheer werden overgedragen.

#### Voetnoten

[\[1\]](#)

OK 24 januari 2020, ARO 2020/56, JOR 2020/171, m.nt. C.D.J. Bulten (*DeSeizoenen*).

[\[2\]](#)

OK 27 oktober 2020, ARO 2020/193 (*Setay Beheer*).

[\[3\]](#)

HR 4 april 2014, ARO 2014/71, NJ 2014/286 m.nt. P. Schilfgaarde (*Cancun*).

[\[4\]](#)

Artikel 7.5 van de Leidraad voor onderzoekers in enquêtetrajecten van 9 juli 2019.

[\[5\]](#)

OK 27 oktober 2020, ARO 2020/193 (*Setay Beheer*).

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.5.2

## 1.2.5.2 Aanvullende voorzieningen

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Dat het treffen van voorzieningen niet altijd het gewenste effect heeft bleek uit de Monitor Management-zaak.<sup>[1]</sup> De tweede fasebeschikking werd reeds in de vorige kroniek behandeld.<sup>[2]</sup> Kortweg had de OK wanbeleid vastgesteld en, bij wijze van voorziening, een commissaris benoemd voor de periode van twee jaar. Uit de meer recente uitspraak bleek dat desondanks

het bestuur de wettelijke regeling inzake tegenstrijdig belang naast zich neer had gelegd. Verder was de OK-commissaris willens en wetens buiten spel gezet en was op geen enkele wijze bereidheid getoond om constructief bij te dragen aan het herstel van een goede *governance*. De OK trof daarom aanvullende voorzieningen en ontsloeg de bestuurders. Verder werden de aandelen van alle aandeelhouders (met uitzondering van één aandeel van ieder van de aandeelhouders) voor een periode van twee jaar ten titel van beheer overgedragen aan een tijdelijk beheerder.

In de Bloembollenbedrijf Brouwer-zaak was nog een opmerkelijke beschikking geweest waarin de bij wijze van voorziening aangestelde tijdelijk commissaris werd verlengd,<sup>[3]</sup> terwijl de impasse reeds was opgelost. Dit vanwege een opvallende door de OK genoemde “nawerking” van artikel 2:8 BW.<sup>[4]</sup> Wat voorafging was het volgende. In de zomer van 2017 had de OK wanbeleid vastgesteld bij de vennootschap en diverse voorzieningen getroffen. Er was een commissaris benoemd voor een periode van drie jaar, een bestuurder ontslagen en de door één van de aandeelhouders gehouden aandelen met onmiddellijke ingang ten titel van beheer overgedragen aan een beheerder voor een periode van drie jaar. Eind 2019 had de relevante aandeelhouder (en voormalig bestuurder) tevergeefs een poging gedaan om de getroffen voorzieningen te verkorten of aan te passen.<sup>[5]</sup> Enige tijd later had een aandelenoverdracht plaatsgevonden zodat de impasse in de aandeelhoudersvergadering was opgelost en het beheer niet langer nodig was. Hoewel het beheer daarom werd opgegeven,<sup>[6]</sup> werd de aanstelling van de tijdelijk commissaris verlengd met een periode van twee jaar.<sup>[7]</sup> De OK was van oordeel dat, ook nu één van de partijen niet langer aandeelhouder van Bloembollenbedrijf Brouwer was, haar belangen nog steeds een rol speelden in het kader van de enquêteprocedure. De partij was volgens de OK nog steeds zo nauw bij Bloembollenbedrijf Brouwer betrokken dat het bepaalde in artikel 2:8 lid 1 BW ten aanzien van deze partij “nawerking” had en naar analogie toepasbaar was. Zo resteerde nog een aanzienlijke vordering van de voormalig aandeelhouder-bestuurder op de vennootschap (waaronder een pensioenaanspraak) en stond hij nog steeds in voor een aan de vennootschap verstrekte bankfinanciering. Verder betrof het een familiebedrijf zodat de voormalig aandeelhouder-bestuurder niet was te vergelijken met een gewone zakelijke schuldeiser.

De benadering die de OK koos doet denken aan de PCM-beschikking, waarin juist een toekomstige aandeelhouder werd geacht gebonden te zijn aan artikel 2:8 BW.<sup>[8]</sup> Het was in de gegeven omstandigheden bij Bloembollenbedrijf Brouwer wellicht begrijpelijk dat er zorgen speelden bij de relevante partij (en de OK) over de wijze waarop met haar belangen zou worden omgegaan als zij niet langer aandeelhouder zou zijn. De vraag is echter of het aannemen van een nawerking van artikel 2:8 BW de meest passende benadering is. Naar onze mening gaat de OK met deze nawerking op basis van artikel 2:8 BW wel erg ver. Tussen partijen zal immers ook een zorgplicht kunnen voortvloeien uit het ongeschreven recht (vgl. artikel 6:162 lid 2 BW) en/of de artikelen 6:2 en 6:248 BW. Zoals annotator Leijten terecht opmerkt, is die toetsing overgelaten aan de civiele rechter.<sup>[9]</sup> Dit verklaart wellicht waarom de OK toch, naar analogie, een verband probeert te leggen met artikel 2:8 BW.<sup>[10]</sup>

De vraag die zich opdringt is of dit nu een voorbode is dat de OK ook de verhouding tussen een vennootschap en haar vertrekkende aandeelhouders onder het bereik van artikel 2:8 BW wil laten vallen.

