

JOR 2014/128 Gerechtshof Amsterdam (Vz. OK), 19-02-2014, 200.102.055/03 OK, ECLI:NL:GHAMS:2014:424

Enquêteprocedure, Verzoek tot verlenen van machtiging om het onderzoeksverslag in de enquêteprocedure tegen Greenchoice te gebruiken ter ondersteuning van het enquêteverzoek jegens Energie Concurrent, Voldoende zwaarwegend belang bij de machtiging, Verzoek toegewezen, Verband met OK 18 oktober 2013, «JOR» 2014/96 en OK 23 mei 2013, «JOR» 2013/240, m.nt. Olden

Publicatie	JOR 2014 afl. 5
Publicatiedatum	29 april 2014
College	Gerechtshof Amsterdam (Vz. OK)
Uitspraakdatum	19 februari 2014
Rolnummer	200.102.055/03 OK LJN ECLI:NL:GHAMS:2014:424
Rechter(s)	mr. Ingelse
Partijen	Eneco Retail BV te Rotterdam, verzoekster, advocaat: mr. R.B. Gerretsen, tegen Groene Energie Administratie BV, h.o.d.n. Greenchoice te Rotterdam, verweerster, advocaten: mr. A.N. Stoop en mr. C.J. Scholten, en tegen 1. Energie Concurrent BV te Rotterdam, belanghebbende, advocaten: mr. M.M. Tuijtel en mr. W. Buikstra, en tegen 2. Van Rees Management BV te Rotterdam, belanghebbende, advocaat: mr. P.J. van der Korst, en tegen 3. Rexwinkel BV te Rotterdam, belanghebbende, advocaat: mr. K. Rutten.
Noot	mr. P.D. Olden
Trefwoorden	Enquêteprocedure, Verzoek tot verlenen van machtiging om het onderzoeksverslag in de enquêteprocedure tegen Greenchoice te gebruiken ter ondersteuning van het enquêteverzoek jegens Energie Concurrent, Voldoende zwaarwegend belang bij de machtiging, Verzoek toegewezen, Verband met OK 18 oktober 2013, «JOR» 2014/96 en OK 23 mei 2013, «JOR» 2013/240, m.nt. Olden,
Regelgeving	BW Boek 2 - 353 lid 3

» **Samenvatting**

De rechtspersoon, Groene Energie Administratie BV ('Greenchoice'), heeft geen bezwaar gemaakt tegen de verzochte machtiging om het onderzoeksverslag in de enquêteprocedure tegen haar te gebruiken ter ondersteuning van het enquêteverzoek jegens Energie Concurrent BV. De voorzitter acht het voorts voldoende aannemelijk dat het onderzoeksverslag van belang zal kunnen zijn voor de oordeelsvorming in de enquêteprocedure tegen Energie Concurrent.

Het door Van Rees Management BV aangevoerde belang weegt dan ook voldoende zwaar om haar te machtigen, in de enquêteprocedure tegen Energie Concurrent, mededeling te doen uit het onderzoeksverslag inzake Greenchoice. Bij deze stand van zaken kan in het midden blijven of en in hoeverre bij de beoordeling van het verzoek ex art. 2:353 lid 3 BW met andere belangen dan die van de rechtspersoon rekening moet worden gehouden.

» **Uitspraak**

1. Het verloop van het geding

1.1. Partijen worden hierna aangeduid als Eneco, Greenchoice, Energie Concurrent, Van Rees Management en Rexwinkel BV. Voor het verloop van het geding verwijst de Ondernemingskamer naar haar beschikkingen van 27 april 2012, 3 mei 2012, 27 juli 2012, 23 mei 2013, 21 juni 2013, 10 december 2013, 9 januari 2014 (alle met zaaknummer 200.102.055/01 («JOR» 2013/240, m.nt. Olden; *red.*)) en 18 oktober 2013 (met zaaknummer 200.102.055/02 («JOR» 2014/96; *red.*)).

