

KRONIEK ENQUÊTERECHT 2016

1 Inleiding

Deze kroniek van het enquêterecht beslaat de periode 1 januari 2016 tot en met 31 december 2016. Daarbij is voor wat betreft de beschikkingen uitgegaan van de datum van uitspraak. Verwijzingen naar literatuur uit 2016 zijn eveneens opgenomen. Wij hebben in grote mate de indeling aangehouden zoals deze in de afgelopen jaren is uitgekristalliseerd. In paragraaf 2 is een beknopt kwantitatief overzicht te vinden van de beschikkingen die de Hoge Raad en de Ondernemingskamer (OK) hebben gegeven in 2016. Wij hebben daarvoor gebruik kunnen maken van de gegevens uit het voorlopige, nog niet openbare, jaarverslag van de OK. In paragraaf 3 wordt het formele enquêterecht besproken en komen onder meer aan de orde (a) de enquêteregtheid, (b) het kenbaar maken van bezwaren, (c) de concernenquête, (d) economische gerechtigdheid, (e) de terinzagelegging van het onderzoeksverslag ter griffie en (f) enkele varia. Het materiële enquêterecht komt in paragraaf 4 (eerste fase) en paragraaf 5 (tweede fase) aan bod.

2 Kwantitatief overzicht

2.1 Uitspraken Hoge Raad

De Hoge Raad heeft in 2016 zeven uitspraken gedaan die voor het enquêterecht van belang zijn, waarvan vijf keer op een cassatieberoep tegen een beschikking van de OK in een enquêteprocedure. In *Museum Vastgoed Groep c.s.*² verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO. A-G Timmerman ging in zijn conclusie onder andere in op de enquêtebevoegdheid van de vereffenaar van een nalatenschap. In *SNS Reaal*³ verwierp de Hoge Raad in twee inhoudelijk

1 Jan Willem de Groot (advocaat), Marjolein Heuten (advocaat) en Elselique Hoogervorst (professional support lawyer) zijn allen werkzaam bij Houthoff Buruma. Wij zijn veel dank verschuldigd aan de Ondernemingskamer, en aan mr. R. Verheggen, secretaris van de Ondernemingskamer, in het bijzonder, voor het ter beschikking stellen van de gegevens uit het voorlopige jaarverslag van de OK die zijn gebruikt in het kwantitatieve overzicht (par. 2). Voor de goede orde vermelden wij dat verschillende zaken die in deze kroniek aan de orde komen, bij ons kantoor in behandeling zijn (geweest).

2 HR 18 maart 2016, ARO 2016/51 (*Museum Vastgoed Groep c.s.*).

3 HR 4 november 2016, ARO 2016/148 en 149, JOR 2017/1 m.nt. K. Spruitenburg (*SNS Reaal*).

gelijkluidende uitspraken de cassatieberoepen die waren gericht tegen het oordeel van de OK⁴ dat onteigening van aandelen niet in de weg stond aan de bevoegdheid van de voormalige aandeelhouders een enquêteverzoek in te dienen. Ook in *Meavita*⁵ deed de Hoge Raad in twee parallelle zaken uitspraak. De OK⁶ had in 2015 vastgesteld dat sprake was van wanbeleid en daarvoor leden van de raden van bestuur en de toezichthoudende organen verantwoordelijk gehouden. Tevens had de OK ten behoeve van curatoren en Abvakabo FNV bepaald dat de onderzoekskosten konden worden verhaald op een aantal bestuurders en toezichthouders die verantwoordelijk waren voor het onjuiste beleid. De Hoge Raad vernietigde de beschikking van de OK, omdat deze niet was gegeven door het wettelijk vereiste aantal raadsheren. Verder wijdde de Hoge Raad overwegingen aan het verhaal van de onderzoekskosten. In *Cordial*,⁷ een Antilliaanse zaak, maakte de Hoge Raad duidelijk dat de *Slotervaart*-leer ook geldt voor het enquêterecht op Curaçao en dat sprake kan zijn van verwerking van het recht een enquête te verzoeken. Ook werd ingegaan op de verhouding tussen art. 2:21 BWC/2:15 BW en de vernietiging van besluiten in een enquêteprocedure. Tot slot is het arrest van de Hoge Raad inzake *MEI*⁸ vermeldenswaard. De Hoge Raad overwoog dat noch uit de tekst, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 2:353 lid 2 BW volgt dat van een voor eenieder ter inzage gelegd onderzoeksverslag geen afschrift aan een derde mag worden verstrekt. Een adequate invulling van de beslissing tot openbaarmaking van een onderzoeksverslag brengt mee dat dit mag worden toegezonden aan de belangstellende die daarom heeft gevraagd, aldus de Hoge Raad. Deze uitspraak zag niet op een beschikking van de OK in een enquêteprocedure maar is voor de praktijk van de OK van belang. Alle genoemde uitspraken komen in deze kroniek aan de orde.

2.2 Beschikkingen Ondernemingskamer

2.2.1 Enquêteverzoeken

In 2016 werden 120 verzoeken in enquêtezaken ingediend, waarvan 98 betrekking hadden op de eerste fase van de enquêteprocedure, een aantal dat iets lager ligt dan in de vorige twee jaren. Van deze 98 verzoeken zagen er acht enkel op een enquêteverzoek en 64 op een enquêteverzoek met onmiddellijke voorzieningen. In negen gevallen werd alleen een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen gedaan. In de overige 17 gevallen was sprake van diverse verzoeken, bijvoorbeeld aan de rechter-commissaris of de voorzitter, of een verzoek tot uitbreiding van een reeds gelast onderzoek.

4 Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *ARO* 2015/183 (*SNS Reaal*).

5 HR 18 november 2016, *ARO* 2016/184 en 185, *JOR* 2017/30 m.nt. A. Hammerstein (*Meavita*).

6 Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *ARO* 2015/232 (*Meavita*).

7 HR 11 november 2016, *ARO* 2016/164, *JOR* 2017/2 m.nt. K. Spruitenburg (*Cordial c.s.*).

8 HR 2 december 2016, *NJ* 2017/1, *Ondernemingsrecht* 2017/28 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Eisers/Staat*).

In 2016 zijn 35 verzoeken ingetrokken voor, ter of na de zitting. In 23 zaken is ter zitting een minnelijke regeling getroffen. In twee gevallen was sprake van ambtshalve doorhaling voor de zitting.

Het aantal in 2016 gegeven beschikkingen bedroeg 190, waarvan 177 beschikkingen in de eerste fase, een aantal dat iets hoger ligt dan in 2015 maar ongeveer gelijk is aan 2014. De OK heeft het enquêteverzoek (zonder verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen) in drie gevallen toegewezen en in zes gevallen afgewezen. Van de enquêteverzoeken met onmiddellijke voorzieningen zijn 25 toegewezen en negen afgewezen. In één geval is het enquêteverzoek toegewezen, maar heeft de OK geen onmiddellijke voorzieningen willen treffen. Het enkele verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen is vijf keer toegewezen en eveneens vijf keer afgewezen. Het grootste deel van de overige beschikkingen zag op diverse onderwerpen als het aanwijzen van een onderzoeker, inzage in het onderzoeksverslag en beëindiging van de procedure wegens het bereiken van een minnelijke regeling. Het ging daarbij om 123 beschikkingen van diverse aard, een duidelijke groei ten opzichte van 2015 (110 beschikkingen) en 2014 (112). Opvallend was dat het aantal benoemde onderzoekers ten opzichte van het aantal bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemde personen verder afnam. Onmiddellijke voorzieningen lijken daarmee te voorzien in de behoefte van partijen in het enquêterecht.

De doorlooptijd voor wat betreft de beslisperiode (tijd tussen de mondelinge behandeling en de eerste uitspraak in 2016 op het verzoek) bedroeg dit jaar gemiddeld 46 kalenderdagen. Daarmee zette de OK de dalende lijn voort van de voorgaande twee jaren (64 dagen in 2014 en 53 dagen in 2015). De behandelperiode (tijd tussen indiening van het verzoek en de mondelinge behandeling daarvan) bedroeg gemiddeld 52 dagen en de totale doorlooptijd 98 dagen.

2.2.2 *Verzoeken tot treffen van onmiddellijke voorzieningen*

In 2016 is het aantal verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in de eerste fase opnieuw afgenomen, net als het aantal enquêteverzoeken met een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. De OK heeft in de eerste fase in 30 zaken het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, al dan niet met een enquêteverzoek, toegewezen. Onder onmiddellijke voorzieningen worden in de telling begrepen de spoedvoorzieningen voorafgaand aan een enquêteverzoek en nadere onmiddellijke voorzieningen in de onderzoeksfase. In 15 gevallen is dit verzoek afgewezen, waarvan in één zaak het enquêteverzoek is toegewezen maar geen onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen. De reden daarvoor was dat in de onderneming op dat moment geen bedrijfsactiviteiten werden ontplooid zodat de toestand van de vennootschap niet tot het treffen van de gevraagde onmiddellijke voorzieningen noopte.⁹

⁹ Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2016, ARO 2016/83 (XRC Connect).

Onmiddellijke voorzieningen die het meest werden getroffen waren de benoeming van een tijdelijk bestuurder (24 keer), de benoeming van een beheerder van aandelen (22 keer) en de schorsing van een bestuurder (16 keer). De benoeming en schorsing van een commissaris, het ontslag van een bestuurder, de wijziging van statuten en ontbinding komen aanmerkelijk minder voor (vijf keer of minder). De OK heeft regelmatig het benoemen van een onderzoeker na het treffen van onmiddellijke voorzieningen en het toewijzen van het enquêteverzoek enige tijd aangehouden.¹⁰

In 2016 is in drie geschillen over het treffen van onmiddellijke voorzieningen in de tweede fase beslist.¹¹

2.2.3 Verzoeken tot vaststellen van wanbeleid en treffen van voorzieningen

In 2016 zijn 22 verzoeken ingediend met betrekking tot de tweede fase. Dat zijn er beduidend meer dan in 2015 (10), 2014 (10) en 2013 (15). Van de 22 verzoeken zijn drie afzonderlijke wanbeleidverzoeken in één geschil (*ZED+*) ingediend. Verder zou het hogere aantal tweede faseverzoeken kunnen worden verklaard door het feit dat de onderzoeksfase minder vaak werd beëindigd in verband met een minnelijke regeling.

Er zijn 13 beschikkingen gegeven, waarbij drie verzoeken tot het vaststellen van wanbeleid zijn afgewezen en eveneens drie zijn toegewezen. In twee zaken heeft de OK als voorziening de rechtspersoon ontbonden.¹² In drie geschillen is over het treffen van onmiddellijke voorzieningen beslist.

De doorlooptijd in de tweede fase bedroeg voor wat betreft de beslisperiode (tijd tussen de mondelinge behandeling en de eerste uitspraak op het verzoek) gemiddeld 62 kalenderdagen. Dat is een aanzienlijke verkorting ten opzichte van 2015 (195 dagen, maar genormaliseerd 119 dagen) en 2014 (108 dagen). De gemiddelde

10 Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, *ARO* 2016/27 (*NOVO Exploitatie*); Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, *ARO* 2016/41 (*MeduProf-S*); Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strava Vastgoed en SR Horeca*); Hof Amsterdam (OK) 9 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2259 (*Gravier E. Beheer*); Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, *ARO* 2016/174 (*Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*); Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801 (*WiSH IP, WE Projects en SK Projects*); Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4717 (*DCS-Holding en Ortus Group*); Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, *ARO* 2016/63 (*Prien Holding*); Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2016, *ARO* 2016/136 (*Marpro International*); Hof Amsterdam (OK) 1 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5560 (*Seahorse Diving*).

11 In *Leaderland*: Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2016, *ARO* 2016/65 en Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO* 2016/66. Voorts Hof Amsterdam (OK) 12 april 2016, *ARO* 2016/118, *JOR* 2016/234 m.nt. P.D. Olden (*Phoenicia Hotel Holding*), Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2016, *ARO* 2016/159, *JOR* 2017/7 m.nt. T. Salemink (*Best Green*).

12 Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2016, *ARO* 2016/159, *JOR* 2017/7 m.nt. T. Salemink (*Best Green*), Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2016, *ARO* 2017/44 (*Sovereign Trust (Netherlands)*).

doorlooptijd tussen indiening van het verzoek en de eerste uitspraak in 2016 op het verzoek (behandelperiode) was gemiddeld 63 dagen en de totale gemiddelde doorlooptijd bedroeg 125 dagen.

3 Formeel enquêterecht

3.1 Type rechtspersoon

Ook in dit verslagjaar zagen vrijwel alle verzoeken op een enquête in kapitaalvennootschappen. In twee gevallen betrof het verzoek een enquête bij een stichting. De eerste zaak zag op een verzoek tot enquête bij de Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven.¹³ In de tweede zaak verzocht de cliëntenraad van Stichting Zorgorganisatie Niko een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij die stichting en haar rechtsvoorgangers.¹⁴ Over beide zaken volgt hieronder meer in verband met de ontvankelijkheid van verzoekers en belanghebbenden.

3.2 Type verzoeker

In veel gevallen werd een verzoek tot enquête ingediend door de aandeelhouder(s) van de vennootschap als genoemd in art. 2:346 lid 1 sub b en c BW. In een aantal gevallen stond daarbij de hoedanigheid van aandeelhouder ter discussie. In *Penn & Ink* werd betwist dat verzoeker aandeelhouder was, omdat voor de gewone burgerlijke rechter een procedure liep waarin een beroep werd gedaan op de vernietigbaarheid van een aandelentransactie op grond waarvan verzoeker de aandelen in *Penn & Ink* had verkregen.¹⁵ De OK overwoog dat vooralsnog niet was gebleken van een rechtsgeldige vernietiging en zag onvoldoende aanleiding vooruit te lopen op een mogelijk bevel tot teruglevering van de aandelen. Vooralsnog diende verzoeker dan ook te worden aangemerkt als aandeelhouder en was hij in die hoedanigheid ontvankelijk in zijn verzoek.

Een vergelijkbare kwestie speelde in *Partners In Finance Accountants & Adviseurs (PiF)*.¹⁶ PiF beriep zich op niet-ontvankelijkheid van verzoeker omdat deze geen aandeelhouder meer zou zijn in de zin van art. 2:346 lid 1 sub b BW. De koopovereenkomst waarmee verzoeker zijn belang in PiF had verworven was al vier jaar geleden bij onherroepelijk vonnis ontbonden. Verzoeker diende sindsdien de aandelen PiF terug te leveren, maar tot het moment van de OK beschikking was

13 Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, *ARO* 2016/174 (*Stichting de Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*).

14 Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2016, *ARO* 2017/1 (*Stichting Zorgorganisatie Niko*).

15 Hof Amsterdam (OK) 13 april 2016, *ARO* 2016/114 (*Penn & Ink*).

16 Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2016, *ARO* 2016/24 (*PiF*).

daaraan geen gevolg gegeven en zag het er niet naar uit dat dit op korte termijn alsnog zou gaan gebeuren. Deze situatie was volgens de OK niet gelijk aan de zaak *Drukkerij Vlasveld*¹⁷ waar PiF zich op beriep. In *Drukkerij Vlasveld* had de aandeelhouder zich niet alleen verbonden tot het overdragen van zijn aandelen, maar hadden alle betrokkenen over de tekst van de akte van levering overeenstemming bereikt en was die akte al voorzien van een handtekening van de aandeelhouder. In *Drukkerij Vlasveld* oordeelde de OK daarom dat de aandeelhouder niet ontvankelijk was in zijn enquêteverzoek. De aandelenoverdracht door verzoeker in de zaak *PiF* stond echter op lossere schroeven, als gevolg waarvan de OK het beroep op niet-ontvankelijkheid verwierp.

In *Energy Engineering Solutions (EES) International* oordeelde de OK in vergelijkbare zin. Van het vonnis van de rechtbank op grond waarvan verzoeker al zijn aandelen EES zou moeten overdragen was appel ingesteld en het vonnis was niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard. De OK ging er daarom vanuit dat verzoeker ten tijde van het indienen van het verzoekschrift aandeelhouder was in de zin van art. 2:346 lid 1 sub b BW.¹⁸

Enigszins vergelijkbaar met deze zaken is de procedure inzake *Eshuis Beheer*,¹⁹ waarin de vraag speelde of een commissaris op het moment van indienen van het enquêteverzoek namens de vennootschap wel die functie bekleedde.²⁰ De nietigheid of vernietigbaarheid van het besluit tot benoeming van deze commissaris was echter niet ingeroepen zodat de OK moest uitgaan van geldigheid daarvan en het verzoek dus ontvankelijk achtte.

Van groot belang voor de praktijk is verder de uitspraak van de Hoge Raad in *SNS Reaal*.²¹ De Hoge Raad sanctioneerde de beslissing van de OK de door de Staat onteigende aandeelhouders ontvankelijk te verklaren in hun enquêteverzoek jegens SNS Reaal.²² Uitgangspunt in cassatie was dat verzoekers (VEB c.s. en Stichting

17 Hof Amsterdam (OK) 9 juli 1987, *NJ* 1989/269 (*Drukkerij Vlasveld*).

18 Hof Amsterdam (OK) 29 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5081 (*EES International*).

19 Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2016, *ARO* 2016/40 (*Eshuis Beheer en Eshuis*).

20 Zijn benoeming had namelijk plaatsgevonden tijdens een aandeelhoudersvergadering ten aanzien waarvan de OK in een eerdere beschikking had overwogen dat een gerechtvaardigd vermoeden bestond dat het de opzet was tijdens die vergadering tot besluitvorming te komen, onder meer zonder voorafgaande gedachtwisseling tussen de aandeelhouders. Zie r.o. 3.5 met verwijzing naar r.o. 3.11 van de eerdere beschikking van de OK inzake *Eshuis Beheer* (Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/181).

21 Hoge Raad 4 november 2016, *ARO* 2016/148 en 149, *JOR* 2017/1 m.nt. K. Spruitenburg (*SNS Reaal*).

22 Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *ARO* 2015/183 (*SNS Reaal*), waarover B.F. Assink en M.J. Kroeze, 'Kroniek enquêterecht 2015', in: M. Holtzer, D. Strik en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 42.

Beheer) voor de onteigening voldeden aan de kapitaalseis. De Hoge Raad sloot aan bij de *Slotervaart*-beschikking waarin hij oordeelde dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat een aandeelhouder die door de uitgifte van aandelen niet langer aan de kapitaalseis voldoet een verzoek tot enquête kan indienen, mits (1) het verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar die uitgifte en (2) verzoeker stelt dat er gegronde redenen bestaan voor twijfel aan een juist beleid of juiste gang van zaken bij die uitgifte. Beide situaties hebben gemeen dat verzoekers niet meer aan de kapitaalseis voldeden om een reden die zij niet hadden kunnen verhinderen, terwijl het door hen verzochte onderzoek juist zou moeten zien op het beleid en de gang van zaken die ertoe hadden geleid dat zij niet langer aan die eis voldeden. Om die reden bracht de strekking van het enquêterecht in de visie van de Hoge Raad ook in het geval van *SNS Reaal* mee dat verzoekers bevoegd waren een enquêteverzoek in te dienen. Daaraan stond niet in de weg dat verzoekers in het geheel niet meer de hoedanigheid van aandeelhouder hadden. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat het verband tussen het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en het niet meer voldoen aan de kapitaalseis minder direct was dan in *Slotervaart* (de onteigening was namelijk het directe gevolg van een handeling van een derde (de Staat) en niet van de rechtspersoon). De onteigening kon immers niet los worden gezien van het daaraan voorafgaande beleid binnen *SNS Reaal*. Daar kwam volgens de Hoge Raad nog bij dat de onteigening er mede toe strekte een faillissement te voorkomen, in welk geval de aandeelhouders ook ontvankelijk zouden zijn geweest in hun enquêteverzoek. Dat, anders dan in geval van faillissement, een recht op schadeloosstelling bestaat bij onteigening, deed daaraan in de visie van de Hoge Raad niet af nu deze lager zou kunnen uitpakken door het beleid en de gang van zaken van *SNS Reaal* in de periode voorafgaand aan de onteigening. De Hoge Raad benadrukte dat zijn beslissing geen uitbreiding betekent van de kring van enquêtegerechtigden.²³

In een Antilliaanse zaak maakte de Hoge Raad duidelijk dat de *Slotervaart*-leer ook geldt voor het enquêterecht op Curaçao en de kapitaalseis van art. 2:272 lid 1 sub c BWC.²⁴ Die leer geldt niet slechts als het enquêteverzoek binnen redelijke termijn of met bekwame spoed is gedaan. Het ging in deze zaak om emissiebesluiten waardoor verzoekers niet langer aan de kapitaalseis voldeden. In lijn met *Slotervaart* werden zij echter wel ontvankelijk verklaard omdat hun enquêteverzoek (mede) zag op een onderzoek naar de totstandkoming en uitvoering van die emissiebesluiten en zij hadden gesteld dat er gegronde redenen waren te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij de totstandkoming en uitvoering daarvan.