#### Voetnoten

[1]

OK 22 juni 2020, ARO 2020/135 (*Monitor Management*).

[2]

M.H.C. Sinninghe Damsté en B. Kemp, ‘Kroniek enquêterecht 2019’ in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2019-2020* (VDHI nr. 165), Deventer: Wolters Kluwer 2020, paragraaf 5.

[3]

Ook in OK 20 juli 2020, ARO 2020/157 (*Staphorst Ontwikkeling*) werden de voorzieningen verlengd.

[4]

OK 11 juni 2020, ARO 2020/133, JOR 2020/205 m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Bloembollenbedrijf Brouwer*).

[5]

OK 13 maart 2020, ARO 2020/87, JOR 2020/172 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Bloembollenbedrijf Brouwer*).

[6]

Door de overdracht van de aandelen komt het beheer niet te vervallen; zie OK 30 april 2019, ARO 2019/114, JOR 2019/187 m.nt. A.F.J.A. Leijten, *Ondernemingsrecht 2019/102* m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Brouwer Holding*).

[7]

OK 11 juni 2020, ARO 2020/133, JOR 2020/205 m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Bloembollenbedrijf Brouwer*).

[8]

OK 27 mei 2010, ARO 2010/92, JOR 2010/189 m.nt. T. Stevens, *Ondernemingsrecht 2010/91* m.nt. J. Barneveld (*PCM*). Zie daarover eerst kritisch: *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/228 en later genuanceerder en wat minder kritisch: *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2021/228.

[9]

OK 11 juni 2020, *JOR* 2020/205 m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Bloembollenbedrijf Brouwer*).

[10]

Zie voor een beschouwing over de analoge werking van de redelijkheid en billijkheid ook: J.M. de Jongh, 'Analoge werking van art. 2:8 BW', *Ondernemingsrecht* 2020/160.

---

Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172) 2021/I.2.6

## I.2.6 Overig

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Ten slotte was de Vidrea Retail-beschikking nog interessant.<sup>[1]</sup> De feiten in die zaak waren kortweg als volgt. VDH was een holdingvennootschap van bedrijven in de kledingsector en hield 99,99 % van de aandelen in Vidrea Retail. In april 2019 was aan Vidrea Retail voorlopige surseance van betaling verleend, welke in juni 2019 in een faillissement was omgezet. In september 2019 was ook VDH in staat van faillissement verklaard. VDH en Vidrea Retail hadden diverse bezwaren tegen de wijze waarop met hen en de overige stakeholders was omgegaan tijdens de surseance van Vidrea Retail. Zij deden een enquêteverzoek bij VDH en Vidrea Retail en verzochten, bij wijze van onmiddellijke voorziening, om de bestuurders, zijnde de curatoren van VDH en Vidrea Retail, te schorsen. De OK wees dit verzoek, niet verrassend, af. De verzoekers waren aan het verkeerde loket bij de OK om een curator te laten vervangen. De Faillissementswet biedt hiertoe andere mogelijkheden, zoals artikel 69 en 73 Fw.

In de Vidrea Retail-beschikking wijdde de OK verder nog enkele interessante overwegingen aan de vraag in hoeverre een onderzoek betrekking kon hebben op de periode waarin de rechtspersoon in surseance of faillissement zich bevond.

Voor wat betreft de surseanceperiode overwoog de OK als volgt. Een te gelasten onderzoek kan (mede) betrekking hebben op de periode van de surseance van betaling.<sup>[2]</sup> Dat strookt met het oordeel van de Hoge Raad in *Vie d'Or*, waarin werd overwogen dat het enquêterecht een ruim toepassingsgebied heeft en een enquête naar een onder toezicht staande financiële instelling ook betrekking kan hebben op de periode van de stille curatele en de periode na het uitspreken van een noodregeling.<sup>[3]</sup> Een enquête kan zich bovendien mede uitstrekken tot het handelen van een bewindvoerder.<sup>[4]</sup> Gedurende de surseance voert de bewindvoerder samen met het bestuur van de vennootschap het beheer over de onderneming (artikel 215 lid 2 Fw) en de rechtspersoon is onbevoegd enige daad van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder (artikel 228 lid 1 Fw). Voor de toepassing van het enquêterecht is een bewindvoerder daarom aan te merken als een mede-beleidsbepaler van de rechtspersoon, aldus de OK.

In de Vidrea Retail-zaak werd het verzoek voor wat betreft de surseanceperiode verworpen omdat de verwijten volgens de OK onvoldoende waren voor toewijzing van het enquêteverzoek. Zo waren er geen concrete aanwijzingen dat de bewindvoerders hun eigen belang hebben laten prevaleren boven dat van Vidrea Retail en haar schuldeisers. Hun handelwijze als bewindvoerder wat betreft de verzoeken tot omzetting van de surseance in faillissement leverden evenmin gegronde redenen op om te twifelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken.