1.2. Bij de beschikkingen van 27 april en 3 mei 2012 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Greenchoice, mr. P. Cronheim benoemd tot onderzoeker en bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding Energie Concurrent geschorst als bestuurder van Greenchoice, drs. F. van Westen benoemd tot bestuurder van Greenchoice en de door Energie Concurrent gehouden aandelen in Greenchoice ten titel van beheer overgedragen aan ir. W.P.M. van der Schoot.

1.3. Bij de beschikking van 23 mei 2013 heeft de Ondernemingskamer onder meer de verzoeken van Energie Concurrent de onderzoeker te gebieden bepaalde opnames en verslagen van interviews in het kader van het onderzoek aan Energie Concurrent te verstrekken, en het onderzoek voor een bepaalde tijd op te schorten, afgewezen. Energie Concurrent heeft tegen die beschikking cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad heeft daarop thans nog geen uitspraak gedaan.

1.4. Bij de beschikking van 10 december 2013 heeft de Ondernemingskamer bepaald dat het op die dag ter griffie van de Ondernemingskamer neergelegde verslag van het onderzoek met de daarbij behorende bijlagen (hierna: het onderzoeksverslag) ter inzage ligt voor belanghebbenden.

1.5. Bij brief van 11 december 2013 heeft de secretaris van de Ondernemingskamer een exemplaar van het onderzoeksverslag verzonden aan de advocaat-generaal bij Gerechtshof Amsterdam, alsmede aan (de advocaten van) Eneco, Greenchoice, Energie Concurrent en Van Rees Management, en aan Van Westen en Van der Schoot voornoemd.

1.6. Van Rees Management en zeven andere – niet in deze procedure verschenen – personen (hierna gezamenlijk Van Rees Management c.s. te noemen) hebben bij op 10 januari 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Energie Concurrent en bepaalde in dat verzoekschrift nader omschreven onmiddellijke voorzieningen te treffen (zaaknummer 200.140.053 OK).

1.7. Bij verzoekschrift (met productie), ingekomen ter griffie van de Ondernemingskamer op 13 januari 2014, heeft Van Rees Management de voorzitter van de Ondernemingskamer verzocht haar op de voet van artikel 2:353 lid 3 BW machtiging te verlenen uit het onderzoeksverslag mededeling te doen “door daarvan in de door haar (en anderen) aanhangig gemaakte enquêteprocedure tegen Energie Concurrent B.V., tevens in eventuele cassatie, gebruik te maken voor zover Van Rees Management B.V. dat gebruik ter toelichting en/of (ondersteuning van) bewijs van haar stellingen in die procedure nodig heeft”.

1.8. Bij brief van 22 januari 2014 heeft mr. Gerretsen namens Eneco bericht geen bezwaar te hebben tegen voormeld verzoek. Energie Concurrent (bij brief van 22 januari 2014 van mr. Tuijtel) en Rexwinkel BV (bij brief van 22 januari 2014 van mr. Rutten) hebben verweer gevoerd tegen dit verzoek. Van Greenchoice is in dit verband niet vernomen.

2. De gronden van de beslissing

2.1. Van Rees Management heeft ter toelichting van haar verzoek het volgende aangevoerd. De ondernemingen van Greenchoice en Energie Concurrent zijn nauw verweven. De bezwaren tegen de positie en het beleid van M.B. Rexwinkel en Rexwinkel BV (hierna gezamenlijk: Rexwinkel c.s.) binnen Greenchoice gelden één op één voor de positie en het beleid van Rexwinkel c.s. binnen Energie Concurrent. De bevindingen van de onderzoeker zijn daarmee tevens relevant voor de beoordeling van het enquêteverzoek met betrekking tot Energie Concurrent, in het bijzonder terzake de verantwoordelijkheid van Rexwinkel c.s. daarbij.