De OK heeft in 2016 ook diverse beschikkingen gegeven die zagen op de vraag of anderen dan aandeelhouders bevoegd waren tot het indienen van een enquêtever-

²³ Zie r.o. 3.5.4 - 3.5.7.

²⁴ Hoge Raad 11 november 2016, *ARO* 2016/164, *JOR* 2017/2 m.nt. K. Spruitenburg (*Cordial c.s.*).

zoek. De zaak *Eshuis Beheer* (waarin een commissaris het enquêteverzoek namens rechtspersoon indiende) kwam hiervoor al ter sprake.

In *Stichting Zorgorganisatie Niko*²⁵ had de cliëntenraad van deze stichting een enquêteverzoek ingediend. Het beroep op niet-ontvankelijkheid van de cliëntenraad in zijn verzoek werd door de OK verworpen. De cliëntenraad was op grond van de statuten van Stichting Zorgorganisatie Niko enquêtebevoegd (zie art. 2:346 lid 1 sub e BW) – een bevoegdheid die overigens op grond van art. 6.2 van het Uitvoeringsbesluit van de Wet Toelating Zorginstellingen aan een cliëntenraad moet worden toegekend.²⁶ Dit verzoek kon zich ook uitstrekken over het beleid en de gang van zaken van de rechtsvoorgangers van deze stichting, aldus de OK.²⁷

In *Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*²⁸ diende de OK te oordelen over de vraag of de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ), die in deze procedure opkwam als belanghebbende, kon worden ontvangen in haar zelfstandig tegenverzoek tot het gelasten van een enquête. Bij Stichting De Gelderhorst was sprake van ernstig verstoorde verhoudingen tussen de diverse organen van de Stichting. De raad van toezicht verzocht zodoende om een enquête. IGZ diende bij verweerschrift een zelfstandig verzoek in tot het houden van een enquête bij de stichting. De OK merkte IGZ aan als belanghebbende, waarover hierna meer, maar achtte IGZ niet-ontvankelijk in haar verzoek nu zij niet tot de kring van enquêtebevoegden behoort zoals neergelegd in de artt. 2:346 en 2:347 BW. Onder verwijzing naar *e-Traction*²⁹ overwoog de OK dat IGZ als belanghebbende op grond van art. 282 lid 4 Rv wél bevoegd is onmiddellijke voorzieningen te verzoeken en haar standpunt kenbaar te maken.

Vermeldenswaardig is verder de beschikking van de Hoge Raad inzake de nalatenschap van Willem Endstra.³⁰ Tot de nalatenschap behoorden aandelen in verschillende vennootschappen. Bij de vereffenaar van de boedel waren vragen gerezen met betrekking tot het gevoerde beleid bij die vennootschappen sinds het overlijden van Endstra, waarop zowel de erven als de vereffenaar een enquêteverzoek indienden. De OK oordeelde dat de vereffenaar van een nalatenschap

25 Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2016, *ARO* 2017/1 (*Stichting Zorgorganisatie Niko*).

26 Zie hierover ook M.J. van Uchelen-Schipper, 'De raad van toezicht bij een zorgstichting binnen een groepsverband of samenwerkingsverband', *WPNR* 2016/7124.

27 Zie r.o. 3.4.

28 Hof Amsterdam (OK) 04 juli 2016, *ARO* 2016/174 (*Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*), *JOR* 2016/299 m.nt. R.C. de Mol.

29 HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393 m.nt. P. van Schilfgaarde (*e-Traction*). Zie over dit arrest ook H.-J. de Kluiver, 'Over M, de Q van ons ondernemingsrecht, en over tractie in het ondernemingsrecht', in C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 207-217.

30 HR 18 maart 2016, *ARO* 2016/51 (*Museum Vastgoed groep c.s.*).

zelfstandig enquêtebevoegd is. De vereffenaar werd op één lijn gesteld met de faillissementscurator die ook enquêtebevoegd is. A-G Timmerman merkte in zijn conclusie op dat dit oordeel hem juist leek en daartegen werd in cassatie ook niet opgekomen. De Hoge Raad had eerder al geoordeeld dat een enquêteverzoek door de faillissementscurator als een daad van beheer met betrekking tot een vermogensbestanddeel van de failliete boedel moet worden aangemerkt. De vereffenaar heeft eveneens de taak het vermogen van de boedel te beheren, zodat ook hij enquêtebevoegd moet worden geacht, aldus Timmerman.³¹ In de procedure inzake de nalatenschap van Endstra werd niet betwist dat een vereffenaar in algemene zin ontvankelijk kan zijn in een enquêteverzoek. Wel betwistten de erven dat de aandelen in de vennootschappen waar het enquêteverzoek op zag nog onderdeel waren van de door de vereffenaar te vereffenen boedel en om die reden waren zij van mening dat de vereffenaar in dit geval niet-ontvankelijk was. De betreffende aandelen waren voor de benoeming van de vereffenaar verdeeld, maar deze verdeling werd door de vereffenaar voor de burgerlijke rechter aangevochten. De OK had er ernstig rekening mee gehouden dat de vereffenaar de verdeling zou kunnen aantasten – anders dus dan in de hiervoor weergegeven zaak Penn & Ink. A-G Timmerman vond dat het oordeel van de OK niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigde omdat hij meende dat het voorlopig oordeel van de OK dat de verdeling van de aandelen kon worden aangetast juist was.³² De Hoge Raad heeft zich over bovenstaande vragen evenwel niet uitgelaten, maar het cassatieberoep verworpen met een beroep op art. 81 RO.³³

Tot slot was in *Beheersmaatschappij De Hoof Someren* aangevoerd dat verzoekers (gerechtigden in de onverdeelde gemeenschap van bloot eigendom van de aandelen in Beheersmaatschappij De Hoof Someren, waarvan de vader het vruchtgebruik had) niet-ontvankelijk waren in hun verzoek. De OK oordeelde anders. Aan de vader kwamen de winstrechten toe, maar dat nam niet weg dat verzoekers als bloot eigenaren een voldoende economisch belang hadden in de vennootschap om een enquêteverzoek in te kunnen dienen. Dat in de statuten was vermeld dat ‘*de deelgenoten zich slechts door een door hen aan te wijzen persoon tegenover de vennootschap (kunnen) doen vertegenwoordigen*’ stond niet aan de enquêtebevoegdheid in de weg voor het geval de gerechtigden in de onverdeelde gemeenschap van bloot eigendom van de aandelen het daarover niet eens zouden kunnen worden.³⁴

31 A-G Timmerman in 3.6 van zijn conclusie voor HR 18 maart 2016, ARO 2016/51. De OK heeft overigens al eerder een vereffenaar ontvangen in zijn enquêteverzoek, maar daartegen werd toen geen verweer gevoerd. Zie Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, ARO 2014/85 (*De Jong Holding en Beleggingen*).

32 Zie 3.16 van de conclusie.

33 HR 18 maart 2016, ARO 2016/51 (*Museum Vastgoed Groep c.s.*).

34 Hof Amsterdam (OK) 21 april 2016, ARO 2016/115 (*Beheersmaatschappij De Hoof Someren*).

3.3 *Kenbaar maken bezwaren ex art. 2:349 lid 1 BW*

Een enquêteverzoekende partij is op grond van art. 2:349 lid 1 BW niet-ontvankelijk in haar verzoek, indien zij de bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken niet schriftelijk kenbaar heeft gemaakt aan het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap en de rechtspersoon niet een zodanige termijn heeft gegund dat deze de bezwaren redelijkerwijze heeft kunnen onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen heeft kunnen nemen.

Een beroep op niet-ontvankelijkheid komt slechts toe aan de rechtspersoon.³⁵ Wanneer de rechtspersoon zelf een enquêteverzoek indient, gelden deze eisen niet. Wel moeten de raad van commissarissen, het bestuur en de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk van het (voornemen tot) indienen van een enquêteverzoek op de hoogte worden gesteld (art. 2:349 lid 1 BW derde zin).³⁶

In de praktijk gaat de OK soepel om met de toets van art. 2:349 lid 1 BW. Zo oordeelde de OK in één geval dat het geheel niet versturen van een bezwarenbrief niet in de weg stond aan ontvankelijkheid van verzoeker.³⁷ In deze procedure trad DBWM op als verzoeker van een enquête bij zichzelf en (bij gecombineerd verzoekschrift) Beaumont als verzoeker van een enquête bij DB Holding. Beaumont was samen met Dijkstra aandeelhouder van DB Holding en bestuurder van DB Holding en DBWM. DB Holding was meerderheidsaandeelhouder in DBWM. Door Dijkstra c.s. werd aangevoerd dat DBWM niet-ontvankelijk was in haar verzoek omdat zij het verzoekschrift *'rauwelijks'* had ingediend, zonder te voldoen aan het voorschrift van art. 2:349 lid 1 derde zin BW. Beaumont zou niet-ontvankelijk zijn in zijn verzoek omdat hij zijn bezwaren niet schriftelijk kenbaar had gemaakt aan het bestuur van DB Holding. De OK ging hier niet in mee. Ten aanzien van DBWM gold dat het ging om een enquêteverzoek door de vennootschap zelf waarbij, zoals hiervoor is toegelicht, niet de eis geldt dat bezwaren van tevoren kenbaar zijn gemaakt. Bovendien, en dat gold ook voor het verzoek tegen DB Holding, oordeelde de OK dat Dijkstra c.s. blijkens eigen stellingen op de hoogte waren van de ernstige verstoorde verhoudingen binnen de verschillende organen van de vennootschappen en dat, mede gezien de sterke verwevenheid tussen DBWM en DB Holding, voorbij diende te worden gegaan aan het verweer dat niet eerst een

³⁵ Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2016, *ARO* 2016/46 (*Delco Participation*) en Hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, *ARO* 2016/133, *JOR* 2016/194 m.nt. S.C.M. van Thiel (*Cunico Resources*).

³⁶ Zie over de vraag of een beursvennootschap een dreigend enquêteverzoek openbaar moet maken D.R. Doorenbos, 'Van voorwetenschap tot nawetenschap', in C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 97-105.

³⁷ Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2016, *ARO* 2016/177 (*DBWM en DB Holding*).

bezwarenbrief aan DB Holding was gericht en Dijkstra zich als bestuurder van DBWM door het enquêteverzoek overvallen heeft gevoeld.³⁸

Ook hoeven niet steeds alle bezwaren die een verzoeker ten grondslag legt aan het enquêteverzoek kenbaar te worden gemaakt in de bezwarenbrief. In *Waitingroom Media*³⁹ oordeelde de OK dat ‘in ieder geval de belangrijkste’ bezwaren voldoende bleken uit de brief van verzoeker en verwierp zij het beroep op niet-ontvankelijkheid.⁴⁰ In *Intrasonics Holding* vond de OK voldoende dat de bezwaren in het verzoekschrift ‘grotendeels’ op dezelfde onderwerpen betrekking hadden als de bezwaren in de bezwarenbrief.⁴¹ Ook toegestaan is het uiten van bezwaren tegen het beleid van de vennootschap tijdens een aandeelhoudersvergadering en het nadien vastleggen daarvan in de notulen. Dat blijkt uit de beschikking van de Hoge Raad in *Cordial* die zag op art. 2:273 BWC, het Antilliaanse equivalent van art. 2:349 lid 1 BW. Het is daarbij wel van belang dat de vennootschap de gelegenheid heeft gehad de bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen.⁴²

Op dit laatste punt is de OK evenmin bijzonder streng.⁴³ Zo oordeelde zij dat aan de eisen van deze bepaling was voldaan in het geval dat een enquêteverzoek was ingediend op 10 oktober 2016, voorafgegaan door een e-mail op 12 september 2016 en een brief op 21 september 2016, beide met bezwaren.⁴⁴ Korter nog was de termijn tussen bezwaar en verzoek in een andere procedure waarin het enquêteverzoek twee weken na het versturen van de brief met bezwaren was ingediend. De OK verwierp het beroep op niet-ontvankelijkheid op grond van art. 2:349 lid 1 BW, omdat niet was toegelicht waarom deze termijn verweerder onvoldoende gelegenheid zou hebben geboden de bezwaren te onderzoeken en evenmin welke maatregelen zij had willen treffen indien het tijdsverloop langer was geweest.⁴⁵

3.4 Rechtsverwerking

In de hiervoor reeds genoemde zaak *Cordial*⁴⁶ oordeelde de Hoge Raad ook over de vraag of sprake was van verwerking van het recht een verzoek tot enquête in te

38 Zie r.o. 3.5.

39 Hof Amsterdam (OK) 10 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4558 (*Waitingroom Media*).

40 Zie r.o. 3.3.

41 Hof Amsterdam (OK) 9 september 2016, *ARO* 2017/7 (*Intrasonics Holding*). Zo ook Hof Amsterdam (OK) 29 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5081 (*EES International*).

42 Hoge Raad 11 november 2016, *ARO* 2016/164, *JOR* 2017/2 m.nt. K. Spruitenburg (*Cordial c.s.*).

43 Zie ook Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/26 (*Loda Holding*).

44 Hof Amsterdam (OK) 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5562 (*Kinderdagverblijf Het Zaans Stationnetje*).

45 Hof Amsterdam (OK) 13 april 2016, *ARO* 2016/114 (*Penn & Ink*).

46 HR 11 november 2016, *ARO* 2016/164, *JOR* 2017/2 m.nt. K. Spruitenburg (*Cordial c.s.*). Zie over de *Cordial*-beschikking en rechtsverwerking ook D.L. Barbiers, ‘Verwerking van het enquêterecht’, *MvO* 2016, p. 274-283.

dienen. Deze beschikking is met name interessant, zoals A-G Timmerman ook opmerkt in zijn conclusie voor het arrest,⁴⁷ omdat de Hoge Raad zich nog nooit eerder had uitgelaten over de vraag of überhaupt sprake kan zijn van verwerking van het recht een enquête te verzoeken.

Het Gemeenschappelijk Hof had in deze zaak geoordeeld dat sprake was van rechtsverwerking omdat (1) tussen het uiten van de bezwaren tijdens de aandeelhoudersvergadering en het indienen van het verzoek bijna vijf jaar was verstreken en (2) verzoeker bovendien drie jaar had gewacht om in actie te komen met een enquêteverzoek, terwijl hij sinds de invoering van het enquêterecht op Curaçao op 1 januari 2012 de mogelijkheid had een enquêteverzoek in te dienen. Daarmee had verzoeker volgens het Gemeenschappelijk Hof het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat hij zich bij het handelen waarover hij eerder had geklaagd had neergelegd. Dit oordeel werd in cassatie aangevochten.

In zijn beschikking bevestigde de Hoge Raad dat sprake kan zijn van verwerking van het recht een enquête te verzoeken, waarbij hij eerst uiteenzette wat nodig is om rechtsverwerking aan te kunnen nemen:

‘Om rechtsverwerking te kunnen aannemen is nodig dat de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is enkel tijdsverloop daarvoor onvoldoende. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet meer geldend zal maken, of waardoor de positie van de wederpartij onredelijk verzwaard of benadeeld zou worden indien het recht of de bevoegdheid alsnog geldend wordt gemaakt (...). Tijdsverloop kan wel als een van de relevante omstandigheden meewegen bij beoordeling van de vraag of de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Een en ander geldt evenzeer voor het aannemen van rechtsverwerking ter zake van de bevoegdheid een enquête te verzoeken.’

De Hoge Raad vernietigde de beschikking van het Gemeenschappelijk Hof, kort gezegd omdat ‘stil zitten’ alleen tot rechtsverwerking kan leiden daar waar een bepaald handelen had mogen worden verwacht van verzoeker. Het Hof had dit laatste echter niet vastgesteld of gemotiveerd.

47 Zie A-G Timmerman in 3.11 van zijn conclusie.

3.5 Geschillen van louter vermogensrechtelijke aard

Geschillen van louter vermogensrechtelijke aard komen volgens vaste jurisprudentie niet in aanmerking voor beslechting in een enquêteprocedure.⁴⁸ De Hoge Raad overwoog reeds in 2005 (*Unilever*) dat het enquêteverzoek betrekking dient te hebben op de doeleinden van de enquêteprocedure (kortweg: herstel van gezonde verhoudingen binnen de onderneming, opening van zaken en vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk wanbeleid).⁴⁹ Wanneer verzoeker echter (tevens) het vennootschappelijk beleid aan de orde stelt, kan hij in zijn verzoek worden ontvangen.⁵⁰ Dat was niet het geval in *Flextra*. De failliete verzoeker gaf aan de enquêteprocedure te willen voortzetten buiten bezwaar van de boedel omdat deze dienstig kon zijn aan de vaststelling van de status van vorderingen die de Flextra-vennootschappen op hem hadden. De OK oordeelde dat dit standpunt het faillissementsrecht miskende en voorts dat het beslechten van vermogensrechtelijke geschillen niet tot de doeleinden van het enquêterecht behoort.⁵¹ In andere uitspraken in dit verslagjaar oordeelde de OK echter dat geen sprake was van een louter vermogensrechtelijk geschil. In *Intrasonics Holding* had een van de aandeelhouders van Intrasonics Holding een enquêteverzoek ingediend en aan het verzoek ten grondslag gelegd dat (1) deze vennootschap haar aandelen in haar Franse dochter voor een veel te lage prijs en zonder zorgvuldige voorbereiding had verkocht en (2) niet voldoende informatie had verstrekt. Bovendien (3) voldeed de jaarrekening niet aan de daarvoor geldende normen en was deze misleidend, aldus verzoeker. Daartegen werd onder meer het verweer gevoerd dat het verzoek louter betrekking had op een vermogensrechtelijk geschil over de overdrachtprijs en dat het de aandeelhouder alleen te doen was om vernietiging van de besluiten tot vaststelling van de jaarrekening en tot verkoop van de aandelen. De OK besliste anders. Het verzoek zag, gelet op aard en inhoud van de aangevoerde gronden, niet louter op een vermogensrechtelijk geschil. Het beoogde onder meer openheid van zaken te krijgen over de gang van zaken rond (de aanvaarding van) het bod op aandelen.⁵²

48 Zie over dit onderwerp J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'Vermogensrechtelijke geschillen in het enquêterecht', in C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 29-38 en mede over de verhouding van de OK tot de gewone rechter F. Eikelboom, 'Het combineren van de enquêteprocedure met een andere procedure' in M. Holtzer, D. Strik en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134, Deventer: Wolters Kluwer 2016 en J.H.M. Willems, 'Mag de ondernemingskamer een ondernemingsrecht met eigen karakter ontwikkelen?' in M.J. Kroeze en J.B. Wezeman (red.), *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 169 e.v.