Voor wat betreft de faillissementsperiode stelde de OK vast dat een enquête in beginsel ook op die periode betrekking kan hebben omdat het faillissement de vennootschappelijke bestuursstructuur op zichzelf niet wijzigt. De OK overwoog dat de praktische betekenis daarvan in de regel gering is. De organen van de vennootschap hebben op grond van artikel 23 Fw immers geen zeggenschap meer over het vermogen van de vennootschap. Dit kan mogelijk anders zijn als een curator, op de voet van artikel 98 Fw, de onderneming van de gefailleerde rechtspersoon voortzet. Bij Vidrea Retail hadden curatoren de vennootschappen gedurende de faillissementen juist niet voortgezet. De winkels waren in augustus 2019 gesloten.

Voetnoten

[1]

OK 3 maart 2020, *ARO* 2020/78, *JOR* 2020/145 m.nt. Ph.W. Schreurs (*Vidrea Retail*).

[2]

OK 22 december 1983, *NJ* 1985/383 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ogem*) en OK 5 juli 2010, *ARO* 2010/109 (*Van der Moolen*).

[3]

HR 15 januari 1997, *NJ* 1997/368 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/30 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Vie d'Or*).

[4]

OK 7 januari 1988, *NJ* 1989/827 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bredero*) en OK 1 november 2005, *ARO* 2005/192 (*ATR*).

## I.2.7 Afrondende opmerkingen

---

mr. D.J.F.F.M. Duynstee, mr. C.C.M. de Smet, datum 23-06-2021

Het kroniekjaar 2020 was een bijzonder jaar omdat vanwege de coronamaatregelen tijdelijk geen mondelinge behandelingen konden plaatsvinden. Dit heeft tot langere behandeltermijnen geleid. Een aantal zaken is uiteindelijk digitaal behandeld. Of dit een blijvende trend is, zal de komende jaren duidelijk worden.

Er is in de kroniekperiode een aantal interessante beschikkingen geweest door de Hoge Raad in de SNS Reaal-zaak, namelijk op het gebied van het concernenquêterecht en over het afgeleid verschoningsrecht. In de SNS Reaal-zaak is ook door de raadsheer- commissaris een noemenswaardige beschikking geweest, waar het ging om de inlichtingenplicht van de voormalig functionarissen.

Daarnaast viel afgelopen kroniekjaar de SKU-uitspraak op, waarin de OK bij een (niet-kerkelijke) stichting heeft ingegrepen en het beroep op rechtsverwerking werd afgewezen.

Opvallend waren ook de uitspraken HNM, Esparaza en L2Fiber Rotterdam, waarin (mede) namens de vennootschap een enquêteverzoek werd gedaan. De beschikkingen geven inzicht in de vraag onder welke omstandigheden een vennootschap mogelijk toch ontvankelijk kan zijn in een enquêteverzoek dat niet door het voltallige bestuur gesteund wordt.

Verder heeft dit afgelopen kroniekjaar opnieuw bevestigd dat het voor een succesvol enquêteverzoek vooral van belang is dat de bezwaren die aan het verzoek ten grondslag worden gelegd de vennootschap en/of de onderneming zichtbaar raken. Bijvoorbeeld omdat conflicten tussen betrokken partijen leiden tot een impasse op bestuurs- of aandeelhoudersniveau, de vennootschap in haar bestaan wordt bedreigd of de onderneming anderszins wordt lamgelegd. Dit geldt ook voor vermogensrechtelijke geschillen. Een dergelijk geschil kan onder omstandigheden toch gegronde redenen opleveren indien het geschil het functioneren van (de organen van) de vennootschap raakt of de onderneming ontwricht.

De zorgelijke trend van onnodig agressief gedrag richting OK-functionarissen is niet gekeerd. Er is op dit vlak veel beweging en de OK probeert – voor zover mogelijk – de door haar benoemde functionarissen te beschermen. Zo heeft de OK ook dit kroniekjaar diverse malen bepaald dat de rechtspersoon eventuele kosten van verweer van OK-functionarissen diende te betalen. Daarbij werd het sommige OK- bestuurders opnieuw toegestaan om in dit verband een bedrag in *escrow* te plaatsen. Een redelijk nieuwe ontwikkeling is dat de OK tijdens een zitting aan partijen de toezegging vraagt om de OK-functionarissen niet aansprakelijk te stellen.

Ten slotte is het voor de praktijk denken wij een gunstige ontwikkeling dat de OK steeds meer gebruik lijkt te maken van de mogelijkheid om op grond van artikel 16 lid 5 Rv bepaalde verzoeken in enquêteprocedures door de raadsheer-commissaris te laten behandelen. Zoals hierboven beschreven kunnen zaken zo mogelijk sneller en effectiever behandeld worden. Het is mooi te zien dat het enquêterecht zo volop in beweging blijft.