2.2. Energie Concurrent heeft de volgende bezwaren aangevoerd. In de eerste plaats ziet het onderzoeksverslag op het beleid binnen Greenchoice en niet binnen Energie Concurrent, terwijl de gestelde verwevenheid er niet is. In dat verband heeft zij nog opgemerkt dat de zeven medeverzoekers (naast Van Rees Management) van een enquête in Energie Concurrent geen belanghebbenden zijn in de enquêteprocedure jegens Greenchoice. Voorts is het niet in het belang van Energie Concurrent indien het onderzoeksverslag wordt gebruikt in een andere enquêteprocedure terwijl nog niet zeker is of het onderzoeksverslag in een vervolprocedure jegens Greenchoice aan de orde zal komen. Verder wenst Van Rees Management het onderzoeksverslag te gebruiken voor een oneigenlijk doel. Van Rees Management c.s. zijn uit op onder meer onmiddellijke voorzieningen die strekken tot schorsing van Rexwinkel BV als bestuurder van Energie Concurrent en overdracht van haar aandelen ten titel van beheer. Dat is niet in het belang van Energie Concurrent en het oneigenlijke gebruik van het onderzoeksverslag zal een en ander juist faciliteren. Tot slot bevat het onderzoeksverslag een onjuiste weergave van de gang van zaken binnen Greenchoice. Het verloop van het onderzoek en de inhoud van het onderzoeksverslag kunnen bovendien nog worden beïnvloed door de uitkomst van de cassatieprocedure (zie 1.3 hiervoor) en van een beroepsprocedure bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) met betrekking tot bepaalde boetebesluiten van de Autoriteit Consument en Markt (ACM), welke besluiten mede in het verrichte onderzoek zijn betrokken.

2.3. Rexwinkel BV voert als bezwaar – onder verwijzing naar de aanhangige cassatieprocedure – aan dat als gevolg van de machtiging mogelijk onjuiste informatie in de enquêteprocedure jegens Energie Concurrent wordt ingebracht, en – zoals ook Energie Concurrent aanvoert – dat het verloop van het onderzoek en de inhoud van het onderzoeksverslag nog kunnen worden beïnvloed door de uitkomst van de cassatieprocedure (zie 1.3 hiervoor). Aldus wordt Rexwinkel BV in zijn belangen geschaad, terwijl het belang van Van Rees Management zich er niet tegen verzet indien thans geen machtiging wordt verleend. Rexwinkel BV heeft zich op het standpunt gesteld dat het verzoek moet worden afgewezen althans dat een beslissing op het verzoek moet worden aangehouden totdat de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan in de in 1.3 vermelde procedure.

2.4. De voorzitter van de Ondernemingskamer oordeelt als volgt.

2.5. Vooropgesteld moet worden dat het in artikel 2:353 lid 3 BW neergelegde en strafrechtelijk beschermde uitgangspunt dat het onderzoeksverslag voor zover het niet voor een ieder ter inzage ligt, vertrouwelijk is, de belangen van de rechtspersoon dient. De rechtspersoon, Greenchoice, heeft geen bezwaar gemaakt tegen de verzochte machtiging. Anders dan Energie Concurrent kennelijk meent, acht de voorzitter het voorts – mede gelet op de inhoud van het onderzoeksverslag – voldoende aannemelijk dat het onderzoeksverslag van belang zal kunnen zijn voor de oordeelsvorming in de enquêteprocedure tegen Energie Concurrent. Niet valt in te zien waarom het gebruik van het onderzoeksverslag ter ondersteuning van het enquêteverzoek jegens Energie Concurrent en/of van de in die zaak verzochte onmiddellijke voorzieningen oneigenlijk zou zijn.

2.6. Het door Van Rees Management aangevoerde belang weegt dan ook voldoende zwaar om haar te machtigen, in de enquêteprocedure tegen Energie Concurrent, mededeling te doen uit het onderzoeksverslag inzake Greenchoice. Van belangen die daar voldoende tegen opwegen is niet gebleken. Hetgeen Energie concurrent en Rexwinkel BV voor het overige hebben aangevoerd is daartoe niet toereikend. In het bijzonder merkt de voorzitter van de Ondernemingskamer nog op dat de omstandigheid dat het niet zeker is of de Ondernemingskamer een oordeel naar aanleiding van het onderzoeksverslag in de procedure jegens Greenchoice zal geven niet relevant is voor de bruikbaarheid van het onderzoeksverslag in de enquêteprocedure jegens Energie Concurrent. Daargelaten is dan nog dat Eneco inmiddels