49 HR 18 november 2005, *NJ* 2006/173 m.nt. J.M.M. Macijer (*Unilever*).

50 Zie voor het verslagjaar bijv. Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2016, *ARO* 2016/39 (*FER*).

51 Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2016, *ARO* 2016/88, *JOR* 2016/192 m.nt. A.C.A.D. Bakker (*Flextra c.s.*).

52 Hof Amsterdam (OK) 9 september 2016, *ARO* 2017/7 (*Intrasonics Holding*).

Ook in *WiSH IP* werd het verweer gevoerd dat sprake was van een vermogensrechtelijk geschil, namelijk de nakoming van een contractuele plicht tot het aanbieden van aandelen waarover ook een rechtbankprocedure aanhangig was. Voor de beoordeling van dit verweer achtte de OK relevant dat al geruime tijd een conflict bestond tussen de twee aandeelhouders en bestuurders van *WiSH IP* en daardoor sprake was van een impasse die doorwerkte in het functioneren van de dochters van *WiSH IP*. Het geschil was dan ook niet louter vermogensrechtelijk, wat er ook zij van de vraag naar de eventuele aanbiedingsplicht, aldus de OK.⁵³ Een laatste te bespreken voorbeeld uit dit verslagjaar vinden we in *PiF*. Het verweer van *PiF* dat het gros van de bezwaren van verzoeker zag op vermeende geldvorderingen en dat de bezwaren die betrekking hadden op de jaarrekeningen hooguit konden leiden tot hogere winst en een hoger eigen vermogen, werd niet gehonoreerd. De bezwaren zagen ook op het functioneren van de organen van de vennootschap, zoals de wijze waarop de rechten van de minderheidsaandeelhouder waren beknot en de wijze waarop een aantal posten in de jaarrekeningen was verantwoord. Bovendien had verzoeker aangevoerd dat met het verzoek opening van zaken was beoogd en vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid rustte voor mogelijk wanbeleid.⁵⁴

3.6 *Enquêtebevoegdheid*

3.6.1 *Concernenquête*

In een aantal beschikkingen heeft de OK dit verslagjaar een inhoudelijk oordeel gegeven over de vraag of sprake diende te zijn van een concernenquête.⁵⁵ Daarbij wordt de lijn gevolgd van het arrest *Landis*, dat nog niets aan waarde heeft ingeboet. Aandeelhouders van een moedermaatschappij kunnen onder omstandigheden, wanneer de economische werkelijkheid daartoe aanleiding geeft, een enquête verzoeken die zich tevens richt op het gevoerde beleid van een dochtermaatschappij waarin zij niet rechtstreeks aandelen houden. Dit is het geval als moeder en dochter een economische en organisatorische eenheid vormen onder gemeenschappelijke leiding en vrijwel geheel sprake is van een personele unie voor wat betreft het bestuur. In dit criterium ligt besloten dat binnen de dochter geen sprake zal zijn van enig ten opzichte van de moeder zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid, en dat het beleid en de gang van zaken van die dochter de belangen van de aandeelhouders van de moeder evenzeer en op gelijke wijze raken als het beleid en de gang van zaken van de moeder zelf.⁵⁶

53 Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801 (*WiSH IP, WE Projects en SK Projects*).

54 Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2016, *ARO* 2016/24 (*PiF*).

55 Zie over het concern meer algemeen S.M. Bartman, 'De Hoge Raad weet zich niet goed raad met het concern', *Ondernemingsrecht* 2016/77.

56 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Landis I*).

In de hiervoor al besproken zaak *WiSH IP*, werd door één van de twee aandeelhouders van de moedervenootschap *WiSH IP* een concernenquête verzocht bij de moeder en twee dochters – een verzoek dat overigens expliciet moet worden gedaan. Het verweer luidde dat de verschillende entiteiten geen economische en organisatorische eenheid vormden en evenmin sprake was van een personele unie. In een poging het conflict tussen de twee aandeelhouders en (middellijk) bestuurders op te lossen was de moedervenootschap gedurende de periode van 1 januari 2016 tot 1 november 2016 ontslagen als bestuurder van de twee dochtervenootschappen. Het enquêteverzoekschrift werd op 27 september 2016 ingediend, op het moment dus dat de bestuurlijke band tussen moeder- en dochtervenootschappen was verbroken. Het verzoek zag op het gelasten van een onderzoek vanaf 1 januari 2014. De OK honoreerde het verweer niet. Zij oordeelde dat sprake was van een concern met twee aandeelhouders die (middellijk) bestuurder en aandeelhouder waren van alle entiteiten. Het beleid en de gang van zaken van de dochters raakten de belangen van de aandeelhouders van *WiSH IP* evenzeer en op gelijke wijze als het beleid en de gang van zaken van *WiSH IP* zelf. Dat de personele unie gedurende een korte periode was doorbroken, deed hieraan niet af. De OK hechtte belang aan het feit dat de verzochte onderzoeksperiode mede betrekking had op de periode voor 1 januari 2016, dat na 1 november 2016 weer sprake was van een personele unie en dat dit zo van tevoren was afgesproken. Gelet op het doel en de strekking van het enquêterecht (waaronder de sanering en het herstel van gezonde verhoudingen en het verkrijgen van opening van zaken) waren verzoekers ontvankelijk in hun verzoek, aldus de OK.⁵⁷

Dezelfde toets legde de OK aan in *Meijbon Vastgoed Holding*, zij het wat summierder. De *Meijbon*-groep (moeder, dochters en kleindochters) vormde een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding, overwoog de OK. De moeder *Meijbon Vastgoed Holding* was (indirect) enig aandeelhouder en enig bestuurder van haar (klein)dochters en de activiteiten van deze venootschappen waren onderling nauw verweven. Gelet op doel en strekking van het enquêterecht was de aandeelhouder van de moeder daarom ook ontvankelijk in zijn verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de (klein)dochters.⁵⁸

57 Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801 (*WiSH IP, WE Projects en SK Projects*).

58 Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2016, *ARO* 2016/139 (*Meijbon Vastgoed Holding c.s.*). Zie voorts Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue Beheer c.s.*) en Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara Vastgoed*) waarin de OK een concernenquête gelastte, overwegende dat tussen partijen niet in geschil was dat sprake was van een concern en dat zij 'in de feiten en omstandigheden die in deze zaak naar voren zijn gekomen geen aanleiding [zag] anders te oordelen.'

3.6.2 Economische gerechtigdheid

Het leerstuk van de economische gerechtigdheid moet worden onderscheiden van de concernenquête. Zoals hiervoor is weergegeven is bij een concernenquête de relatie tussen moeder- en dochtervennootschap van belang. Bij de economische gerechtigdheid gaat het om de relatie tussen de enquêteverzoekende partij en de dochtervennootschap waarin hij een indirect belang houdt. Dit is uitgewerkt in het arrest *Chinese Workers*, waarin de Hoge Raad overwoog dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op een lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van art. 2:346 BW, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders.⁵⁹

De uitspraak in *FEIST* is de eerste waarin verzoeker ontvankelijk is verklaard onder toepassing van de maatstaf uit *Chinese Workers*. Het ging om het volgende. Verzoeker tot enquête Soops was (mede)aandeelhouder van EDG, die (mede)aandeelhouder was van FEIST. EDG had geen werknemers, geen omzet en geen eigen beleid. Alle ondernemingsactiviteiten werden door of in opdracht van FEIST verricht. Tussen Soops en EDG was overeengekomen dat het doel van EDG bestond uit het participeren in het aandelenkapitaal van FEIST en dat de uit de dividenden van FEIST ontvangen winsten door EDG werden uitgekeerd als dividenden aan haar aandeelhouders (waaronder Soops). Op grond van deze omstandigheden moesten de aandeelhouders van EDG volgens de OK worden aangemerkt als verschaffers van risicodragend kapitaal met een eigen economisch belang in FEIST, welk belang in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder en dienden zij voor toepassing van art. 2:346 lid 1 sub b BW gelijkgesteld te worden met aandeelhouders of certificaathouders.⁶⁰

Ook degene die zijn aandelen heeft moeten overdragen aan een door de OK aangestelde beheerder komt op dezelfde voet als de aandeelhouder of certificaathouder de in art. 2:346 lid 1 sub b BW geregelde bevoegdheid tot het doen van een enquêteverzoek toe, besliste de OK in *STN*.⁶¹ De overdracht ten titel van beheer van de door verzoeker in *STN* gehouden aandelen doet er niet aan af dat hij als verstrekker van risicodragend kapitaal een eigen economisch belang heeft behouden in *STN*.

59 HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Chinese Workers*). Zie ook G.P. Oosterhoff, 'Aandelenwaps en enquêtebevoegdheid', *Ondernemingsrecht* 2016/40.

60 Hof Amsterdam (OK) 12 juli 2016, *ARO* 2016/175, *JOR* 2016/272 m.nt. K. Spruitenburg (*FEIST*).

61 Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2016, *ARO* 2017/44 (*Sovereign Trust (Netherlands)*).

3.7 Verandering, vermeerdering of intrekking verzoek; ontslag van instantie

Zolang de rechter nog geen eindbeschikking heeft gegeven, is de verzoeker bevoegd het verzoek of de gronden daarvan te verminderen of het verzoek in te trekken (art. 283 Rv). Intrekking leidt tot niet-ontvankelijkheid van verzoeker in zijn verzoek.⁶² De verzoekende partij kan het verzoek ook nog vermeerderen of wijzigen zolang daarbij geen sprake is van strijd met de goede procesorde (art. 283 jo. 130 Rv). Volgens vaste rechtspraak kan een vermeerdering van het verzoek bij de mondelinge behandeling worden geaccepteerd, aldus de OK in *Höcker Vastgoed*, mits uiteraard de goede procesorde zich daar niet tegen verzet. Zij wees daarom het bezwaar dat de vermeerdering van eis in een eerder stadium van de procedure had kunnen worden gedaan van de hand.⁶³ Van strijd met de goede procesorde is geen sprake als verweerder niet onredelijk is bemoeilijkt in de mogelijkheid tot het voeren van verweer tegen de verandering of vermeerdering van het verzoek.⁶⁴ In *Fayrefield*⁶⁵ achtte de OK de vermeerdering van het verzoek bij de mondelinge behandeling wel in strijd met de goede procesorde. Het ging om een wat atypische zaak waarin ter inleiding van de tweede fase door verzoekster Plemaco een ‘akte’ was genomen. Deze akte had, gelet op het petitum daarvan, het karakter van een verzoek op de voet van art. 2:355 lid 1 BW.⁶⁶ Ook verweester Fayrefield had de ‘akte’ als zodanig aangemerkt. De vraag was vervolgens of deze akte ook volstond als tweede faseverzoek. De beantwoording van die vraag werd bemoeilijkt omdat, anders dan uit het systeem van het enquêterecht volgt, de ‘akte’ niet de gronden bevatte op basis waarvan de OK wanbeleid zou kunnen vaststellen, maar blijkens de beschikking slechts argumenten bevatte op grond waarvan Plemaco betoogde dat de onderzoeker vooringenomen was. Hiermee voldeed het verzoek van Plemaco dus niet alleen qua aanhef, maar ook in materieel opzicht niet aan de vereisten van art. 2:355 BW. Desalniettemin achtte de OK Plemaco ontvankelijk in haar verzoek, nu zij in deze akte van Plemaco twee gronden las waarop Plemaco’s verzoek tot vaststelling van wanbeleid en de verantwoordelijkheid daarvoor berustte. Vervolgens gaf Plemaco ter gelegenheid van de mondelinge behandeling te kennen zowel haar verzoek als de gronden daarvoor te willen wijzigen. Plemaco verzocht om een nieuwe enquête indien op basis van het voorliggende onderzoeksverslag geen wanbeleid kon worden vastgesteld. Het ging de OK te ver deze vermeerdering toe te staan. In de beschikking somde de OK de redenen op waarom wegens strijd met de goede procesorde deze vermeerdering buiten beschouwing diende te blijven. Hierbij greep de OK terug op de

62 Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 22 augustus 2016, ARO 2016/183 (*Rotterdamse Taxi Centrale RTC en RTC Franchise*).

63 Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2016, ARO 2016/50 (*Höcker Vastgoed*).

64 Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, ARO 2016/27 (*NOVO Exploitatie*), Hof Amsterdam (OK), 2 februari 2016, ARO 2016/50 (*Höcker Vastgoed*).

65 Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2016, ARO 2016/145 (*Fayrefield International*).

66 Zie r.o. 3.1 in de beschikking van de OK.

opmerkelijke wijze waarop Plemaco de tweede fase had ingeleid en de soepele wijze waarop de OK daarmee was omgegaan (de ‘welwillende lezing’ van de ‘akte’).⁶⁷ Voor wat betreft de toelaatbaarheid van wijziging van het verzoek – inclusief de gronden daarvoor – is voor de praktijk verder relevant dat de OK Plemaco verweet dat zij (1) na kennisname van het verweerschrift van Fayrefield heeft nagelaten reeds voor de zitting de gronden van haar verzoek te verduidelijken dan wel te vermeerderen, dat (2) Plemaco ook heeft nagelaten voorafgaand aan de zitting aan te kondigen dat zij haar verzoek zou vermeerderen en de gronden daarvan zou wijzigen en ten slotte (3) dat de nieuw aangevoerde gronden van Plemaco ook geen onderdeel uitmaakten van de beschikking op basis waarvan destijds het onderzoek was bevolen.

Over ontslag van instantie gaat de hiervoor al genoemde zaak *Flextra*. Wanneer een rechtsvordering is ingesteld door een partij die vervolgens failliet is verklaard, kan de curator besluiten het geding over te nemen. Doet hij dat niet, dan heeft verweerder in de enquêteprocedure het recht ontslag van instantie te vragen. Bij gebreke daarvan kan het geding tussen de gefailleerde en verweerder buiten bezwaar van de boedel worden voortgezet, zo volgt uit art. 27 Fw. In *Flextra* was verzoeker in de enquêteprocedure failliet verklaard nadat hij zijn verzoekschrift had ingediend. De curator wilde het geding niet over nemen, waarop een aantal van de verweerders ontslag van instantie vroeg. De curator had geen bezwaar tegen het verlenen van ontslag van instantie, maar de gefailleerde verzoeker wel. De OK wees het verzoek af. Zoals hiervoor is besproken, oordeelde zij dat (1) het verzoek in strijd was met het faillissementsrecht en (2) sprake was van een zuiver vermogensrechtelijk geschil. De OK verleende dan ook ontslag van instantie aan verweerders.⁶⁸ Ten aanzien van de resterende verweerders die niet om ontslag van instantie hadden gevraagd trok verzoeker zijn verzoek vervolgens in.⁶⁹

3.8 Belanghebbenden

Net zomin als 2015⁷⁰ is dit verslagjaar een bijzonder jaar geweest voor het begrip belanghebbende. Van een belanghebbende in de zin van art. 282 lid 1 Rv is sprake als deze bij de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat zij daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of anderszins zo nauw betrokken is bij het onderwerp van de procedure dat daarin

⁶⁷ R.o. 3.5 onder (d).

⁶⁸ Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2016, *ARO* 2016/88, *JOR* 2016/192 m.nt. A.C.A.D. Bakker (*Flextra* c.s.).

⁶⁹ Hof Amsterdam (OK) 25 april 2016, *ARO* 2016/89 (*Flextra* c.s.).

⁷⁰ Zie B.F. Assink en M.J. Kroeze, ‘Kroniek enquêterecht 2015’, in: M. Holtzer, D. Strik en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 49.

het belang is gelegen om in de procedure te verschijnen. Dit is vaste rechtspraak.⁷¹ In *Stichting de Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*, waar hiervoor al aandacht aan is besteed, kwam de vraag naar voren of de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) kon worden aangemerkt als belanghebbende. De OK overwoog dat IGZ, gelet op haar wettelijke taak en de nauwe betrokkenheid die daaruit voortvloeit bij de zorginstelling, kon worden aangemerkt als belanghebbende, nu het voor de hand lag dat de beslissing van de OK in deze zaak van invloed zou zijn op de wijze waarop IGZ haar wettelijke taken en bevoegdheden zou uitoefenen ten aanzien van De Gelderhorst.⁷²

3.9 Onderzoek

3.9.1 Reikwijdte en onderwerpen onderzoek

Ook dit jaar varieert per beschikking de wijze waarop de OK de opdracht aan de onderzoeker formuleert.⁷³ Als uitgangspunt geldt, zo overwoog de raadsheer-commissaris in *Xeikon*, dat de reikwijdte van het onderzoek (en daarmee de onderzoeksopdracht) wordt bepaald door het dictum van de beschikking in samenhang met de overwegingen waarop de beslissing berust. Een belangrijk richtpunt daarbij vormen de gegrond bevonden redenen om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken.⁷⁴ Deze reikwijdte blijkt dikwijls vrij groot. Regelmatig werd het aan de onderzoeker gelaten al dan niet onderzoek te doen naar bepaalde onderwerpen en te bepalen aan welke onderwerpen hij zijn tijd het beste kan besteden, al dan niet in het licht van het beperkte budget dat beschikbaar was.⁷⁵ Met de periode die dient te worden bestreken door het onderzoek gaat de OK economisch om: de OK achtte het doorgaans niet nodig het onderzoek toe te wijzen

71 Zie HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 486 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Scheipar*) en R. Hermans, 'Belanghebbenden en informanten in het enquêterecht: een beschouwing naar aanleiding van de Scheipar- en Eshuis Holding-beschikkingen', in C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 133-140.

72 Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, *ARO* 2016/174 (*Stichting de Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*). Zie voor een andere zaak waarin (summier) over de toelating van een partij als belanghebbende is geoordeeld Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2016, *ARO* 2016/40 (*Eshuis Beheer en Eshuis*).

73 Zie ook J.H. Lemstra en T. Salemink, 'Kroniek Enquêterecht 2014' in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 16-17.

74 Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2016, *ARO* 2016/154 (*Xeikon*).

75 Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, *ARO* 2016/63 (*Prien Holding*); Hof Amsterdam 5 januari 2016, *ARO* 2016/36 (*D.E.M.*); Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, *ARO* 2016/25 (*Inter-Burgo Netherlands*); Hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, *ARO* 2016/133 (*Cunico Resources*); Hof Amsterdam (OK) 9 september 2016, *ARO* 2017/7 (*Intrasonics Holding*) en Amsterdam (OK) 1 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5560 (*Seahorse Diving*). De bijdrage van P.M. van der Zanden en G.J.H. van der Sangen, 'Beoordeling van beleid in het kader van de enquêteprocedure en de onderbouwing van de vaststelling wanbeleid', *TvOB* 2016, p. 82-88 gaat in op de wijze van normering door onderzoekers en de OK bij de vaststelling van wanbeleid.

over een (te) lange periode, aangezien het de onderzoeker vrij staat feiten die zich hebben voorgedaan vóór de onderzoeksperiode in zijn onderzoek te betrekken voor zover die licht kunnen werpen op het beleid en de gang van zaken in de onderzoeksperiode.⁷⁶

In *Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*⁷⁷ verwierp de OK het verweer dat het onderzoek zich niet zou kunnen uitstrekken tot handelen en functioneren van medezeggenschapsorganen. De OK bepaalde dat dit wél het geval kon zijn ‘teneinde een volledig en evenwichtig beeld te verkrijgen’, ook al kwalificeerden de betreffende organen – de cliëntenraad en de ondernemingsraad – niet als beleidsbepalende organen. Deze uitspraak komt ons logisch voor in het licht van het feit dat openheid van zaken één van de doelstellingen van het enquêterecht is. Het gaat niet enkel om het vaststellen van verantwoordelijkheid voor wanbeleid en dus ook niet enkel om het handelen van beleidsbepalende organen.

Tot slot is interessant de beschikking inzake *FEIST*.⁷⁸ Zoals hiervoor is toegelicht oordeelde de OK in deze zaak dat indirect aandeelhouder Soops, die haar belang in FEIST hield via EDG, voor de toepassing van art. 2:346 aanhef en onder b BW gelijk diende te worden gesteld met aandeelhouders of certificaathouders. Door enkele van de verschenen belanghebbenden was betoogd dat Soops niet volledig had voldaan aan haar verplichting via EDG een bepaald bedrag in te brengen bij FEIST. Zij ‘suggereerden’ dan ook dat, indien een onderzoek zou worden bevolen, dit onderzoek zich mede zou uitstrekken tot het niet voldoen door Soops aan haar inbrengverplichting in EDG ten behoeve van FEIST. De OK oordeelde dat de onderzoeker dit ook tot zijn onderzoeksterrein mag rekenen. Dit is opmerkelijk nu het gaat om de inbrengverplichting van een indirect aandeelhouder in de direct aandeelhouder van verweerder.

3.9.2 Positie en werkwijze onderzoeker

In 2016 heeft de OK de bestendige lijn wat betreft de taak en positie van de onderzoeker gehandhaafd.⁷⁹ Uitgangspunt is dat onderzoeker – met inachtneming van de norm dat de onderzoeker zich moet richten naar hetgeen in de gegeven omstandigheden van een bekwaam en redelijk handelend onderzoeker mag worden verwacht – vrij is in de uitvoering van de aan hem opgedragen taken en dat hij het onderzoek naar eigen inzicht

76 Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, *ARO* 2016/63 (*Prien Holding*); Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2016, *ARO* 2016/46 (*Delco Participation*); Hof Amsterdam (OK) 19 december 2016, *ARO* 2016/180 (*ADO Den Haag*).

77 Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, *ARO* 2016/174 (*Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*).

78 Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2016, *ARO* 2016/175 (*FEIST*).

79 Hof Amsterdam (r-c) 1 augustus 2016, *ARO* 2016/154 (*Xeikon*), *JOR* 2016/300 m.nt. P.D. Olden, Hof Amsterdam (OK) 14 december 2016, *JOR* 2017/36 m.nt. Josephus Jitta (*Eshuis Holding*). Zie in dit verband ook B.F. Assink en M.J. Kroeze, ‘Kroniek enquêterecht 2015’, in: M. Holtzer, D. Strik en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 52.

mag inrichten.⁸⁰ De onderzoeker bepaalt in beginsel dus zelf welke onderwerpen hij onderzoekt en vanuit welke invalshoek hij dat doet voor zover dit binnen de grenzen van de gegeven onderzoeksopdracht valt. Het logische verlengde hiervan is dat de onderzoeker mag bepalen welke werkzaamheden moeten worden uitgevoerd en in welke volgorde dit moet gebeuren, welke informatie voor het onderzoek nodig is, welke feiten en omstandigheden moeten worden geverifieerd, welke personen moeten worden gehoord en hoeveel tijd in het een of het ander mag worden gestoken. De door de onderzoeker te maken keuzes mogen daarbij worden beïnvloed door de wijze waarop partijen en andere bij de te onderzoeken vennootschap(pen) betrokkenen zich opstellen.⁸¹

In *Eshuis Holding* is de OK uitgebreid ingegaan op het verzoek van de onderzoeker tot het horen van twee Mexicaanse getuigen (art. 2:352a BW). Tegen dit verzoek was het verweer gevoerd dat dit getuigenverhoor buiten de reikwijdte van het onderzoek zou vallen en bij de civiele rechter zou moeten plaatsvinden. Voor de rechtbank Gelderland was namelijk al een voorlopig getuigenverhoor gepland van dezelfde Mexicanen. De OK achtte, onder vermelding van de vrijheid die een onderzoeker heeft in de uitvoering van zijn taak, het verzoek in beginsel toewijsbaar. Onder de gegeven omstandigheden vond de OK het echter bezwaarlijk een getuigenverhoor te gelasten voorafgaand aan het voorlopig getuigenverhoor bij de rechtbank omdat de getuigen (die vanuit Mexico zouden moeten overvliegen) dan wellicht twee keer zouden moeten worden gehoord. De eventuele tijdwinst die een eerder getuigenverhoor voor de OK zou opleveren woog daar niet tegen op. Mocht de onderzoeker de Mexicanen toch nog willen horen, dan was de raadsheer-commissaris bereid dit verhoor in de rechtbank Gelderland af te nemen tijdens het verblijf van de getuigen in Nederland voor het voorlopig getuigenverhoor.⁸²

3.9.3 Terinzagelegging onderzoeksverslag en machtiging ex art. 2:353 lid 3 BW

Terinzagelegging

Op grond van art. 2:353 lid 2 BW kan de OK bepalen dat het verslag ook geheel of gedeeltelijk ter inzage ligt voor andere partijen dan de rechtspersoon, de onderzoekers en hun advocaten en de A-G bij het ressortsparket. Doorgaans wordt een verslag voor belanghebbenden ter inzage gelegd. Aan deze beslissing worden meestal niet veel woorden gewijd. De standaardmotivering luidt dat gelet op de inhoud van het verslag en de bij de zaak betrokken belangen, op de voet van art. 2:353 lid 2 het

80 Zie punt 3.2 Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers in enquêteprocedures. Zie over de positie en werkwijze van de onderzoeker ook E.M. Soerjatin, 'De vrijheid van de onderzoeker', *TOP* 2016/98 en J.M. Blanco Fernández, 'Nauw verbonden rechtspersoon', in C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 51-57 (over art. 2:351 BW).

81 Hof Amsterdam (r-c) 18 maart 2016, *ARO* 2016/93 (*Nieuwendijk Monumenten*).

82 Hof Amsterdam (OK) 14 december 2016, *JOR* 2017/36 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Eshuis Holding*).

verslag met bijlagen ter griffie ter inzage komt te liggen voor belanghebbenden.⁸³ Belanghebbenden bij inzage zijn overigens niet per se (ook) belanghebbenden in de procedure. Eenieder die meent belang te hebben bij inzage kan inzage verzoeken. De vraag aan wie inzage wordt verleend, is tevens van belang voor de vraag wie op grond van art. 2:355 BW een verzoek tot het treffen van de in art. 2:356 BW genoemde voorzieningen kan doen. Ook als een verslag ter inzage komt te liggen voor eenieder – veelal in het geval de OK het van belang acht dat de aandeelhouders van een beursvennootschap op de hoogte zijn van het verslag of indien anderszins een maatschappelijk belang is betrokken⁸⁴ – is de motivering summier.⁸⁵ Geregeld worden niet alle delen van het verslag en/of de bijlagen aan dezelfde kring van personen openbaar gemaakt. Zo bepaalde het Gemeenschappelijk Hof in *Integrated Utility Holding* dat het verslag zonder bijlagen ter inzage zou worden gelegd voor eenieder nadat het eerder op grond van art. 2:279 lid 1 BWC in afschrift was verstrekt aan partijen en belanghebbenden. In een latere beschikking bepaalde het Gemeenschappelijk Hof dat partijen aan wie in eerste instantie het verslag is gestuurd ook recht hebben op verstrekking van de bijlagen. Zij konden zich met een lege USB stick bij de griffier melden waar de bestanden op de stick zouden worden gekopieerd.⁸⁶

In de afwikkeling van de Endstra nalatenschap weigerde de OK de eerder vastgestelde terinzagelegging voor belanghebbenden uit te breiden naar inzage voor eenieder.⁸⁷ Verzoekers stelden dat de vereffenaar ter afwikkeling van de nalatenschap verantwoording moest afleggen aan diverse personen die belang hadden bij kennisname van het onderzoeksverslag. De omvang en samenstelling van die groep personen stond echter niet op voorhand vast en kon in de loop der tijd wisselen. Ook dat feit bracht de OK niet tot de conclusie dat inzage in het verslag volledig werd opengesteld. Hetzelfde gold voor het gestelde algemene belang bij

83 Hof Amsterdam (OK) 27 januari 2016, *ARO* 2016/52 (*Museum Vastgoed Groep c.s.*); Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2016, *ARO* 2016/74 (*Lansinkveste c.s.*); Hof Amsterdam (OK) 5 april 2016, *ARO* 2016/97 (*De Jong Holding*); Hof Amsterdam (OK) 10 juni 2016, *ARO* 2016/95 (*Nieuwendijk Monumenten*); Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2016, *ARO* 2016/152 (*ZED+*); Hof Amsterdam (OK) 27 juni 2016, *ARO* 2016/142 (*Energie Concurrent*); Hof Amsterdam (OK) 24 maart 2016, *ARO* 2016/102 (*Ekopon*); Hof Amsterdam (OK) 23 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5598.

84 A-G Timmerman in zijn conclusie sub 3.5 voor HR 2 december 2016, *NJ* 2017/1, *Ondernemingsrecht* 2017/28 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Eisers/Staat*), D.R. Doorenbos, ‘Van voorwetenschap tot nawetenschap’, in C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 97-105.

85 Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2016, *ARO* 2016/155 (*Xeikon*), Gem. Hof 1 september 2016, *ARO* 2016/127 (*Integrated Utility Holding c.s.*).

86 Gem. Hof 8 juli 2016, *ARO* 2016/108 (*Integrated Utility Holding c.s.*), Gem. Hof 20 juli 2016 *ARO* 2016/126 (*Integrated Utility Holding c.s.*), Gem. Hof 1 september 2016, *ARO* 2016/127 (*Integrated Utility Holding c.s.*). Een ander voorbeeld is te vinden in HR 2 december 2016, *NJ* 2017/1, *Ondernemingsrecht* 2017/28 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*MEI*).

87 Hof Amsterdam (OK) 27 januari 2016, *ARO* 2016/52 (*Museum Vastgoed Groep c.s.*).

inzage voor eenieder vanwege de maatschappelijke ophef rond de persoon van Endstra.⁸⁸

De Hoge Raad heeft zich in december 2016 gebogen over de vraag wat precies onder ‘terinzagelegging’ moet worden verstaan. In de *MEI* enquête had de OK reeds in 2011 het verslag met twaalf bijlagen ter inzage gelegd voor eenieder, maar had bepaald dat een ‘aanvulling op het verslag’ met drie bijlagen slechts ter inzage zou liggen voor belanghebbenden.⁸⁹ Een aantal jaren later verstrekke de OK aan een advocaat in een andere zaak een kopie van delen van het openbare onderzoeksverslag. Deze kopie werd vervolgens als productie ingebracht in een procedure waarbij de verzoekster tot enquête inzake *MEI* was betrokken. De vraag rees of van een verslag dat voor eenieder ter inzage ligt op verzoek een afschrift aan een derde kan worden verzonden. In verschillende wetsbepalingen (art. 843a, 838 en 28 Rv) wordt immers onderscheid gemaakt tussen inzage, afschrift en uittreksel van bepaalde bescheiden. In kort geding werd dan ook een verbod gevorderd jegens de Staat om kopieën of afschriften van het verslag aan derden ter beschikking te stellen en jegens degenen die reeds een kopie hadden ontvangen om deze te verspreiden. De Voorzieningenrechter ging daar niet in mee en het Hof bekrachtigde. Kort samengevat overwoog het Hof dat wanneer een verslag voor eenieder ter inzage ligt, dat niet betekent dat het niet ook aan een belangstellende kan worden toegezonden. De terminologie van genoemde exhibitiebepalingen heeft geen beperkende werking op de strekking van art. 2:353 lid 2 BW, aldus het Hof. De Hoge Raad sloot zich daarbij aan. Uit de tekst noch uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 2:353 lid 2 BW volgt dat van een voor eenieder ter inzage gelegd onderzoeksverslag geen afschrift aan een derde mag worden verstrekt. Niet valt in te zien waarom in de huidige tijd van een belangstellende gevergd zou moeten worden dat hij persoonlijk naar de griffie van de OK zou moeten gaan om kennis te nemen van het verslag, aldus de Hoge Raad.⁹⁰ De OK oordeelde in het verslagjaar in vergelijkbare zin.⁹¹

Mededelingen uit het onderzoeksverslag

Art. 2:353 lid 3 BW bepaalt dat voor zover het verslag niet voor eenieder ter inzage ligt, het voor anderen dan de rechtspersoon verboden is aan derden mededelingen te doen uit het verslag, behoudens machtiging daartoe door de voorzitter van de OK. In 2016 heeft de voorzitter van de OK enkele belangrijke beschikkingen gegeven op dit terrein. In deze uitspraken is een consistente lijn te herkennen: bij de beoordeling van het verzoek ex art. 2:353 lid 3 BW, staat centraal of het belang van de vennootschap zich daartegen verzet.

⁸⁸ Hof Amsterdam (OK) 1 april 2016, *ARO* 2016/76 (*Museum Vastgoed Groep c.s.*).

⁸⁹ Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2011, *ARO* 2011/153 (*MEI*).

⁹⁰ Hoge Raad, 2 december 2016, *NJ* 2017/1, *Ondernemingsrecht* 2017/28 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Eisers/Staat*).

⁹¹ Hof Amsterdam (OK) 1 april 2016, *ARO* 2016/77 (*Museum Vastgoed Groep c.s.*).

Zo verleende de voorzitter van de OK de verzoekers in *ZED+* machtiging tot het doen van mededelingen uit het verslag in het kader van een lopende arbitrageprocedure. Tussen partijen was niet in geschil dat de arbitrageprocedure in de kern ging over naleving van de aandeelhoudersovereenkomst en vast stond dat alle partijen in de arbitrageprocedure direct of indirect betrokken waren bij de enquêteprocedure of minst genomen belang hadden bij de uitkomst daarvan. De voorzitter van de OK achtte het gelet op de inhoud van het verslag voldoende aannemelijk dat het verslag van belang zou kunnen zijn voor de oordeelsvorming in de arbitrage. Bedacht dient te worden dat de voorzitter van de OK bij zijn oordeelsvorming betrok dat *ZED+* noch één van de belanghebbende partijen bezwaar had gemaakt tegen een machtiging.⁹²

In *Best Green* werd het verzoek het onderzoeksverslag te mogen inbrengen in een aansprakelijkheidsprocedure ook toegewezen. De voorzitter van de OK merkte daarbij op dat de mogelijkheid de rechtspersoon en diegenen die verantwoordelijk zijn voor eventueel wanbeleid in rechte aan te spreken tot vergoeding van schade in het verlengde ligt van de doeleinden van het enquêterecht. Ook in deze zaak had de vennootschap geen bezwaar gemaakt tegen toewijzing van het verzoek en was niet aannemelijk dat het belang van de rechtspersoon zich hiertegen verzette.⁹³

Ook in *Energie Concurrent* ging het om een machtiging ex art. 2:353 lid 3 BW in verband met een aanhangig te maken aansprakelijkheidsprocedure. De voorzitter van de OK kwam hier evenwel tot een andere conclusie: de vertrouwelijkheid van het verslag diende niet te wijken voor het belang van een derde uit het onderzoeksverslag mededelingen te doen. *Energie Concurrent* was voormalig bestuurder van *Greenchoice*. Bij zowel *Energie Concurrent* als *Greenchoice* was een enquête bevolen. Uit het onderzoeksverslag inzake *Greenchoice* bleek van wanbeleid en daarop wilde *Greenchoice* een aansprakelijkheidsprocedure entameren tegen haar voormalig bestuurder *Energie Concurrent*. Daarvoor wilde *Greenchoice* (ook) een beroep doen op het onderzoeksverslag inzake *Energie Concurrent*. *Greenchoice* stelde dat het oogmerk het verslag in een aansprakelijkheidsprocedure in te brengen op zichzelf reeds een voldoende zwaarwegend belang voor het doorbreken van het mededelingenverbod betekende. De voorzitter van de OK was het daar niet mee eens en vond dat *Greenchoice* specifiek had moeten toelichten waarom zij mededelingen wilde doen uit het verslag terzake *Energie Concurrent*, aangezien zij al vrijelijk mededelingen kon doen uit het onderzoeksverslag betreffende haarzelf. In de beoordeling werd het feit betrokken dat (1) *Energie Concurrent* bezwaar had tegen het verlenen van de machtiging en (2) *Greenchoice* in de gelegenheid was gesteld op het verweer van *Energie Concurrent* te reageren, maar daarvan geen gebruik had willen maken.⁹⁴

92 Hof Amsterdam (OK) (vz.) 26 oktober 2016, *ARO* 2017/17 (*ZED+*).

93 Hof Amsterdam (OK) (vz.) 28 juni 2016, *ARO* 2016/160 (*Best Green*).

94 Hof Amsterdam (OK) (vz.) 20 september 2016, *ARO* 2016/144 (*Energie Concurrent*).

In *De Jong Holding* speelden andere motieven om het mededelingenverbod uit art. 2:353 lid 3 BW te kunnen doorbreken. De vereffenaar van de nalatenschap verzocht om een machtiging teneinde aan de Belastingdienst mededelingen te doen uit het onderzoeksverslag. De voorzitter van de OK was van mening dat de vereffenaar voor de juiste uitvoering van zijn wettelijke taak deze mededelingen aan de Belastingdienst moest kunnen doen. De vereffenaar had ook een informatieplicht, aldus de voorzitter, en een juiste taakvervulling door de vereffenaar woog zwaarder dan het belang van verweerder die liever niet had dat de Belastingdienst kennis zou nemen van de inhoud van het onderzoeksverslag. Bovendien dient de vertrouwelijkheid van het verslag ter bescherming van de belangen van de vennootschap en had deze geen bezwaren geuit.⁹⁵

Inzake de afwikkeling van de Endstra nalatenschap wees de voorzitter van de OK het verzoek ex art. 2:353 lid 3 BW voor een machtiging tot het doen van mededelingen omtrent de inhoud van het verslag aan eenieder af omdat het te ruim en te ongespecificeerd was. Verzoekers legden aan hun verzoek dezelfde redenering ten grondslag als aan het verzoek tot inzage voor eenieder (zie hiervoor). Het subsidiaire verzoek mededelingen te doen aan zekere derden wees de voorzitter van de OK deels toe. Het verzoek was dusdanig specifiek dat de voorzitter van de OK een voldoende concreet en gerechtvaardigd belang bij het verlenen van een machtiging vaststelde. Het belang van de erven om mededelingen te kunnen doen aan hun advocaten, gemachtigden, de rechter-commissaris en schuldeisers van de nalatenschap achtte de voorzitter van de OK voldoende zwaarwegend. Ook in deze uitspraak werd (veel) gewicht toegekend aan het feit dat het belang van de vennootschap voorop staat en dat deze had geconcludeerd tot toewijzing voor wat betreft het doen van mededelingen aan genoemde partijen.⁹⁶

Reikwijdte machtiging tot mededeling

De reikwijdte van de machtiging moet op voorhand kunnen worden vastgesteld. De enkele stelling dat de verzoeker van de machtiging voornemens is rechtsmaatregelen te nemen en daarvoor de inhoud van het onderzoeksverslag wil inzetten, is niet voldoende. Indien de procedure nog niet is aangevangen en niet voldoende duidelijk is gemaakt tegen welke vennootschappen de procedure gericht zal zijn, kan het belang van de machtiging ook niet worden vastgesteld en dreigt afwijzing van het machtigingsverzoek.⁹⁷ Indien een tot het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag gemachtigde partij – anders dan de rechtspersoon zelf – buiten de reikwijdte van de machtiging een mededeling wil doen uit een niet voor eenieder ter

95 Hof Amsterdam (OK) (vz.) 29 juni 2016, *ARO* 2016/158, *JOR* 2016/269 m.nt. D.F. Berkhout (*De Jong Holding*).

96 Hof Amsterdam (OK) (vz.) 1 april 2016, *ARO* 2016/77 (*Museum Vastgoed Groep c.s.*).

97 Hof Amsterdam (OK) (vz.) 1 april 2016, *ARO* 2016/77 (*Museum Vastgoed Groep c.s.*).

inzage gelegd onderzoeksverslag, dient deze partij de voorzitter van de OK afzonderlijk om een machtiging te verzoeken.⁹⁸

3.9.4 Raadsheer-commissaris

Sinds 1 januari 2013 wordt in iedere enquête een raadsheer-commissaris benoemd die toezicht houdt op (het verloop van) het enquêteonderzoek. Deze raadsheer-commissaris kan op verlangen van verzoekers of belanghebbenden aanwijzingen geven aan de onderzoeker over de wijze waarop het onderzoek moet worden uitgevoerd (art. 2:350 lid 4 BW). Daar staat tegenover het uitgangspunt dat de onderzoeker zijn of haar taak naar eigen inzicht mag inrichten. Over dit spanningsveld is in 2016 een aantal beschikkingen gegeven. Deze leidden op één na – ZED+ – alle tot afwijzing van het verzoek aan de raadsheer-commissaris.⁹⁹ Uit de 2016 beschikkingen kan een aantal algemene regels worden gedestilleerd.