een vervolprocedure op de voet van artikel 2:355 BW is aangevraagd waarin zij op basis van het onderzoeksverslag onder meer verzoekt wanbeleid vast te stellen bij Greenchoice. Ook doet aan het voorgaande niet af de omstandigheid dat Energie Concurrent en Rexwinkel BV een aantal bevindingen in het onderzoeksverslag onjuist achten, er cassatie is ingesteld tegen voormelde beschikking van 23 mei 2013 in deze zaak en ten aanzien van een van de door de onderzoeker onderzochte beleidselementen een beroepsprocedure bij het CBB aanhangig is.

2.7. Bij deze stand van zaken kan in het midden blijven of en in hoeverre bij de beoordeling van het verzoek met andere belangen dan die van de rechtspersoon rekening moet worden gehouden.

2.8. Om geen verdere inbreuk op de vertrouwelijkheid te maken dan noodzakelijk is, dient de te verlenen machtiging wel – overeenkomstig het verzoek van Van Rees Management – te worden beperkt tot gebruik in de enquêteprocedure jegens Energie Concurrent voor zover Van Rees Management dat gebruik ter toelichting en/of (ondersteuning van) bewijs van haar stellingen nodig heeft.

2.9. De voorzitter van de Ondernemingskamer zal Energie Concurrent en Rexwinkel BV als de overwegend in het ongelijk gestelde partijen in de kosten van deze procedure verwijzen.

3. De beslissing

De voorzitter van de Ondernemingskamer:

machtigt Van Rees Management om uit het verslag van het door mr. P. Cronheim verrichte onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Greenchoice, neergelegd ter griffie van de Ondernemingskamer op 10 december 2013, mededeling te doen door daarvan in de mede door haar in de bij de Ondernemingskamer onder zaaknummer 200.140.053 OK aanhangig gemaakte enquêteprocedure, tevens in (een verwijzing na) cassatie, gebruik te maken voor zover Van Rees Management dat gebruik ter toelichting en/of (ondersteuning van) bewijs van haar stellingen in die procedure nodig heeft;

verwijst Energie Concurrent en Rexwinkel BV hoofdelijk in de kosten van het geding (...; *red.*);

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

» Noot

1. Deze dubbelnoot gaat over beschikkingen van de voorzitter van de Ondernemingskamer (OK) gewezen op de voet van art. 2:353 lid 3 BW in twee verschillende zaken: Gerechtshof Amsterdam (OK) 16 januari 2014, «JOR» 2014/127 (*Pierson & Pierson*) en Gerechtshof Amsterdam (OK) 19 februari 2014, «JOR» 2014/128 (*Greenchoice*). Art. 2:353 lid 3 BW bepaalt dat het anderen dan de rechtspersoon verboden is om mededelingen aan derden te doen uit het onderzoeksverslag voor zover dat niet voor een ieder ter inzage ligt, tenzij zij daartoe op hun verzoek door de voorzitter van de Ondernemingskamer zijn gemachtigd. Voor een bespreking van de strekking en achtergrond van deze wetsbepaling verwijs ik naar de recente noot van Bulten bij Gerechtshof Amsterdam (OK), 6 november 2013, «JOR» 2014/7 (*Ageas*).

2. De verzochte machtiging werd niet verleend aan de certificaathouders van Pierson & Pierson. De aandeelhouders van Greenchoice werden wel gemachtigd. In beide gevallen was het verslag van het onderzoek ter inzage gelegd voor belanghebbenden. De twee casus zijn globaal bekend uit de eerste fase beschikkingen.