Een verzoek tot het geven van aanwijzingen wordt terughoudend beoordeeld, gelet op het reeds genoemde uitgangspunt dat de onderzoeker zijn of haar onderzoek naar eigen inzicht mag inrichten.¹⁰⁰ De door de onderzoeker gevolgde werkwijze en de keuzes die de onderzoeker maakt, bijvoorbeeld met betrekking tot het wel of niet horen van bepaalde personen, moeten met gepaste terughoudendheid door de raadsheer-commissaris worden getoetst.¹⁰¹ Deze terughoudende toetsing is verklaarbaar: (1) een debat over het onderzoek en de wijze waarop dat is uitgevoerd dient te worden gevoerd in een eventuele tweede fase van de enquêteprocedure¹⁰² en, in het verlengde daarvan, (2) de raadsheer-commissaris beschikt bij de beoordeling van het verzoek tot het geven van aanwijzingen ook nog niet over het onderzoeksverslag.¹⁰³

De raadsheer-commissaris zal aanwijzingen kunnen geven indien een ordentelijk verloop van het onderzoek dit vereist.¹⁰⁴ Voor toewijzing dient aanstonds – derhalve zonder verder feitelijk onderzoek – duidelijk te zijn dat zonder een gerichte aanwijzing van de raadsheer-commissaris het onderzoek in wezenlijke mate onvolledig of anderszins ontoereikend zal zijn.¹⁰⁵ Verder is van belang dat een

98 Hof Amsterdam (OK) (vz.) 27 september 2016, *ARO* 2016/157 (*Xeikon*).

99 Zie Hof Amsterdam (r-c) 18 maart 2016, *ARO* 2016/93 (*Nieuwendijk Monumenten*), Hof Amsterdam (r-c) 31 maart 2016, *ARO* 2016/68 (*ZED+*), Hof Amsterdam (r-c) 13 juni 2016, *ARO* 2016/151 (*ZED+*), Hof Amsterdam (r-c) 31 maart 2016, *ARO* 2016/96 (*De Jong Holding*), Hof Amsterdam (r-c) 1 augustus 2016, *ARO* 2016/154 (*Xeikon*).

100 Hof Amsterdam (r-c) 18 maart 2016, *ARO* 2016/93 (*Nieuwendijk Monumenten*).

101 Hof Amsterdam (r-c) 31 maart 2016, *ARO* 2016/96 (*De Jong Holding*).

102 Hof Amsterdam (r-c) 13 juni 2016, *ARO* 2016/151 (*ZED+*), Hof Amsterdam (r-c) 31 maart 2016, *ARO* 2016/96 (*De Jong Holding*).

103 Hof Amsterdam (r-c) 1 augustus 2016, *ARO* 2016/154 (*Xeikon*), Hof Amsterdam (r-c) 31 maart 2016, *ARO* 2016/96 (*De Jong Holding*).

104 Hof Amsterdam (r-c) 31 maart 2016, *ARO* 2016/96 (*De Jong Holding*).

105 Hof Amsterdam (r-c) 31 maart 2016, *ARO* 2016/68 (*ZED+*).

aanwijzing slechts betrekking kan hebben op de procesmatige kant van het onderzoek, niet op de inhoud daarvan.¹⁰⁶

In de ZED+ enquête werd het verzoek tot het geven van een aanwijzing toegewezen.¹⁰⁷ Kort gezegd hadden onderzoekers naar aanleiding van het commentaar van de betrokken partijen in een tweede concept onderzoeksverslag substantiële wijzigingen aangebracht ten opzichte van het eerste concept, maar partijen niet in de gelegenheid gesteld commentaar te leveren op deze wijzigingen. De raadsheer-commissaris zag hierin aanleiding een aanwijzing aan de onderzoeker te geven. De aanwijzing had ten doel een nader debat te beperken tot de kern. Partijen mochten alsnog reageren op aanvullingen op of wijzigingen van het eerste concept onderzoeksverslag, maar enkel (1) terzake onderwerpen die niet ook in het eerste concept aan de orde waren gekomen of (2) het eerdere commentaar van partijen de onderzoekers in het tweede concept tot wezenlijk andere bevindingen had gebracht.¹⁰⁸

Geen aanwijzing aan de onderzoeker, maar in dit kader wel vermeldenswaardig is de instructie die de raadsheer-commissaris in *Xeikon* aan de verwerende vennootschap gaf. In deze zaak beval de raadsheer-commissaris de vennootschap op de voet van art. 2:352 lid 1 BW stukken ter beschikking te stellen aan de onderzoeker. Het ging om de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers (waaronder notulen, begrotingen, correspondentie en digitale bestanden). Het bevel werd gegeven nadat de onderzoeker *Xeikon* hierom meermaals tevergeefs had verzocht. Uit de beschikking van de raadsheer-commissaris volgt dat (1) het aan de onderzoeker is overgelaten te bepalen welke informatie hij dienstig acht voor zijn onderzoek en (2) degenen die bij de vennootschap zijn betrokken verplicht zijn hieraan hun medewerking te verlenen.¹⁰⁹ Dit zou slechts anders kunnen zijn indien het verzoek om bescheiden buiten de scope van het onderzoek valt. Daarvan is sprake indien het voor de onderzoeker bij voorbaat duidelijk moet zijn dat de verzochte informatie in redelijkheid niet kan bijdragen tot zijn onderzoek.¹¹⁰ Dit is echter (terecht) een hoge drempel: het is onwenselijk indien een onderzoeker op voorhand wordt weggehouden van bepaalde informatie omdat de partij die deze dient te verstrekken – vaak dan ook de enige partij die kennis kan nemen van de inhoud – van mening is dat de informatie niet terzake doende is.

3.9.5 Beëindiging onderzoek en onmiddellijke voorzieningen

Beëindiging van een eenmaal bevolen enquête staat niet ter vrije beschikking van partijen. De OK dient een beëindigingsverzoek inhoudelijk te beoordelen waarbij voornamelijk betekenis toekomt aan de belangen van (1) de oorspronkelijke

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 887, nr. 3, p. 38.

¹⁰⁷ Hof Amsterdam (r-c) 13 juni 2016, *ARO* 2016/151 (*ZED+*).

¹⁰⁸ Hof Amsterdam (r-c) 13 juni 2016, *ARO* 2016/151 (*ZED+*).

¹⁰⁹ Hof Amsterdam (r-c) 31 maart 2016, *ARO* 2016/55 (*Xeikon*).

¹¹⁰ Zie conclusie A-G Timmerman (3.11) voor HR 20 november 2009, *ARO* 2009/189 (*KPNQwest*).

verzoeker(s), (2) de te onderzoeken vennootschap(pen) en (3) degenen die krachtens de wet en statuten bij de organisatie daarvan zijn betrokken.¹¹¹ Om verschillende redenen kan worden besloten tot beëindiging van het onderzoek. Vaak hebben partijen een minnelijke regeling bereikt en beëindigt de OK op hun verzoek, als niet is gebleken van bezwaren, het onderzoek (en eventueel van kracht zijnde onmiddellijke voorzieningen).¹¹² In *Phanos Reit* werd het onderzoek beëindigd wegens gebrek aan financiële middelen om het onderzoek te bekostigen. Eerder (2015) had de OK al overwogen dat beëindiging van de procedure voor de hand lag omdat *Phanos Reit* niet over de middelen beschikte om het onderzoek te financieren. Desalniettemin gaf de OK verzoeker drie maanden om voor financiering zorg te dragen. De vervolgens in 2016 verzochte verlenging van die termijn werd door de OK afgewezen. De OK wees op (1) het reeds in 2015 geconstateerde gebrek aan financiële middelen en de gelegenheid die aan verzoekers was geboden in die kosten te voorzien, (2) de constatering dat nog steeds geen financiële middelen ter beschikking stonden en (3) het gebrek aan reëel uitzicht op liquide middelen. De OK was er niet van overtuigd dat het onderzoek ook daadwerkelijk binnen een redelijke termijn zou kunnen worden uitgevoerd en afgerond.¹¹³

De vraag of de kosten van het onderzoek konden worden gedragen speelde ook een rol bij de beëindiging van het onderzoek inzake *Strara Vastgoed*.¹¹⁴ In deze zaak wilde verzoeker het onderzoek beëindigen voordat hiermee überhaupt een begin was gemaakt, omdat hij als gevolg van gewijzigde omstandigheden niet langer belang had bij het onderzoek. Belanghebbenden verzetten zich tegen beëindiging omdat zij streefden naar duidelijkheid omtrent eventueel wanbeleid en verantwoordelijkheid daarvoor. De OK overwoog dat beëindiging van een eenmaal bevolen enquête weliswaar niet ter vrije beschikking staat van de verzoeker, maar dat inmiddels nieuwe initiatieven waren ontplooid om orde op zaken te stellen binnen de vennootschap. Van belang was verder dat de vennootschap in deze fase niet onnodig zou worden geconfronteerd met kosten. Het belang van de vennootschap bij beëindiging woog om die redenen zwaarder dan het belang van belanghebbenden en de OK beëindigde de procedure.

3.9.6 Kosten onderzoek

De OK stelt bij toewijzing van een enquêteverzoek het maximumbedrag vast dat het onderzoek zal mogen kosten (art. 2:350 lid 3 BW). Er zijn het afgelopen jaar verscheidene beschikkingen gegeven waarin de OK de kosten van het enquêteverzoek op verzoek van de onderzoeker verhoogde, nadat de OK de maximale kosten

111 HR 17 december 2010, *NJ 2011/213 (KPNQwest)*, Hof Amsterdam (OK) 10 juni 2016, *ARO 2016/163 (Strara Vastgoed)*.

112 Bijv. Hof Amsterdam (OK) 4 februari 2016, *ARO 2016/78 (Iszgro Holding c.s.)*.

113 Hof Amsterdam (OK) 8 maart 2016, *ARO 2016/106 (Phanos Reit)*. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 8 april 2016, *ARO 2016/87 (VTS Groep Nederland)*.

114 Hof Amsterdam (OK) 10 juni 2016, *ARO 2016/163 (Strara Vastgoed)*.

van het enquêteonderzoek ex art. 2:350 lid 3 BW had vastgesteld. Veelal is de reden hiervoor de onderschatte arbeidsintensiviteit van het onderzoek,¹¹⁵ het noodzakelijkerwijs verrichten van diepgaander onderzoek,¹¹⁶ de beoogde aanwezigheid van een onderzoeker bij een zitting in een kort geding of bodemzaak,¹¹⁷ nieuwe (ingrijpende) ontwikkelingen¹¹⁸ of het inschakelen van administratieve bijstand.¹¹⁹ De onderzoeker hoeft overigens achteraf geen onderscheid te maken tussen de verschillende werkzaamheden.¹²⁰

Ook uit de in 2016 gegeven beschikkingen volgt dat de OK een verzoek tot verhoging van de onderzoekskosten doorgaans inwilligt. In alle zaken werd de door de onderzoeker opgegeven verhoging als redelijk aangemerkt en werd de verhoging door de OK conform verzoek toegestaan. De onderzoeker lijkt hiermee een ruime vrijheid te krijgen ten aanzien van het verhogen van de onderzoekskosten: de OK gaat veelal integraal mee met het verzochte. Deze vrijheid is wenselijk en verklaarbaar: de onderzoeker is immers de aangewezen persoon om (1) te bepalen of nader onderzoek is vereist en (2) een nieuwe kosteninschatting te maken die met het verdere verloop van het onderzoek gepaard gaat.

De rechtspersoon draagt in beginsel de kosten van het onderzoek (art. 2:350 lid 3 BW). De OK kan in uitzonderlijke gevallen bepalen dat anderen dan de rechtspersoon deze kosten dragen binnen de grenzen van art. 2:354 BW.¹²¹ Over verhaal van onderzoekskosten op grond van art. 2:354 BW is in 2016 een veelbesproken uitspraak geweest. Assink en Kroeze verwezen in de Kroniek enquêterecht 2015 reeds naar de door de OK gegeven beschikking inzake *Meavita*.¹²² Het hof oordeelde dat binnen verschillende onderdelen van het zorgconcern Meavita sprake was van wanbeleid en dat bestuurders en commissarissen hiervoor verantwoordelijkheid droegen. Daarbij werden de meeste bestuurders en commissarissen door het hof veroordeeld tot betaling van (een deel van) de onderzoekskosten. Inmiddels heeft de Hoge Raad deze uitspraak vernietigd op grond van het feit dat de beschikking niet is geweest door het in de wet bepaalde aantal rechters, waarover

115 Hof Amsterdam (OK) 27 januari 2016, *ARO* 2016/54 (*Xeikon*).

116 Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, *ARO* 2016/30 (*De Jong Holding*).

117 Hof Amsterdam (OK) 23 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5598 (C.).

118 Hof Amsterdam (OK) 21 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5409 (*Staphorst Ontwikkeling*).

119 Gemeenschappelijk HvJ 16 februari 2016, ECLI:NL:OGHACMB:2016:63 (*Integrated Utility c.s.*).

120 Hof Amsterdam (OK) 21 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5409 (*Staphorst Ontwikkeling*).

121 Geen uitzondering werd aangenomen in Hof Amsterdam (OK) 8 april 2016, *ARO* 2016/87 (*VTS Groep Nederland*) en Hof Amsterdam (OK) 27 september 2016, *ARO* 2017/28 (*Fabius*). Evenmin heeft de OK art. 2:354 BW naar analogie willen toepassen op de situatie waarin de kosten niet voor rekening van de rechtspersoon maar van verzoeker tot enquête zijn gekomen: Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 2016, *ARO* 2017/45 (*Ekopon*).

122 B.F. Assink en M.J. Kroeze, 'Kroniek enquêterecht 2015', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134, Kluwer, Deventer 2016, p. 58-60.

later meer. Voor deze paragraaf zijn enkele overwegingen ten overvloede van de Hoge Raad over kostenverhaal van belang.

De Hoge Raad oordeelde in dit verband dat de verwijtbaarheid van de bestuurders en commissarissen voor verhaal van (een deel van) de onderzoekskosten op grond van art. 2:354 BW onvoldoende door de OK was gemotiveerd. De OK had onvoldoende toegelicht welke verwijten de functionarissen individueel en concreet treffen en in hoeverre zij ieder verantwoordelijk zijn voor een onjuist beleid, terwijl dit wel een vereiste is voor kostenverhaal op grond van art. 2:354 BW.¹²³ Nu voor een deel van het Meavita-concern geen wanbeleid was vastgesteld, oordeelde de Hoge Raad – anders dan de OK – dat de onderzoekskosten ook niet volledig op een aantal van deze functionarissen konden worden verhaald. Volgens A-G Timmerman had een aftrek op het totaal van de onderzoekskosten voor de hand gelegen. De Hoge Raad volgde de A-G in deze redenering.¹²⁴ Voor kostenverhaal op de betrokken functionarissen was dan ook geen ruimte, voor zover de OK niet had vastgesteld dat sprake is geweest van een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken waarvoor zij verantwoordelijk zijn.¹²⁵

3.10 Onmiddellijke voorzieningen

3.10.1 Maatstaf onmiddellijke voorzieningen

Sinds 1 januari 2013 geldt op grond van art. 2:349a lid 2 BW dat de OK onmiddellijke voorzieningen kan treffen als *‘gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wetten en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken een onmiddellijke voorziening vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek’*. De OK komt grote vrijheid toe in het bepalen welke voorziening zij treft.¹²⁶ Die vrijheid houdt echter op daar

¹²³ HR 19 mei 1999, *NJ* 1999/658 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bobel*).

¹²⁴ HR 18 november 2016, *ARO* 2016/184, *JOR* 2017/30 m.nt. A. Hammerstein (*Meavita*). Een vrijwel gelijklopende beslissing inzake *Meavita* is te vinden in HR 18 november 2016, *ARO* 2016/185. Literatuur over *Meavita* in 2016 ziet met name op de beschikking van de OK. Zie bijv. C.F. Deelen, ‘Mentale misleading en de rechter. *Meavita*, de OK en oordelen achteraf’, *WPNR* 2016/7111, C. de Groot, ‘Wanbeleid bij *Meavita*?’, *MvO* 2016, p. 31-38, M.J.G.C. Raaijmakers, ‘*Meavita*: van ‘wanbeleid rechtspersoon’ naar aansprakelijkheid bestuurders/commissarissen?’, *AA* 2016/3, S.D.W. Gratama en J.G.A. Struycken, ‘Beschikking Ondernemingskamer inzake enquêteprocedures Stichting *Meavita* Nederland’, *Bb* 2016/6.

¹²⁵ HR 18 november 2016, *ARO* 2016/184 (*Meavita*).

¹²⁶ HR 19 oktober 2001, *NJ* 2002/92 (*Skygate*). Zie C.D.J. Bulten, ‘Beren op de weg’, in C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 73-81 over de door de OK als onmiddellijke voorziening bevolen bankgarantie versterkt door een dwangsom als zekerheid voor de kosten van het onderzoek en door de OK benoemde functionarissen. Zie in dezelfde bundel A.F.J.A. Leijten, ‘De adhortatief in het enquêterecht: OK-functionaris en afgeleide actie’, p. 233-243 en G. Makkink, ‘De verhouding tussen OK-functionarissen en de OK: een latrelatie in het ondernemingsrecht’, p. 253-262.

waar de betrokken partijen, gelet op het verloop van het geding en het processuele debat, niet bedacht hoefden te zijn op een bepaalde beslissing van de OK. De OK mag dan ook, kort gezegd, geen voorzieningen treffen die niet stroken met het ingediende verzoek of die materieel afbreuk doen aan de kenbare bedoeling van verzoekers.¹²⁷

De OK kan blijkens art. 2:349a lid 2 BW ‘in elke stand van het geding’ onmiddellijke voorzieningen bevelen. Is echter nog geen onderzoek gelast, zo bepaalt art. 2:349a lid 3 BW, dan mag de OK slechts onmiddellijke voorzieningen treffen ‘indien er naar het voorlopig oordeel van de ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen’. In de verslagperiode heeft de OK twee keer, te weten in *Royaums* en *Avinco*, onmiddellijke voorzieningen getroffen terwijl nog geen onderzoek was gelast.¹²⁸ In beide gevallen hield de OK de beslissing op het enquêteverzoek aan tot het eerste verzoek van (een van) partijen. In een drietal gevallen wees de OK het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, terwijl nog geen enquête was bevolen, af.¹²⁹ De OK benadrukte in die gevallen – steeds langs de lijnen van *DSM*¹³⁰ – dat voldoende zwaarwegende redenen moeten bestaan om onmiddellijke voorzieningen te bevelen als nog geen enquête is bevolen. Zij achtte die redenen niet aanwezig om uiteenlopende redenen die doorgaans sterk verweven waren met de feiten, zoals het niet aannemelijk zijn van een reële toekomstverwachting van de vennootschap zodat ingrijpen met het oog op bescherming van de continuïteit zinledig zou zijn,¹³¹ de onnodigheid van de verzochte voorzieningen¹³² of het belang van de vennootschap dat met de verzochte voorzieningen onverenigbaar was.¹³³

3.10.2 Overzicht getroffen onmiddellijke voorzieningen

De onmiddellijke voorziening die in de verslagperiode het meest terugkomt, was die van benoeming van een tijdelijk bestuurder,¹³⁴ al dan niet in combinatie met

127 HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293 (*ATR Leasing*).

128 Hof Amsterdam (OK) 11 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4392 (*Royaums*); Hof Amsterdam (OK) 24 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5118 (*Avinco*).

129 Hof Amsterdam (OK) 14 maart 2016, *ARO* 2016/44 (*Delta Lloyd*); Hof Amsterdam (OK) 3 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5119 (*Bosal Nederland*); Hof Amsterdam (OK) 8 september 2016, *ARO* 2017/6 (*NB Holding en NB Construction Services*).

130 HR 14 december 2007, *NJ* 2008/105 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2008/11 m.nt. A. Doorman (*DSM*).

131 Hof Amsterdam (OK) 8 september 2016, *ARO* 2017/6 (*NB Holding en NB Construction Services*).

132 Hof Amsterdam (OK) 14 maart 2016, *ARO* 2016/44 (*Delta Lloyd*).

133 Hof Amsterdam (OK) 3 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5119 (*Bosal Nederland*).

134 Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2016, *ARO* 2016/36 (*D.E.M.*); Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, *ARO* 2016/25 (*Inter-Burgo Netherlands*); Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2016, *ARO* 2016/46 (*Delco Participation*); Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara Vastgoed en SR Horeca*); Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, *ARO* 2016/63 (*Prien Holding*); Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2016, *ARO* 2016/69 (*Jobpen*); Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO* 2016/90 (*Van Huis Uit*); Hof Amsterdam 28 april 2016, *ARO* 2016/116 (*D.E.M.*); Hof Amsterdam (OK) 9 juni

schorsing van één of meer zittende bestuurders.¹³⁵ In veel gevallen kende de OK aan de door haar aangewezen tijdelijk bestuurder een beslissende stem toe, hetgeen erop neerkomt dat de stem van de tijdelijk bestuurder in alle gevallen de doorslag geeft, ook als deze afwijkt van de stemmen van overige bestuurders.¹³⁶ In andere gevallen kreeg de tijdelijk bestuurder enkel een doorslaggevende stem voor het geval de stemmen binnen het bestuur zouden staken.¹³⁷ De tijdelijk bestuurder kan in zo'n geval niet een besluit nemen in weerwil van de wens van de meerderheid van de overige bestuursleden. Voorts beval de OK regelmatig dat de vennootschap

2016, ARO 2016/150 (*Gravier E. Beheer*); Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, ARO 2016/174 (*Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*); Hof Amsterdam (OK), ARO 2016/177 (*DBWM en DB Holding*); Hof Amsterdam (OK) 6 september 2016, ARO 2017/2 (*Arthofleurada*); Hof Amsterdam (OK) 15 september 2016, ARO 2017/11 (*Celebration Panden en Celebration Benelux*); Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, ARO 2017/24 (*Blue Beheer c.s.*); Hof Amsterdam (OK) 11 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4392 (*Royaums*); Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801 (*WiSH IP, WE Projects en SK Projects*); Hof Amsterdam (OK) 22 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5602 (*Schoenaker*); Hof Amsterdam (OK) 1 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5560 (*Seahorse Diving*) en Hof Amsterdam (OK) 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5562 (*Kinderdagverblijf Het Zaans Stationnetje*).

135 Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, ARO 2016/27 (*NOVO Exploitatie*); Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, ARO 2016/41 (*MeduProf-S*); Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, ARO 2016/58 (*Strara Vastgoed en SR Horeca*); Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, ARO 2016/63 (*Prien Holding*); Hof Amsterdam (OK) 18 februari 2016, ARO 2016/67 (*ZED+*); Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, ARO 2016/90 (*Van Huis Uit*); Hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, ARO 2016/116 (*D.E.M.*); Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2016, ARO 2016/136 (*Marpro International*); Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2016, ARO 2016/177 (*DBWM en DB Holding*); Hof Amsterdam (OK) 15 september 2016, ARO 2017/11 (*Celebration Panden en Celebration Benelux*); Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, ARO 2017/26 (*Loda Holding*); Hof Amsterdam (OK) 11 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4392 (*Royaums*); Hof Amsterdam (OK) 22 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5602 (*Schoenaker*), Hof Amsterdam (OK) 1 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5560 (*Seahorse Diving*) en Hof Amsterdam (OK) 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5562 (*Kinderdagverblijf Het Zaans Stationnetje*).

136 Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, ARO 2016/25 (*Inter-Burgo Netherlands*); Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2016, ARO 2016/46 (*Delco Participation*); Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, ARO 2016/174 (*Stichting De Gelderhorst*); Hof Amsterdam (OK) 6 september 2016, ARO 2017/2 (*Arthofleurada*); Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801 (*WiSH IP, WE Projects en SK Projects*).

137 Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2016, ARO 2016/69 (*Jobpen*); Hof Amsterdam (OK) 9 juni 2016, ARO 2016/150 (*Gravier E. Beheer*).

zonder de tijdelijk bestuurder niet kon worden vertegenwoordigd¹³⁸ en/of dat de tijdelijk bestuurder zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid toekwam.¹³⁹

Noemenswaardig is de geruchtmakende *Leaderland* enquête waarin de OK redenen aanwezig achtte uitdrukkelijk het verbod op te leggen de vennootschap op enigerlei wijze te vertegenwoordigen aan – nota bene – een aandeelhouder die reeds op grond van een eerdere beschikking van de OK zijn aandelen ten titel van beheer had moeten overdragen.¹⁴⁰ Dit is een opmerkelijke voorziening nu de betreffende aandeelhouder überhaupt geen bestuurder was (geweest) en hij bovendien als gevolg van de eerdere beschikking van de OK zijn aandeelhoudersstatus was kwijtgeraakt. De OK achtte deze voorziening niettemin noodzakelijk onder meer omdat de aandeelhouder, in weerwil van diens schorsing, de vennootschap had vertegenwoordigd in een Russische procedure en in die procedure (ogenschijnlijk in strijd met belang van de vennootschap) cassatieberoep had ingesteld. Bovendien had deze partij een volmacht ingetrokken die de door de OK benoemde tijdelijk bestuurder in verband met diezelfde Russische procedure aan een advocatenkantoor had verstrekt. De OK beval de bewuste aandeelhouder een rectificatie uit te brengen in de Russische procedure en versterkte zowel dit gebod als het verbod de vennootschap te vertegenwoordigen met een dwangsom.

Op het niveau van de raad van commissarissen en de algemene vergadering heeft de OK in 2016 eveneens herhaaldelijk ingegrepen, onder meer middels de benoeming van een tijdelijk commissaris¹⁴¹ en/of de schorsing van een zittende commissaris.¹⁴² Aan de tijdelijk benoemde commissaris werd in enkele gevallen een goed-

138 Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, *ARO* 2016/25 (*Inter-Burgo Netherlands*); Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2016, *ARO* 2016/46 (*Delco Participation*); Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2016, *ARO* 2016/69 (*Jobpen*); Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue Beheer c.s.*), Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801 (*WiSH IP, WE Projects en SK Projects*).

139 Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2016, *ARO* 2016/46 (*Delco Participation*); Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, *ARO* 2016/63 (*Prien Holding*); Hof Amsterdam (OK) 9 juni 2016, *ARO* 2016/150 (*Gravier E. Beheer*), Hof Amsterdam (OK) 6 september 2016, *ARO* 2017/2 (*Arthofleurada*), Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue Beheer c.s.*), Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/26 (*Loda Holding*).

140 Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2016, *ARO* 2016/65 (*Leaderland TTM*).

141 Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, *ARO* 2016/27 (*NOVO Exploitatie*); Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2016, *ARO* 2016/137 (*Staphorst Ontwikkeling*); Hof Amsterdam (OK) 15 september 2016, *ARO* 2017/11 (*Celebration Panden en Celebration Benelux*); Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4717 (*DCS-Holding en Ortus Group*); Hof Amsterdam (OK) 19 december 2016, *ARO* 2016/180 (*ADO Den Haag*).

142 Hof Amsterdam (OK) 19 december 2016, *ARO* 2016/180 (*ADO Den Haag*).

keuringsrecht voor bepaalde bestuursbesluiten¹⁴³ of een beslissende stem in de raad van commissarissen toegekend.¹⁴⁴

In één geval heeft de OK ingegrepen op het niveau van de raad van toezicht van een stichting door schorsing van een lid van de raad van toezicht en benoeming van een tijdelijk voorzitter met beslissende stem.¹⁴⁵

De OK heeft in 2016 ook veelvuldig geïntervenieerd binnen de algemene vergadering van aandeelhouders. In de meeste gevallen ging het om een gedwongen, tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer aan een door de OK benoemde beheerder.¹⁴⁶ Ingeval niet alle aandelen dienden te worden overgedragen, beval de OK doorgaans dat de aandelen dienden te worden overgedragen met uitzondering van één aandeel van ieder van de aandeelhouder(s).¹⁴⁷ In twee

143 Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4717 (*DCS-Holding en Ortus Group*).

144 Hof Amsterdam (OK) 19 december 2016, *ARO* 2016/180 (*ADO Den Haag*).

145 Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, *ARO* 2016/174 (*Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*).

146 Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, *ARO* 2016/25 (*Inter-Burgo Netherlands*); Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, *ARO* 2016/27 (*NOVO Exploitatie*); Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara Vastgoed en SR Horeca*); Hof Amsterdam (OK) 9 februari 2016, *ARO* 2016/62 (*Suncycle*); Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, *ARO* 2016/63 (*Prien Holding*); Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO* 2016/90 (*Van Huis Uit*); Hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, *ARO* 2016/116 (*D.E.M.*); Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2016, *ARO* 2016/136 (*Marpro International*); Hof Amsterdam (OK) 9 juni 2016, *ARO* 2016/150 (*Gravier E. Beheer*); Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2016, *ARO* 2016/177 (*DBWM en DB Holding*); Hof Amsterdam (OK) 6 september 2016, *ARO* 2017/2 (*Arthofleurada*); Hof Amsterdam (OK) 15 september 2016, *ARO* 2017/11 (*Celebration Panden en Celebration Benelux*); Hof Amsterdam (OK) 11 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4392 (*Royaums*); Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801 (*WiSH IP, WE Projects en SK Projects*); Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4717 (*DCS-Holding en Ortus Group*); Hof Amsterdam (OK) 24 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5118 (*Avinco*); Hof Amsterdam (OK) 19 december 2016, *ARO* 2016/180 (*ADO Den Haag*); Hof Amsterdam (OK) 22 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5602 (*Schoemaker*), Hof Amsterdam (OK) 1 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5560 (*Seahorse Diving*) en Hof Amsterdam (OK) 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5562 (*Kinderdagverblijf Het Zaans Stationnetje*). Zie ook M.W. Josephus Jitta, 'Aspecten van de overdracht ten titel van beheer door de Ondernemingskamer en de rol van de beheerder in het kader van de enquêteprocedure', *Ondernemingsrecht* 2016/95.

147 Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, *ARO* 2016/25 (*Inter-Burgo Netherlands*); Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara Vastgoed en SR Horeca*); Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, *ARO* 2016/63 (*Prien Holding*); Hof Amsterdam (OK) 9 juni 2016, *ARO* 2016/150 (*Gravier E. Beheer*); Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2016, *ARO* 2016/177 (*DBWM en DB Holding*); Hof Amsterdam (OK) 15 september 2016, *ARO* 2017/11 (*Celebration Panden en Celebration Benelux*); Hof Amsterdam (OK) 11 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4392 (*Royaums*); Hof

gevallen beval de OK de betreffende aandeelhouders slechts één aandeel over te dragen.¹⁴⁸

Opvallend was de beschikking inzake *NOVO Exploitatie*. In deze zaak beval de OK één van de 50%-aandeelhouders een aandeel ten titel van beheer over te dragen, in dit geval aan de door de OK benoemde tijdelijk commissaris.¹⁴⁹ Daarmee verkreeg de tijdelijk commissaris de mogelijkheid samen met de andere aandeelhouder besluiten (waarvoor een volstreekte meerderheid was vereist) te nemen in de algemene vergadering. De tijdelijk commissaris verkreeg daarmee niet de mogelijkheid besluiten te nemen in weerwil van de wens van die andere aandeelhouder. Deze maatregel is wellicht te verklaren door het feit dat de OK de impasse in de algemene vergadering toeschreef aan ‘*de houding en wijze van communiceren*’ van de aandeelhouder die tot overdracht werd verplicht.¹⁵⁰ Aldus was er vermoedelijk weinig aanleiding de andere 50%-aandeelhouder ook te bevelen een aandeel ten titel van beheer over te dragen.

Andere, minder vaak voorkomende onmiddellijke voorzieningen die de OK trof in de verslagperiode waren (1) de schorsing van bepaalde door de algemene vergadering genomen besluiten,¹⁵¹ (2) tijdelijke terzijdestelling van statutaire bepalingen,¹⁵² (3) schorsing van een volmacht,¹⁵³ (4) tijdelijke terzijdestelling van bepalingen uit een aandeelhoudersovereenkomst¹⁵⁴ en (5) een verbod tot het nemen van een besluit tot ontbinding en vereffening van de vennootschap.¹⁵⁵

In 2016 werd in één enkel geval, te weten in *XRC Connect*, een onderzoek bevolen maar werd het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen afgewezen.¹⁵⁶ Redengevend daarvoor was dat de vennootschap geen bedrijfsactiviteiten ontplooidde, zodat de toestand van de vennootschap het treffen van onmiddellijke voorzieningen overbodig maakte.¹⁵⁷ Het kwam tot slot regelmatig voor dat de OK,

Amsterdam (OK) 14 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801 (*WiSH IP, WE Projects en SK Projects*), Hof Amsterdam (OK) 1 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5560 (*Seahorse Diving*) en Hof Amsterdam (OK) 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5562 (*Kinderdagverblijf Het Zaans Stationnetje*).

148 Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, *ARO* 2016/27 (*NOVO Exploitatie*); Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4717 (*DCS-Holding en Ortus Group*).

149 Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, *ARO* 2016/27 (*NOVO Exploitatie*).

150 Zie r.o. 3.8.

151 Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, *ARO* 2016/41 (*MeduProf-S*).

152 Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, *ARO* 2016/41 (*MeduProf-S*), Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/26 (*Loda Holding*).

153 Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, *ARO* 2016/63 (*Prien Holding*).

154 Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, *ARO* 2016/27 (*NOVO Exploitatie*).

155 Hof Amsterdam (OK) 9 september 2016, *ARO* 2017/7 (*Intrasonics Holding*).

156 Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2016, *ARO* 2016/83 (*XRC Connect*).

157 Zie r.o. 3.8.

na het treffen van onmiddellijke voorzieningen en het toewijzen van het enquête-verzoek, in lijn met de *Inter Access*-leer het benoemen van een onderzoeker enige tijd aanhield.¹⁵⁸ De OK motiveerde dat doorgaans met de overweging dat op die wijze ‘*kan worden gezien of reeds door de treffen onmiddellijke voorzieningen een oplossing van het geschil kan worden bereikt*’.¹⁵⁹ In een tweetal gevallen werd de benoeming van een onderzoeker na het treffen van onmiddellijke voorzieningen aangehouden (mede) met het oog op de beperkte financiële draagkracht van de onderneming en het voorkomen van onnodige kosten.¹⁶⁰

3.11 Tijdelijk benoemde functionarissen: taakuitoefening en kosten

In 2016 is het twee keer gebeurd dat de tijdelijk bestuurder de OK verzocht hem uit zijn functie te ontheffen. De tijdelijk bestuurder die bij D.E.M. werd aangesteld, verzocht dit nog geen maand nadien. De OK willigde zijn verzoek in op de enkele grond dat hij daarom had verzocht en was het met de tijdelijk bestuurder eens dat binnen het bestuur een onwerkbaar situatie bestond. De tijdelijk bestuurder was als medebestuurder niet betrokken bij – en zelfs niet van informatie voorzien over – besluiten die de vennootschap rechtstreeks aangingen en die met de tijdelijk bestuurder hadden moeten worden besproken. Het ontbreken van een grondslag zich als tijdelijk bestuurder feitelijk met de operationele gang van zaken van de dochtervennootschappen te bemoeien, deed hier niet aan af. Gestelde afspraken over een taakverdeling binnen het bestuur evenmin. De tijdelijk bestuurder was immers, mede gelet op de marginalisering van zijn taken en bevoegdheden, niet akkoord gegaan met die taakverdeling. De tijdelijk bestuurder verwees daarnaast naar de door hem als agressief ervaren bejegening van de zijde van de advocaten van de vennootschap en belanghebbende.¹⁶¹ Een onwerkbaar situatie deed zich eveneens voor bij *Royaums*. Door een gebrek aan bedrijfsmiddelen om de bedrijfsactiviteiten te kunnen voortzetten, de afwezigheid van de kantooradministratie en het uitblijven van zekerheid voor de kosten van de bestuurder, zag de tijdelijk bestuurder zich genoodzaakt de OK te verzoeken hem uit zijn functie te ontheffen.¹⁶²

158 Vgl. HR 25 februari 2011, NJ 2011/335 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Inter Access*) en Hof Amsterdam (OK) 1 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5560 (*Seahorse Diving*).

159 Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, ARO 2016/27 (*NOVO Exploitatie*); Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, ARO 2016/41 (*MeduProf-S*); Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, ARO 2016/58 (*Strara Vastgoed en SR Horeca*); Hof Amsterdam (OK) 9 juni 2016, ARO 2016/150 (*Gravier E. Beheer*); Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, ARO 2016/174 (*Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*); Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801 (*WiSH IP, WE Projects en SK Projects*); Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4717 (*DCS-Holding en Ortus Group*).

160 Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, ARO 2016/63 (*Prien Holding*); Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2016, ARO 2016/136 (*Marpro International*).

161 Hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, ARO 2016/116, JOR 2016/302 m.nt. C.D.J. Bulten (*D.E.M.*).

162 Hof Amsterdam (OK) 14 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5597 (*Royaums*).

3.12 *Varia*

3.12.1 *Aantal raadsheren en raden*

In de reeds besproken *Meavita* zaak¹⁶³ heeft de Hoge Raad de beschikking van de OK vernietigd op een formeel punt. De beschikking was namelijk niet gegeven door het wettelijk vereiste aantal raadsheren. Op grond van art. 5 lid 2 en 3 RO jo. art. 66 lid 2 RO dient een beschikking van de OK op straffe van nietigheid te worden gegeven door drie raadsheren en twee deskundige leden. Een beschikking wordt gegeven als alle rechters of raadsheren – en, in het geval van de OK, raden – die over de zaak oordelen de tekst van de uit te spreken beschikking hebben vastgesteld. Een raadsheer die is gedefungeerd, is geen raadsheer meer in de zin van deze bepalingen, aldus de Hoge Raad. In *Meavita* was de voorzitter van de OK, mr. Ingelse, wiens naam mede onder de beschikking stond, per 1 mei 2015 gedefungeerd. Uit het verloop van de procedure bleek dat vaststelling van de volledige tekst van de beschikking pas plaatsvond na 24 september 2015, zodat de beschikking niet kon zijn gegeven door het in de wet bepaalde aantal raadsheren.¹⁶⁴

De vraag komt op of in *Best Green* niet eenzelfde probleem heeft gespeeld. De beslissing in de raadkamer is, volgens de beschikking, genomen op 3 maart 2016. Dat was de dag waarop de mondelinge behandeling had plaatsgevonden. Per 1 mei 2016 is raad Cremers gedefungeerd wegens leeftijd. De OK vermeldde in de beschikking dat de beslissing zijn weerslag heeft gekregen in de beschikking die op 28 juni 2016 is uitgesproken.¹⁶⁵ Hieruit lijkt te volgen dat de tekst van de uit te spreken beslissing niet door de volledige combinatie is vastgesteld, net als in *Meavita*.

3.12.2 *Verhouding tussen art. 2:15 BW en de vernietiging van besluiten in enquête*

De zaak *Cordial* is al verscheidene malen voorbijgekomen in deze kroniek. Nog een laatste interessante kwestie. Het belang van de verzoekende partij in *Cordial* was door emissiebesluiten in 2010 verwaterd. In de enquêteprocedure had verzoeker om vernietiging van de emissiebesluiten verzocht. Door *Cordial* was in cassatie aangevoerd dat de bevoegdheid vernietiging van de emissiebesluiten te vorderen ingevolge art. 2:21 lid 4 BWC na zes maanden vervalt – in Nederland overigens na één jaar volgens art. 2:15 lid 5 BW – en verzoeker niet na afloop van deze periode nog een enquêteverzoek kan indienen waarin vernietiging van deze besluiten wordt beoogd. De Hoge Raad overwoog als volgt. Beide regelingen – de vernietiging van besluiten op grond van art. 2:21 BWC/2:15 BW en de mogelijkheid om in het kader van een enquêteprocedure besluiten van een rechtspersoon te schorsen of te vernietigen – staan naast elkaar en dienen een verschillend doel. In een enquête-

¹⁶³ HR 18 november 2016, *ARO* 2016/184 en 185 (*Meavita*).

¹⁶⁴ Zie r.o. 3.4.

¹⁶⁵ Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2016, *ARO* 2016/159 (*Best Green*).

procedure zijn de gronden voor vernietiging ruimer dan in art. 2:21 BWC/2:15 BW. De vervaltermijn genoemd in art. 2:21 BWC/2:15 BW geldt niet voor een verzoek in een enquêteprocedure dat mede strekt tot de vernietiging van besluiten van de rechtspersoon – nog afgezien van de praktische bezwaren die gepaard gaan met het moeten indienen van een enquêteverzoek binnen die vervaltermijn. Daaraan doet niet af – zo besloot de Hoge Raad – dat de vervaltermijn al was verstreken toen het nieuwe enquêterecht in Curaçao op 1 januari 2012 van kracht werd.¹⁶⁶

3.12.3 Bijzondere maatregelen met betrekking tot de zitting en publicatie van de beschikking

In *Deus Ex Machina (D.E.M.)*¹⁶⁷ hebben D.E.M. en belanghebbenden de OK verzocht een aantal bijzondere maatregelen te nemen met betrekking tot het verloop van de procedure. Zij verzochten de OK de zitting met gesloten deuren te behandelen. Zij verzochten ook om twee reeds gegeven beschikkingen alsmede alle toekomstige beschikkingen in deze procedure niet ter publicatie aan te bieden aan www.rechtspraak.nl en andere bronnen of databases, althans deze uitspraken voorafgaand aan publicatie te anonimiseren op de door D.E.M. aangegeven wijze. Tot slot verzochten zij partijen, hun vertegenwoordigers en de bij de zitting aanwezigen te bevelen alle informatie met betrekking tot de huidige en toekomstige procedures tussen deze procespartijen en alle daarin uitgewisselde stukken geheim te houden (art. 29 Rv).

De OK heeft op geen van deze verzoeken positief beslist. Behandeling achter gesloten deuren achtte zij niet nodig. In art. 6 EVRM, art. 12 WBPR, art. 121 Grondwet, art. 4 RO en art. 27 Rv is opgenomen dat behandelingen ter terechtzitting in het openbaar plaatsvinden. De reden om een behandeling achter gesloten deuren te verzoeken was dat D.E.M. schade zou lijden bij een openbare behandeling van de verzoeken. In het dossier zou namelijk concurrentiegevoelige en bedrijfsvertrouwelijke informatie aanwezig zijn. De OK oordeelde echter dat dit onvoldoende zwaarwegende gronden waren om het verzoek toe te wijzen. Aan geen van de limitatief opgesomde gronden van art. 27 Rv was voldaan.

Ook werd het verzoek afgewezen om de uitspraken niet te publiceren. De twee eerder gewezen uitspraken waren al gepubliceerd en de OK wilde de publicatie niet ongedaan maken. Daarvoor zag zij in de inhoud van de onderhavige beschikking geen reden. Ook zag zij daarin geen reden om van publicatie van de onderhavige beschikking af te zien. In geen van de beschikkingen stonden namelijk zodanig vertrouwelijke gegevens dat van het beginsel van openbaarheid van de rechtspraak – dat volgens de OK ook het publiceren van de uitspraken inhoudt – moest worden afgeweken. De beschikkingen in *D.E.M.* zullen dus worden gepubliceerd met

¹⁶⁶ HR 11 november 2016, *ARO* 2016/164, *JOR* 2017/2 m.nt. K. Spruitenburg (*Cordial c.s.*).

¹⁶⁷ Hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, *ARO* 2016/116 (*D.E.M.*).

inachtneming van de gebruikelijke richtlijnen voor anonimisering. Tot slot wees de OK het verzoek op grond van art. 29 Rv af om partijen en de – kortweg – bij de zitting aanwezigen te bevelen alle informatie inclusief de uitgewisselde stukken geheim te houden, onder verwijzing naar de motivering met betrekking tot het verzoek tot behandeling met gesloten deuren.

4 Materieel enquêterecht: gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen

Indien sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen, is de OK bevoegd maar niet gehouden tot het bevelen van een onderzoek: de bevoegdheid een enquête te bevelen is een discretionaire. De OK dient steeds de betrokken belangen af te wegen, met dien verstande dat voor toewijzing van het enquêteverzoek slechts plaats is als blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen.¹⁶⁸ De OK betreft daarbij de belangen van de verzoekers en eventuele belanghebbenden, maar het belang van de vennootschap staat als altijd voorop.¹⁶⁹

In 2016 heeft de OK drie keer een enquêteverzoek afgewezen op basis van een belangenafweging. In *Partners in Finance (PiF)*¹⁷⁰ liet de OK in het midden of de door verzoeker opgeworpen bezwaren gegronde redenen opleverden te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken omdat een belangenafweging diende te leiden tot afwijzing van het verzoek. Daartoe vond de OK van belang dat de opgeworpen bezwaren gebeurtenissen betroffen van geruime tijd geleden en dat tussen verschillende betrokkenen reeds een groot aantal procedures was gevoerd die dezelfde onderwerpen betroffen, zodat de OK het nut van de enquêteprocedure in verhouding tot die procedures beperkt achtte. In *Energy Engineering Solutions (EES) International*¹⁷¹ was sprake van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid. Desalniettemin volgde afwijzing van het verzoek omdat de OK een onderzoek van onvoldoende zelfstandige betekenis achtte met het oog op (1) een gerechtelijke procedure die reeds aanhangig was en (2) waarin naar verwachting openheid van zaken zou worden verkregen omtrent zaken waarover in de enquêteprocedure ook werd geklaagd. Voorts speelde in de belangenafweging een rol het feit dat (a) verzoekers enerzijds en de vennootschap anderzijds hadden verklaard hun relatie volledig te willen verbreken, (b) aan het onderzoek voor de vennootschap aanzienlijke kosten zouden zijn verbonden en (c) door verzoekers onvol-

168 HR 20 november 1996, *NJ* 1997/188 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Louder Holdings*), HR 18 november 2005, *NJ* 2006/173 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Unilever*), HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293 m.nt. J.M.M. Maeijer (*ATR Leasing*).

169 HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293 m.nt. J.M.M. Maeijer (*ATR Leasing*).

170 Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2016, *ARO* 2016/24 (*PiF*).

171 Hof Amsterdam (OK) 29 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5081 (*EES International*).

doende was betwist dat een onderzoek het risico met zich bracht dat de relatie van de vennootschap met haar bank en haar belangrijkste opdrachtgever zodanig onder druk zou komen te staan dat daarmee de continuïteit van de onderneming in gevaar zou komen.

In *Waitingroom Media*¹⁷² wees de OK het enquêteverzoek af omdat de kosten van een onderzoek niet door de vennootschap zouden kunnen worden gedragen en de bestuurder had aangevoerd dat de vennootschap niet zou kunnen worden voortgezet als haar liquiditeitspositie niet zou verbeteren. De OK oordeelde dat *Waitingroom Media* (uiteeraard) een groot belang had bij continuïteit en, in verband daarmee, het haar bespaard blijven van de onderzoekskosten. Dat belang was volgens de OK zwaarwegender dan het belang van verzoeker bij een onderzoek.

De redenen voor toewijzing van een enquêteverzoek zijn divers.¹⁷³ Een regelmatig terugkomend thema in de procedures waarin de OK het enquêteverzoek toeweest is informatievoorziening. Gebrekkige informatievoorziening aan de (minderheids)-aandeelhouder(s)¹⁷⁴ of informatie asymmetrie c.q. het niet gelijkkelijk informeren

172 Hof Amsterdam (OK) 10 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4558 (*Waitingroom Media*).

173 Enquêteverzoek toegewezen: Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2016, *ARO* 2016/36 (*D.E.M.*); Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, *ARO* 2016/25 (*Inter-Burgo Netherlands*); Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, *ARO* 2016/27 (*NOVO Exploitatie*); Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, *ARO* 2016/41 (*MeduProf-S*); Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2016, *ARO* 2016/46 (*Delco Participation*); Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara Vastgoed en SR Horeca*); Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, *ARO* 2016/63 (*Prien Holding*); Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2016, *ARO* 2016/83 (*XRC Connect*); Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2016, *ARO* 2016/69 (*Jobpen*); Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO* 2016/90 (*Van Huis Uit*); Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO* 2016/66 (*Leaderland*); Hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, *ARO* 2016/133, *JOR* 2016/194 m.nt. S. van Thiel (*Cumico Resources*); Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2016, *ARO* 2016/136 (*Marpro International*); Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2016, *ARO* 2016/137 (*Staphorst Ontwikkeling*); Hof Amsterdam (OK) 9 juni 2016, *ARO* 2016/150 (*Gravier E. Beheer*); Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, *ARO* 2016/174 (*Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*); Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2016, *ARO* 2016/177 (*DBWM en DB Holding*); Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2016, *ARO* 2016/175, *JOR* 2016/272 m.nt. Spruitenburg (*FEIST*); Hof Amsterdam (OK) 6 september 2016, *ARO* 2017/2 (*Arthofleuada*); Hof Amsterdam (OK) 9 september 2016, *ARO* 2017/7 (*Intrasonics Holding*); Hof Amsterdam (OK) 15 september 2016, *ARO* 2017/11 (*Celebration Panden en Celebration Benelux*); Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/26 (*Loda Holding*); Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue Beheer c.s.*); Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801 (*WiSH IP, WE Projects en SK Projects*); Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4717 (*DCS-Holding en Ortus Group*); Hof Amsterdam (OK) 19 december 2016, *ARO* 2016/180 (*ADO Den Haag*); Hof Amsterdam (OK) 1 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5560 (*Seahorse Diving*) en Hof Amsterdam (OK) 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5562 (*Kinderdagverblijf Het Zaans Stationnetje*).

174 Hof Amsterdam 5 januari 2016, *ARO* 2016/36 (*D.E.M.*); Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, *ARO* 2016/41 (*MeduProf-S*); Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2016, *ARO* 2016/83 (*XRC Connect*); Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2016, *ARO* 2016/69 (*Jobpen*); Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2016, *ARO* 2016/175 (*FEIST*).

van beide aandeelhouders¹⁷⁵ werd in verschillende procedures door de OK ten grondslag gelegd aan haar oordeel dat sprake was van gegronde redenen te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

Interessant in dit verband is de kwestie *Prien Holding* waarin de OK toepassing gaf aan de in *Cancun*¹⁷⁶ door de Hoge Raad geformuleerde regel dat, kort gezegd, in geval van een joint venture-vennootschap het belang van de vennootschap mede wordt bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking. Dit kan ook meebrengen dat het belang van de vennootschap is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders. Onder verwijzing naar de *Cancun*-doctrine oordeelde de OK dat (1) een instructie aan een advocaat van de vennootschap enkel één van beide aandeelhouders te informeren en (2) het geven van een volmacht aan diezelfde aandeelhouder om de vennootschap te vertegenwoordigen het evenwicht tussen beide aandeelhouders doorbrak. De OK achtte dit mede redengevend voor haar conclusie dat sprake was van gegronde redenen te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

Voorts is *MeduProf-S* noemenswaardig. In deze zaak bevestigde de OK in meer algemene zin, en onder verwijzing naar art. 2:8 BW, dat informatieverplichtingen ook gelden ten opzichte van houders van stemrechtloze aandelen: *‘Weliswaar heeft Adamas geen stemrecht ten aanzien van het besluit tot verkoop, maar dit neemt niet weg dat hij op grond van artikel 2:8 BW van nadere informatie had moeten worden voorzien om zijn mening te kunnen vormen over dat besluit (...), dat niet alleen verstrekking gevolgen heeft voor de onderneming van MeduProf, maar ook voor zijn positie als minderheidsaandeelhouder.’*¹⁷⁷

De mate waarin de aandeelhouder van informatie dient te worden voorzien, vult de OK mede in aan de hand van de feitelijke omstandigheden van het geval, zo illustreert de kwestie *Jobpen*. Langs de bestendige lijnen van *Zwagerman*¹⁷⁸ achtte de OK in deze beschikking mede relevant dat de ene aandeelhouder, CHC, over meer informatie beschikte dan de andere aandeelhouders doordat CHC's zaakvoerder¹⁷⁹ tevens bestuurder was van Jobpen: *‘Door dit een en ander heeft CHC een informatievoor-*

175 Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, *ARO* 2016/63 (*Prien Holding*).

176 HR 4 april 2014, *ARO* 2014/71 (*Cancun*). Zie over *Cancun* ook J. Fleming, ‘Cancun: algemene normen in het enquêterecht door Jitta toegepast’, in C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 113-120, (ook over *Novero*) P. van Schilfgaarde, ‘Partners in het enquêterecht’, in dezelfde bundel, p. 331-338 en eveneens P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 209 e.v.

177 Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, *ARO* 2016/41 (*MeduProf-S*).

178 HR 1 maart 2002, *NJ* 2002/296 m.nt. J.M.M. Maaijer (*Zwagerman*).

179 Zaakvoerder is de Belgische benaming van een bestuurder van een BVBA. Zie ook r.o. 2.4.

*sprong op Jalte c.s. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer dient in deze omstandigheden het bestuur van Jobpen in afdoende mate opening van zaken te geven door ruimhartig te zijn in het aan Jalte c.s. verstrekken van informatie, voor zover zij daar als aandeelhouders recht op hebben.*¹⁸⁰

Een andere en veelvuldig terugkomende reden voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken is het bestaan van een dusdanig verstoorde onderlinge verhouding binnen één of meer organen van de vennootschap dat (1) die organen niet langer naar behoren functioneren, (2) binnen die organen sprake is van een patstelling of dreigende patstelling en/of (3) sprake is van nadelige invloed op het functioneren van de rechtspersoon en haar onderneming.¹⁸¹ Zo werd in *Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven* een enquête bevolen waarbij de OK mede redengevend vond het feit dat de verhouding tussen de raad van toezicht enerzijds en de ondernemingsraad en cliëntenraad anderzijds ernstig was verstoord.¹⁸² Ook het handelen door een bestuurder met een (mogelijk) ongeoorloofd tegenstrijdig belang en het daarbij onvoldoende betrachten van transparantie en/of het ontbreken in dat verband van voldoende zorgvuldige besluitvorming kwam regelmatig terug als reden te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.¹⁸³

Andere redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken waren (1) het bewust niet deponeren van jaarrekeningen,¹⁸⁴ (2) handelen in strijd met het beginsel van collegiaal bestuur door een medebestuurder geen gelegenheid

180 Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2016, *ARO* 2016/69 (*Jobpen*).

181 Hof Amsterdam 11 januari 2016, *ARO* 2016/25 (*Inter-Burgo Netherlands*); Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, *ARO* 2016/27 (*NOVO Exploitatie*); Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2016, *ARO* 2016/46 (*Delco Participation*); Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara Vastgoed en SR Horeca*); Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2016, *ARO* 2016/63 (*Prien Holding*); Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2016, *ARO* 2016/83 (*XRC Connect*); Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2016, *ARO* 2016/136 (*Marpro International*); Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2016, *ARO* 2016/137 (*Staphorst Ontwikkeling*); Hof Amsterdam (OK) 9 juni 2016, *ARO* 2016/150 (*Gravier E. Beheer*); Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2016, *ARO* 2016/177 (*DBWM en DB Holding*); Hof Amsterdam (OK) 6 september 2016, *ARO* 2017/2 (*Arthofleurada*); Hof Amsterdam (OK) 15 september 2016, *ARO* 2017/11 (*Celebration Panden en Celebration Benelux*); Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4801 (*WiSH IP, WE Projects en SK Projects*); Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4717 (*DCS-Holding en Ortus Group*); Hof Amsterdam (OK) 19 december 2016, *ARO* 2016/180 (*ADO Den Haag*) en Hof Amsterdam (OK) 1 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5560 (*Seahorse Diving*).

182 Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, *ARO* 2016/174 (*Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven*).

183 Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, *ARO* 2016/25 (*Inter-Burgo Netherlands*); Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2016, *ARO* 2016/41 (*MeduProf-S*); Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2016, *ARO* 2016/69 (*Jobpen*); Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2016, *ARO* 2016/136 (*Marpro International*); Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2016, *ARO* 2016/137 (*Staphorst Ontwikkeling*); Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue Beheer c.s.*); Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4717 (*DCS-Holding en Ortus Group*).

184 Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2016, *ARO* 2016/36 (*D.E.M.*).

te geven invulling te geven aan zijn bestuurstaak,¹⁸⁵ (3) het weigeren te erkennen dat aan een medebestuurder de rechten toekomen die wet en statuten toekennen aan statutair bestuurders,¹⁸⁶ (4) het bestaan van onduidelijkheid over de vraag wie bestuurder is van de vennootschap,¹⁸⁷ (5) het voeren van een groot aantal juridische procedures tussen aandeelhouders en bestuurders onderling¹⁸⁸ en (6) twijfel aan de deugdelijkheid van de financiële administratie.¹⁸⁹

Noemenswaardig is tot slot *Cunico Resources*. In deze zaak oordeelde de OK dat ofschoon de door de OK getroffen onmiddellijke voorzieningen hebben geleid tot herstel van de situatie, dit herstel geen reden vormt voor afwijzing van het enquêteverzoek: *'In [een eerdere] beschikking (...) heeft de Ondernemingskamer (...) overwogen dat de verhouding tussen BSGR en IMR dusdanig verstoord is dat de organen van Cunico niet meer naar behoren kunnen functioneren (...) en dat dit gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Cunico te twijfelen. Hieruit volgt reeds dat er aanleiding is een onderzoek te gelasten. Dat de situatie inmiddels als uitvloeisel van de getroffen onmiddellijke voorzieningen anders is, doet hieraan niet af. BSGR behoudt belang bij openheid van zaken met betrekking tot de situatie zoals die zich in het verleden heeft voorgedaan, zoals zij ook heeft aangevoerd.'*¹⁹⁰ Dit is in lijn met *Ogem II*¹⁹¹ waarin de Hoge Raad immers benadrukte dat *'de wetgever blijkens de ontstaansgeschiedenis van de regeling van het enquêterecht (...) als doeleinden van een enquête niet slechts heeft beschouwd de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard (...), maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid.'* Met andere woorden: herstel van de verhoudingen binnen de vennootschap, al dan niet als gevolg van reeds getroffen onmiddellijke voorzieningen, nemen het belang bij een enquête niet weg.¹⁹²

De redenen voor afwijzing van het enquêteverzoek zijn doorgaans sterk verweven met de feitelijke achtergronden.¹⁹³ Regelmatig benadrukte de OK in dit verband dat zij slechts met terughoudendheid treedt in de beoordeling van ondernemersbeleid en

185 Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, *ARO* 2016/25 (*Inter-Burgo Netherlands*).