3. Pierson & Pierson hield zich - via dochtervennootschappen - bezig met de productie en verkoop van geïmpregneerde muskietennetten. De aandelen in Pierson & Pierson waren gecertificeerd. De certificaten werden gehouden door twee erfgenamen van de oorspronkelijke oprichter en aandeelhouder. Een zekere Van der Bijl was executeur testamentair, bewindvoerder van de onder bewind gestelde vermogens van de twee certificaathouders en bestuurder van de StAK en Pierson & Pierson. Van der Bijl had ten laste van de vermogens van de twee certificaathouders geldleningen verstrekt aan Pierson & Pierson. Het ging toen al niet goed met Pierson & Pierson en de leningen brachten onvoldoende verbetering. De OK beoordeelde het aantrekken van die leningen vanuit het perspectief van de rechtspersoon: de

gedragingen van Van der Bijl als executeur en bewindvoerder kunnen geen onderwerp zijn van het onderzoek in de enquêteprocedure. Het aantrekken van financiering is een zaak van het bestuur, zo oordeelde de OK. Het enkele feit dat met die financiering niet het beoogde doel werd bereikt, is geen grond voor twijfel aan een juist beleid. Maar, zegt de OK, het bestuur dat de rechtspersoon blootstelt aan - kortweg - de aanmerkelijke kans op incassoprocedures of zichzelf aan de aanmerkelijke kans op acties uit onrechtmatige daad, handelt onder omstandigheden onzorgvuldig. De OK twijfelde bovendien aan de vergoedingen die Van der Bijl als reis- en advieskosten aan de onderneming in rekening had gebracht. Een onderzoek werd dus bevolen.

4. Nadat het verslag was gedeponereerd, verzochten de certificaathouders een machtiging om mededelingen te doen uit het verslag met het oog op een civiele procedure tegen Van der Bijl en een betrokken notaris in hun hoedanigheid van “executeur en (testamenteir) bewindvoerder”, respectievelijk “boedelnotaris”. Het verzoek werd gesteund door Pierson & Pierson, dat inmiddels onder ander bestuur stond.

5. De voorzitter wees het verzoek af. De procedures die de certificaathouders wilden voeren en hun belang om in dat verband mededelingen uit het verslag te doen, hielden onvoldoende verband met “de strekking” van het enquêterecht, althans zij hadden daartoe onvoldoende aangevoerd. Wat die strekking inhoudt, is in de beschikking weinig uitgewerkt. Ik begrijp de desbetreffende overweging zo. De OK overweegt dat het bieden van “openheid van zaken” een doel is van het enquêterecht. Die openheid van zaken moet wel ergens toe kunnen dienen, bijvoorbeeld tot een actie tot het vergoeden van schade. Daartoe moet de rechtspersoon soms dulden dat “haar” vertrouwelijke informatie openbaar wordt. Dat kan van de rechtspersoon verlangd worden, als de actie is gericht op het vergoed krijgen van schade ten gevolge van het gevoerde beleid of de gang van zaken van de rechtspersoon. Als de certificaathouders hadden gesteld dat zij Van der Bijl wilden aanspreken als bestuurder, dan was de machtiging vermoedelijk wel verleend.

6. Art. 2:353 BW strekt tot bescherming van de rechtspersoon. In het onderhavige geval steunde Pierson & Pierson het verzoek en zij had aan die bescherming dus geen behoefte. Dat geeft echter niet de doorslag. Anderen ontlenen een afgeleide bescherming aan de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW en de maatschappelijke betamelijkheid (zie de hiervoor genoemde beschikking inzake Ageas).

7. Het is niet categorisch uitgesloten dat de voorzitter een machtiging verleent voor een doel gelegen *buiten* de strekking van het enquêterecht. De voorzitter overwoog uitdrukkelijk dat hiertoe in dit geval niets was aangevoerd. Dit brengt mij op de tweede beschikking, die is gewezen in de enquêteprocedure naar Greenchoice.

8. Greenchoice had zich onder haar voormalige bestuurder en aandeelhouder Energie Concurrent jarenlang schuldig gemaakt aan het ophouden en achterhouden van eindafrekeningen. Zij was daarvoor door de NMa beboet. Mede-aandeelhouder Eneco verzocht met succes een enquête. Gegronde twijfel was aanwezig, aldus de OK, omdat de informatieverstrekking door Energie Concurrent tijdens de AvA's gebrekkig was en ook door het aanblijven van Energie Concurrent als bestuurder in weerwil van een toezegging om op te stappen.