186 Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4717 (*DCS-Holding en Ortus Group*).

187 Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, *ARO* 2016/27 (*NOVO Exploitatie*).

188 Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, *ARO* 2016/27 (*NOVO Exploitatie*).

189 Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2016, *ARO* 2016/83 (*XRC Connect*) en Hof Amsterdam (OK) 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5562 (*Kinderdagverblijf Het Zaans Stationnetje*).

190 Hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, *ARO* 2016/133 (*Cunico Resources*).

191 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem II*).

192 Zie ook de noot van Van Thiel bij *Cunico Resources* in *JOR* 2016/194.

193 Enquêteverzoek afgewezen: Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2016, *ARO* 2016/24 (*PiF*); Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2016, *ARO* 2016/39 (*Fruitmasters Expressive Research*); Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2016, *ARO* 2016/40 (*Eshuis Beheer en Eshuis*); Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2016, *ARO*

dit beleid slechts marginaal toetst.¹⁹⁴ Dit was bijvoorbeeld aan de orde in *Fruitmasters Expressive Research*¹⁹⁵ en *M&M*.¹⁹⁶ Interessant in dit verband is ook de beschikking inzake *Delta Lloyd* waarin de OK onder verwijzing naar de beschikkingen inzake *ABN AMRO* en *ASMI*¹⁹⁷ in herinnering roept dat (1) het bestuur van de vennootschap de strategie bepaalt en (2) dat het aan het bestuur is te beoordelen of en in hoeverre het wenselijk is daarover in overleg te treden met externe aandeelhouders. De OK benadrukte vervolgens dat het bestuur weliswaar verantwoording moet afleggen aan de algemene vergadering, maar behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen, niet gehouden is aandeelhouders vooraf te betrekken in zijn besluitvorming.¹⁹⁸

5 Materieel enquêterecht: wanbeleid en verantwoordelijkheid daarvoor

In 2016 heeft de OK verschillende tweede fase beschikkingen gegeven.¹⁹⁹ In sommige zaken zijn door de OK ook eindvoorzieningen in de zin van art. 2:356 BW²⁰⁰ getroffen, waarvan enkele vermeldenswaardig zijn.

2016/49 (*Matser Beheer*); Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2016, *ARO* 2016/50 (*Höcker Vastgoed*); Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2016, *ARO* 2016/72 (*M&M Holding*); Hof Amsterdam (OK) 13 april 2016, *ARO* 2016/114 (*Penn & Ink Nederland*); Hof Amsterdam (OK) 21 april 2016, *ARO* 2016/115 (*Beheersmaatschappij De Hoof Someren*); Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2016, *ARO* 2016/139 (*Meijbon Vastgoed Holding c.s.*); Hof Amsterdam (OK) 15 juli 2016; *ARO* 2017/1 (*Stichting Zorgorganisatie Niko*); Hof Amsterdam (OK) 11 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4051 (*Bedrijvenpark Centrum Almelo*); Hof Amsterdam (OK) 12 oktober 2016, *ARO* 2016/140 (*Delta Lloyd*); Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2016, *ARO* 2017/44 (*Sovereign Trust (Netherlands)*); Hof Amsterdam (OK) 10 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4558 (*Waitingroom Media*); Hof Amsterdam (OK) 29 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5081 (*EES International*) en Hof Amsterdam (OK) 9 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5595 (*[A] Groep*).

194 Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2016, *ARO* 2016/39 (*Fruitmasters Expressive Research*); Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2016, *ARO* 2016/72 (*M&M*).

195 Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2016, *ARO* 2016/39 (*Fruitmasters Expressive Research*).

196 Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2016, *ARO* 2016/72 (*M&M*).

197 HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434 m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABN AMRO*) en HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544 m.nt. P. van Schilfgaarde (*ASMI*). Zie over deze arresten ook P. van Schilfgaarde, *Redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 66 e.v.

198 Hof Amsterdam (OK) 12 oktober 2016, *ARO* 2016/140 (*Delta Lloyd*).

199 Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2016, *ARO* 2016/145 (*Fayrefield International*) kwam eerder in deze kroniek ter sprake. Zie ook Y. Borrius, 'Individualisering van wanbeleid; verhaal van onderzoekskosten en aansprakelijkheid', in C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 59-71, P. Olden, 'Het recht van enquête – nog maar weer eens – onderzocht' in dezelfde bundel, p. 287-295 en P.M. van der Zanden en G.J.H. van der Sagen, 'Beoordeling van beleid in het kader van de enquêteprocedure en de onderbouwing van de vaststelling wanbeleid', *TvOB* 2016, p. 82-88 over de wijze van normering door onderzoekers en de OK bij de vaststelling van wanbeleid.

200 Zie ook Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2016, *ARO* 2017/44 (*Sovereign Trust (Netherlands)*) waarin de OK heeft besloten bij wijze van voorziening de rechtspersoon te ontbinden (art. 2:356 sub f BW).

In *Phoenicia*²⁰¹ stelde de OK vast dat er geen discussie over kan bestaan dat vennootschapsrechtelijke en statutaire regels zijn geschonden. Een bepaalde transactie was door het bestuur aangegaan in weerwil van het ontbreken van de vereiste unanieme goedkeuring van de algemene vergadering. Deze bevindingen waren in overeenstemming met de eerdere constatering van de door de OK benoemde onderzoeker. De onderzoeker had ook vastgesteld dat de beginselen van behoorlijke corporate governance door het bestuur van *Phoenicia* ‘*ernstig en verwijtbaar*’ waren geschonden. Desondanks concludeerde de onderzoeker dat in zijn visie de gewraakte transactie niet als wanbeleid van de vennootschap kon worden aangemerkt. Aan deze constatering lag het ‘*nood breekt wet*’-beginsel ten grondslag.

Het draaide allemaal om een aandelentransactie waarbij *Phoenicia* in weerwil van een statutair unanimitetsvereiste de aandelen in een dochtervennootschap had overgedragen aan *Teramy*, een partij die tegelijkertijd als schuldeiser ook aanzienlijke druk uitoefende om een lening van ruim 20 miljoen euro betaald te krijgen. De onderzoeker stelde vast dat onderaan de streep het bestuur van de vennootschap geen verwijt kon worden gemaakt. Ofschoon niet ter discussie stond dat de aandelentransactie op grond van de statutaire regels niet had mogen plaatsvinden – verzoeker in de tweede fase had als aandeelhouder zelfs expliciet tegen de litigieuze transactie gestemd – diende het bestuur onder grote druk te handelen. Alternatieven waren er volgens de onderzoeker niet, *Teramy* zou vermoedelijk geen nader uitstel meer verlenen en volgens de onderzoeker zou nader uitstel ook nergens toe hebben geleid. Met andere woorden: inachtneming van de bestaande corporate governance tussen de aandeelhouders onderling zou de ontstane nood situatie bij *Phoenicia* niet hebben weggenomen. Bij die stand van zaken concludeerde de onderzoeker dat weliswaar fouten zijn gemaakt, maar dat niet kon worden geconcludeerd tot wanbeleid.

In de tweede fase betoogde verzoeker dat de schendingen van vennootschapsrechtelijke en ondernemingsrechtelijke regels wel degelijk wanbeleid opleverden, maar de OK ging daar niet in mee. De minderheidsaandeelhouder had enkele alternatieven geschetst, maar volgens de OK was onvoldoende aannemelijk dat deze alternatieven ook daadwerkelijk konden worden gerealiseerd. Bij deze stand van zaken lag het dus ook niet in de rede dat deze alternatieven *Phoenicia* in rustig vaarwater hadden kunnen brengen. Gelet op het gebrek aan bewegingsruimte waar de vennootschap in die periode mee te kampen had, was het doorbreken van de statutair vereiste unanimitet volgens de OK niet zodanig ernstig dat dit een wanbeleidsoordeel rechtvaardigde. De lijn van de OK is consistent met haar beschikking in de eerste fase in deze zaak, waarin de OK al had besloten dat in geval van een nood situatie het doorbreken van het vereiste van unanimitet

201 Hof Amsterdam (OK) 12 april 2016, *ARO* 2016/118, *JOR* 2016/234 m.nt. P.D. Olden (*Phoenicia Hotel Holding*).

gerechtvaardigd kon zijn. De OK verbond hieraan wel de voorwaarde dat in geval een dergelijk unanimitetsvereiste terzijde wordt gesteld, het bestuur van de vennootschap de algemene vergadering althans de tegenstemmende aandeelhouders hiervan op de hoogte stelt, bij voorkeur vóór of anders in ieder geval onmiddellijk na het nemen van de bewuste beslissing. In de tweede fase van de enquête is vastgesteld dat die mededeling niet is gedaan, maar dit leidde uiteindelijk volgens de OK niet tot het oordeel dat hier sprake is geweest van wanbeleid.

In *Bedrijvenpark Centrum Almelo*²⁰² werd hangende de tweede fase verzocht om een aanvullende enquête, naast een declaratoir strekkende tot de vaststelling van wanbeleid.

De OK oordeelde dat in deze enquête is gebleken van verschil van inzicht tussen de aandeelhouders, maar niet is gebleken van wanbeleid. De OK bevestigde de vaste lijn in de jurisprudentie dat het bedrijfseconomisch beleid en de strategie van een vennootschap behoren tot het domein van het bestuur, en dat het antwoord op de vraag of het gevoerde ondernemingsbeleid vanuit financieel of commercieel oogpunt juist is geweest met terughoudendheid moet worden getoetst. De OK stelde vast dat het bestuur na afweging van commerciële belangen voor een bepaalde koers heeft gekozen en dat is een beslissing die, kennelijk mede gelet op de inhoud van verslag en de toelichting die de door de OK benoemde tijdelijke commissaris ter zitting heeft gegeven, vergezeld gaat van een commerciële visie. Dit handelen kon de toets der kritiek doorstaan.

Problemen die binnen de vennootschap zijn ontstaan in verband met management-informatie en gesteld handelen met tegenstrijdige belangen leidden evenmin tot een wanbeleidsoordeel. In deze beschikking maakte de OK wederom duidelijk dat kritiekpunten ten aanzien van het beleid van een vennootschap materieel dienen te worden getoetst. Het niet in acht nemen van een statutaire goedkeuringsregeling werd door de OK niet bezwaarlijk geacht nu deze praktijk kennelijk heeft plaatsgevonden zonder enig bezwaar van de aandeelhouders en aan die goedkeuringsregeling ook in het verleden nimmer uitvoering is gegeven. De OK koos voor eenzelfde, vrij pragmatische insteek waar het ging om handelingen die volgens verzoekers in strijd met de tegenstrijdig belangregeling hadden plaatsgevonden. De OK stelde vast dat de transacties onder marktconforme condities hadden plaatsgevonden en het eerdere zware verwijt van het bestaan van een ‘cultuur van zelfverrijking’ binnen de onderneming inmiddels ook volgens verzoekers geen basis had. Dat bracht de OK tot de conclusie dat geen sprake is van onaanvaardbare belangenverstrengeling.

202 Hof Amsterdam (OK) 11 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4051 (*Bedrijvenpark Centrum Almelo*).

Ten slotte is vermeldenswaardig dat de OK ook enkele opmerkingen maakte over de informatievoorziening van het bestuur van de vennootschap richting aandeelhouders. Blijkens de beschikking konden kennelijk vraagtekens worden geplaatst bij de wijze waarop invulling is gegeven aan de informatievoorziening richting de aandeelhouders, maar de conclusie van de onderzoeker was dat hier geen structurele onwelwillendheid aan ten grondslag lag. Volgens de onderzoeker en de OK hield deze opstelling van het bestuur verband met een overgang van een informele naar een meer juridisch formele invulling van de algemene vergadering vanwege het ontstane conflict. Dat leverde geen aanwijzingen op dat sprake is geweest van wanbeleid.

Problemen rond de informatievoorziening door de vennootschap aan de aandeelhouders waren ook aan de orde in *Best Green*.²⁰³ In deze zaak heeft de onderzoeker stevige kritiek geuit op de financiële rapportage door de vennootschap. De leiding en sturing van de vennootschap alsmede de rapportage van het bestuur waren in de visie van de onderzoeker ‘*minimaal*’ en het ontbrak bij de vennootschap aan werkelijke sturing op basis van duidelijk cijfermateriaal. De onderneming was blijkens de beschikking ook ten onder gegaan vanwege de steeds verder oplopende, achterstallige facturen, waarbij het ontbrak aan middelen om adequaat te kunnen ingrijpen. Zodoende resteerde volgens de onderzoeker enkel het stopzetten van leveranties aan de vennootschap en was het onbetaald blijven van de facturen onafwendbaar. Over deze gang van zaken klaagde verzoeker in de tweede fase.

Een gefragmenteerde en incomplete administratie, geen deugdelijke financiële rapportage, jaarrekeningen die niet zijn vastgesteld, algemene vergaderingen die niet zijn gehouden en de afwezigheid van schriftelijke bestuursbesluiten brachten de OK tot een wanbeleidsoordeel. Daarmee was de zaak nog niet afgedaan. Weliswaar oordeelde de OK dat sprake is geweest van wanbeleid, maar de OK concludeerde eveneens dat de rol van verzoeker en medebestuurder van Best Green in het onderzoeksverslag onderbelicht was gebleven. Gelet op het gevoerde verweer was de OK van oordeel dat beide bestuurders voor het wanbeleid verantwoordelijk waren, aangezien een correcte vennootschappelijke orde hun gezamenlijke verantwoordelijkheid was. In de gepubliceerde *Best Green* beschikking stelde de OK niet in het dictum vast welke bestuurders verantwoordelijk waren voor het gebleken wanbeleid. Het daartoe strekkende verzoek van verzoeker om enkel twee (feitelijk) beleidsbepalers als verantwoordelijken aan te wijzen werd afgewezen, maar er volgde ook geen ruimere uitspraak van de OK in dit verband. Wellicht houdt dat verband met het feit dat Best Green als gevolg van de problematiek haar activiteiten heeft moeten staken. De OK nam wel enkele praktische maatregelen om in dat scenario te voorzien. Bij wijze van voorziening ontbond de OK de vennootschap. Daartoe was eveneens een vereffenaar nodig en de reeds door de OK benoemde

203 Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2016, *ARO* 2016/159, *JOR* 2017/7 m.nt. T. Saleminck (*Best Green*).

tijdelijk bestuurder werd in die functie benoemd. Teneinde te waarborgen dat de vereffening ordentelijk verliep, handhaafde de OK eveneens de reeds getroffen voorziening strekkende tot overdracht ten titel van beheer van de aandelen in het kapitaal van Best Green en werd voor de duur van de vereffening ook een nieuwe beheerder tevens vereffenaar (naast de reeds in functie zijnde tijdelijk functionaris) benoemd.

Ook vermeldenswaardig is de tweede fase inzake *Ekopon*.²⁰⁴ Bij *Ekopon* is blijkens het onderzoeksverslag sprake geweest van een gebrekkige informatievoorziening aan de aandeelhouders. Het bestuur had voorts bepaald serieus te nemen waarschuwingen van de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit gebagatelliseerd en ook op onjuiste wijze gecommuniceerd aan de aandeelhouders van *Ekopon*. Tevens is volgens de onderzoeker en de OK de governance van *Ekopon* van meet af aan gebrekkig geweest. Het bestuur was niet voldoende *in control*. Zowel *Ekopon*'s bestuurders als een feitelijk beleidsbepaler van *Ekopon* konden terzake volgens de OK een verwijt worden gemaakt. Voor de praktijk is nog interessant dat de OK in deze zaak bevestigde dat juist in tijden van financiële nood het bestuur van een vennootschap temeer acht moet slaan op de informatieverstrekking aan de aandeelhouders, zowel vanuit kwalitatief oogpunt alsook gelet op de frequentie waarop de aandeelhouders over de gang van zaken worden geïnformeerd, en dat het bestuur in die fase ook '*prudenter*' dient om te gaan met de governance van de vennootschap. Het handelen van *Ekopon*'s bestuur kon deze toets der kritiek niet doorstaan, waarbij het verstrekken van '*zelfs ronduit onjuiste informatie*' vanzelfsprekend bijdroeg aan de vaststelling dat bij *Ekopon* sprake was geweest van wanbeleid waarvoor de beleidsbepalers de verantwoordelijkheid dienden te dragen.

Tot slot de *Leaderland*-enquête,²⁰⁵ bepaald geen huis-tuin-en-keuken kwestie. De tweede fase beschikking inzake *Leaderland* is het voorlopige slotstuk van een reeks van niet minder dan 18 beschikkingen die in deze zaak zijn gegeven. Voorlopig, want op een specifiek onderdeel heeft de OK een nader onderzoek bevolen. De 18 beschikkingen geven reeds voldoende aanleiding een '*extreem contentieuze omgeving*' aan te nemen, zoals de onderzoekers het in hun verslag al omschreven. Volgens de onderzoekers '*procederen partijen om alles*'. De procedurele geschiedenis is zoals in dermate litigieuze omstandigheden wellicht ook wel kan worden verwacht: (1) een door de OK benoemde, tijdelijk bestuurder heeft zijn taken neergelegd omdat naar zijn mening hem het werk '*onmogelijk werd gemaakt*', (2) partijen mochten op straffe van een dwangsom geen rechtstreeks contact meer opnemen met de opvolgende door de OK benoemde tijdelijke bestuurder, (3) een van de hoofdrolspelers, Vasilyev, leek een onmiddellijke voorziening naast zich te hebben neergelegd door onbevoegd namens *Leaderland* in Rusland een procedure in

204 Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 2016, *ARO* 2017/45 (*Ekopon*).

205 Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, *ARO* 2016/66, *JOR* 2016/193 m.nt. P.D. Olden (*Leaderland*).

te leiden, (4) volgens de onderzoekers en de OK is vermoedelijk sprake van een geënceneerde crisissituatie, nota bene gecreëerd door een crisismanager, en (5) bepaalde personen, waaronder Vasilyev, hebben zich volgens de OK beziggehouden met het *'leeghalen'* van Leaderland. Het bewijs daarvan werd treffend geleverd door het feit dat de onderzoekers op bezoek wilden gaan bij Leaderland en, hoewel Vasilyev de deur opendeed, op dat adres inmiddels een vennootschap van de zoon van Vasilyev bleek te zijn gevestigd. Onderzoekers van Leaderland kregen ter plekke taal noch teken en (6) het optreden van Vasilyev werd volgens de OK gekenmerkt door *'obstructie'*, met als resultaat dat hij volgens de OK ook niet meer mocht klagen over de door hem gestelde onvolledigheid van het onderzoek.

Ook al volgt nog een nader onderzoek, het verbaast niet dat de OK bij deze stand van zaken al tot een wanbeleidsoordeel kwam. De OK wist op basis van het onderzoeksverslag genoeg over het *'leeghalen van de Leaderlandvennootschappen'* en de omstandigheden waaronder dit heeft plaatsgevonden. Met betrekking tot het verzochte, nadere onderzoek heeft de OK, onder verwijzing naar het relatief beperkte budget (van overigens € 50.000) maar vermoedelijk ook gelet op de proceshistorie in deze zaak, een verdere, onbegrensde uitbreiding van de polemiek tussen partijen willen voorkomen. De OK kwam met duidelijke instructies: slechts indien de eerste fase van het onderzoek *'aanwijzingen oplevert'* dat verzoeker het gelijk aan haar zijde heeft, kan het onderzoek worden uitgebreid.