9. Nadat het verslag van het onderzoek inzake Greenchoice ter inzage was gelegd voor belanghebbenden, deed een aantal belanghebbenden bij *Energie Concurrent* een enquêteverzoek naar die laatste rechtspersoon. Slechts één van de verzoekers, Van Rees Management, was ook als belanghebbende opgekomen in de enquêteprocedure inzake Greenchoice. Om dat nieuwe enquêteverzoek nader te onderbouwen, wilden Van Rees Management c.s. mededelingen doen uit het verslag inzake Greenchoice en zij verzochten daartoe te worden gemachtigd. De OK wees dit verzoek toe.

10. De benadering van de OK is aanmerkelijk welwillender dan in het geval van Pierson & Pierson. De voorzitter stelde vast dat Greenchoice geen bezwaar had gemaakt tegen toewijzing van het verzoek. Van Greenchoice was echter helemaal niets vernomen; van bezwaren was hooguit niet gebleken. Pierson & Pierson had het verzoek daarentegen actief gesteund en in dat geval tevergeefs.

11. Dragend voor de beslissing lijkt te zijn dat het verslag, gelet op zijn inhoud, van belang kan zijn voor de beoordeling van een enquêteverzoek naar Energie Concurrent. Niet valt in te zien waarom het gebruik van het verslag van de Greenchoice-enquête voor het enquêteverzoek naar Energie Concurrent “oneigenlijk” zou zijn. Van belangen die tegen het belang van Van Rees Management c.s. opwegen, is niet gebleken, aldus de OK.

12. In Pierson & Pierson werd dus van de verzoekers verwacht dat zij onderbouwden waarom het verslag gebruikt mocht worden buiten de strekking van het enquêterecht: zij hadden aannemelijk moeten maken dat de voorgenomen procedures en hun belang met die strekking voldoende verband hielden. Of het doen van mededelingen uit het verslag voor hun zaak nuttig was, speelt hooguit mee in de belangenafweging. In Greenchoice werd kennelijk impliciet aangenomen dat het verslag binnen die strekking gebruikt zou worden, ook al ging het om een geheel andere rechtspersoon. Het was daar aan belanghebbenden om hun bezwaren te onderbouwen. “Nee, tenzij” versus: “ja, tenzij”. Doorslaggevend voor dit onderscheid was voor de OK kennelijk dat het verslag binnen het enquêterecht gebruikt zou worden.

13. De “strekking van het enquêterecht”, waarmee de OK haar afwijzende beslissing motiveerde in Pierson & Pierson, was een afgeleide van het daar uitdrukkelijke gememoreerde doel van het enquêterecht, het verschaffen van “openheid van zaken”. Ik heb die frase beperkt geacht tot openheid van zaken *bij de desbetreffende rechtspersoon*, net als het onderzoek zich ook richt op het beleid en de gang van zaken “van een rechtspersoon”. De OK denkt daar anders over.

14. Teruggebracht tot de essentie is er natuurlijk weinig aan de hand. De OK zal in de enquêteprocedure inzake Energie Concurrent kennis nemen van het verslag waarvan zij in de tweede fase van de enquête inzake Greenchoice vermoedelijk ook kennis zal nemen. De beide rechtspersonen waren bovendien gelieerd: Energie Concurrent is aandeelhouder van Greenchoice en haar gedragingen vallen daardoor ook al binnen het bereik van het onderzoek naar Greenchoice. Het is nog wel van belang dat aan het enquêteverslag, binnen en buiten de “sfeer van het enquêterecht”, niet meer waarde wordt toegekend dan het verdient. Het is schriftelijk bewijs dat buiten het bereik valt van art. 6 EVRM, omdat de rechter er niet aan gebonden is. Schriftelijk bewijs bovendien van wisselende kwaliteit.

mr. P.D. Olden, advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam