

nance) spelregels die in Delaware in de context van de fiduciary duties van bestuurders en aandeelhouders zijn opgesteld, zouden best ook eens relevant kunnen zijn of worden voor de Nederlandse situatie. Als deze ontwikkeling zich inderdaad gaat voordoen, wordt een belangrijke vraag in hoeverre de HR hierin met de OK zal meegaan. Ik sluit af met een laatste citaat uit de *Hollinger*-zaak om aan te geven waar volgens mij 'tweesporen-vennootschapsrecht' om draait. 'In general, there are two types of corporate law claims. The first is a legal claim, grounded in the argument that corporate action is improper because it violates a statute, the certificate of incorporation, a bylaw or other governing instrument, such as a contract. The second is an equitable claim, founded on the premise that the directors or officers have breached an equitable duty that they owe to the corporation and its shareholders. Schnell v. Chris-Craft Industries, Inc. is the classic recent statement of the principle that inequitable action does not become permissible simply because it is legally possible'.

A. Doorman

Boek- bespreking

151

P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht; Analyse van de relevante rechtspraak*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 46, Deventer: Kluwer 2004, 404 p., e 52.50.

De ondertitel van dit boek luidt: 'Analyse van de relevante rechtspraak'. De overvloedige, op plaatsen uitputtende behandeling van de OK-rechtspraak¹ is precies de kracht van het werk, dat hierdoor evenzeer het karakter heeft van een handboek als van een proefschrift. De visie van Geerts komt regelmatig aan de oppervlakte, maar de auteur verliest zich niet in bespiegelingen.

De eerste vijf hoofdstukken zijn gewijd aan 'hete hangijzers' van het enquête-procesrecht: de voorfase, de enquêtegerechtigden, de enquêteur/het onderzoek/het verslag daarvan, de kosten van het onderzoek en het systeem van voorzieningen. Het zesde en laatste hoofdstuk, dat slechts vijf van de 332 'effectieve' pagina's beslaat, be-

vat afsluitende beschouwingen. Ik bespreek een aantal kwesties die in deze hoofdstukken aan de orde komen.

In het hoofdstuk 'De voorfase' besteedt Geerts aandacht aan de 'bezwarenbrief' van art. 2:349 lid 1 BW. Het 'Interimrapport Fundamentele Herbezinning' pleit voor regels die partijen opleggen reeds in de 'voorfase' van een procedure hun standpunten kenbaar te maken. Dit zou de kans op een schikking vergroten, doordat escalatie wordt tegengegaan en partijen een beter inzicht verkrijgen in het geschil. Geerts constateert dat art. 2:349 lid 1 BW een typisch voorbeeld is van wat het rapport op het oog heeft. Het is bekend dat de OK zich vooral laat leiden door de ratio van deze bepaling: de rechtspersoon dient door het enquêteverzoek niet te worden overvallen. De OK tilt minder zwaar aan de formele vereisten (kortweg: een schriftelijke mededeling vooraf aan het bestuur en raad van commissarissen). Geerts concludeert dat de rechtspraak van de OK een mooie balans laat zien tussen aandacht voor de belangen van de verzoeker en voor de belangen van de rechtspersoon. Een rigide toepassing van het artikel zou bovendien vanuit proces-economisch oogpunt niet gelukkig zijn: niets belet de verzoeker om na niet-ontvankelijk te zijn verklaard, zijn fout te herstellen en exact hetzelfde verzoekschrift enkele weken later opnieuw in te dienen. Geerts concludeert dat de bepaling, zoals door de OK gehanteerd, nuttig is en geen andere wijziging behoeft dan wellicht het schrappen van het vereiste dat bezwaren 'schriftelijk' kenbaar gemaakt moeten worden. Dat laatste is nodig om de wet in overeenstemming te brengen met de praktijk. Ik heb hieraan weinig toe te voegen. De bepaling stelt de advocaat van de verzoeker wel eens voor lastige afwegingen, met name in gevallen waarin de advocaat laat in de zaak is betrokken en onmiddellijke voorzieningen dringend geboden zijn. Wat is in zo'n geval de 'redelijke termijn' die de verzoeker de vennootschap moet gunnen om de bezwaren te onderzoeken en om maatregelen te nemen? Het vergt enig inlevingsvermogen in de belangenafweging die de OK moet maken.

Het hoofdstuk 'De enquêtegerechtigden' omvat onder meer een behandeling van de concernenquête. De vraag is – kortweg – of een verzoek zich (mede) kan uitstrekken tot een rechtspersoon ten aanzien waarvan de verzoeker niet enquêtegerechtigd is op grond van een van de bepalingen van titel 8, maar die in een concern is verbonden met de rechtspersoon, waar de verzoeker wel het recht heeft een enquête te verzoeken. Het typische voor-

beeld is dat van de verzoeker/aandeelhouder in een holding, die het beleid en de gang van zaken van een werkmatschappij wil doen onderzoeken, maar ook 'upstream' situaties zijn denkbaar. Moeders en dochters kunnen 'meegepakt' worden met het onderzoek naar de rechtspersoon; de wijze waarop de mede-aandeelhouder, respectievelijk de rechtspersoon hun aandeelhoudersrechten uitoefenen, kan tot 'de gang van zaken', respectievelijk het 'beleid' van de rechtspersoon zelf worden gerekend. Dat is niet waarom het hier gaat. Geerts meent dat een enquête zich daadwerkelijk tot een concerngenoot kan uitstrekken, indien (i) sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid van de concerngenoot te twijfelen en: (ii) de rechtspersoon door het beleid en de gang van zaken van de concerngenoot wordt geraakt. De rechtspraak van de OK vertoont een diffuus beeld. Geerts laat zien dat de OK de twee voorwaarden die hij noemt inderdaad hanteert. Soms ook bedient de OK zich van een vereenzelvigingsredenering.² Zie ik het goed, dan gaat het niet om slechts een analyse van OK-rechtspraak, maar meent Geerts dat indien aan de genoemde voorwaarden is voldaan, een concernenquête mogelijk behoort te zijn. Ik acht de eerste voorwaarde niet gelukkig. De vraag of een verzoeker bevoegd is tot het doen van een verzoek kan niet afhangen van het *inhoudelijke* oordeel ten aanzien van dat verzoek. Het is een vóórvraag. De tweede voorwaarde is omslachtig. De werkelijke vraag zou mijns inziens moeten zijn of de *verzoeker* door het beleid en de gang van zaken van de concerngenoot wordt geraakt. De houder van 10% van de aandelen in een vennootschap wordt geacht te worden geraakt en dus een voldoende belang³ te hebben (een wettelijke fictie). Het percentage is per definitie arbitrair, maar het biedt rechtszekerheid, waar een daadwerkelijke toetsing van het belang die niet

1. Het manuscript is op 1 februari 2004 afgesloten. Met nadien verschenen jurisprudentie is geen rekening gehouden.
2. OK 26 maart 2003, ARO 2003, 60 (*Callas*).
3. De discussie over de concernenquête is begonnen met de vraag of een vakbond slechts bevoegd was een enquête te vragen bij een rechtspersoon waar leden daadwerkelijk werkzaam waren, of dat dat ook mocht ten aanzien van bijvoorbeeld een holding, waar geen leden werkten. Ik meen dat de band tussen aandeelhouder en vennootschap fundamenteel anders is dan die tussen vakbond en vennootschap: de vakbond heeft geen zeggenschap naar rato van haar investering, maar heeft de vennootschap – en haar organisatie – te nemen zoals die zich aandient.

biedt. Waarom zou men de bevoegdheid ten aanzien van concerngenoten aan een ander, 'vaag' criterium toetsen? Licht het niet meer voor de hand om wettelijk te regelen dat ook een *indirect* belang van 10% enquêtege-rechtigd maakt? Het gevolg zou zijn dat een onderzoek naar een zustersvennootschap van de vennootschap waarin de verzoeker zijn belang houdt, niet kan worden verzocht. Evenmin kan een aandeelhouder in een dochter een enquête verzoeken naar het beleid en de gang van zaken van de moeder. Anders dan Geerts zou ik een wetswijziging wel bepleiten. Dat kan in één moeite door met de door Geerts bepleite uitbreiding van de enquêtebevoegdheid tot de OR, de vennootschap, de curator en de bewindvoerder, die ik onderschrijf.

Twee opmerkingen naar aanleiding van het derde hoofdstuk (De enquêteur, het onderzoek en het verslag daarvan⁴). Geerts verdedigt dat art. 194-199 Rv, voor zover niet in titel 8 een afwijkende regeling is getroffen, van overeenkomstige toepassing zijn op de onderzoekers in de enquêteprocedure. Inmiddels kan gezegd worden dat sprake is van een zekere eensgezindheid ten aanzien van deze kwestie.⁵ Geerts twijfelt aan het nut van door de OK in detail op te stellen richtlijnen voor onderzoekers in weerwil van een 'steeds luider' roep om dergelijke richtlijnen. Ik denk dat onderzoekers zelf wel behoefte hebben aan dergelijke richtlijnen. Een enkele kwestie mag dit illustreren. In de *Zinkwit*-beschikking⁶ besliste de OK dat de verzoeker geen recht had op inzage in de door de onderzoekers gelezen bescheiden die niet met het verslag waren gedeponeerd. Hierdoor onttrekt zich aan verificatie hoe de onderzoekers tot bepaalde bevindingen zijn gekomen. Indien nu de OK haar oordeel baseert op die bevindingen (zonder dat dat oordeel zelfstandig berust op wel kenbare feiten) is sprake van een schending van art. 6 EVRM en art. 19 Rv. Terecht stelt Geerts dat de pijn niet zozeer zit in de beslissing dat verzoekers geen kennis mogen nemen van de bescheiden die de onderzoekers hebben gelezen, maar in de vervolgstap, de oordeelsvorming door de OK op basis van de niet-verifieerbare bevindingen van de onderzoekers. Anders dan Geerts, stelt mij niet gerust de overweging van de OK in de *De Vries Robbé*-beschikking⁷, dat als de OK het verslag op de desbetreffende punten met 'voldoende omzichtigheid' hanteert, het wel goed zit. Met Hermans⁸ zou ik voorstaan dat de onderzoekers wordt geboden om niet-openbare stukken als bijlage bij het verslag te deponeren, tenzij er klemmende redenen zijn om dat niet te

doen. De onderzoekers dienen in dat geval ofwel op andere wijze hun bevindingen verifieerbaar te maken⁹, ofwel hun bevindingen bij te stellen. Dát zou in die richtlijnen moeten staan.

In het hoofdstuk 'De kosten van het onderzoek' pleit Geerts voorzichtig voor het verhuizen van de procedure tot kostenverhaal ex art. 2:354 BW naar een gewone dagvaardingsprocedure. Het eerste argument is dat de vennootschap min of meer afhankelijk is van hetgeen de onderzoekers schrijven in het verslag ten aanzien van de verantwoordelijkheid van bestuurders en commissarissen. Art. 2:354 BW bepaalt immers dat 'uit het verslag' van verantwoordelijkheid voor een onjuist beleid of onbevredigende gang van zaken moet blijken. Ik acht dit na de *RNA*-beschikking¹⁰ niet meer zo'n sterk argument. Ik voel wel voor het argument dat bestuurders en commissarissen recht hebben op een beoordeling in twee feitelijke instanties.

Ten slotte het vijfde hoofdstuk, 'Het systeem van voorzieningen'. Geerts bepleit een 'face-lift' van dit overigens uitstekend werkende systeem, die met name een aantal kwesties verduidelijkt. Niet cosmetisch is het voorstel om de tijdelijke voorzieningen¹¹ uit het rijtje van art. 2:356 BW te schrappen. De redenering is dat op grond van de schakelbepaling art. 2:355 lid 3 BW de OK ook in de tweede fase om onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding verzocht kan worden. Geerts stelt vast dat de beschikking waarbij deze '356-voorzieningen' worden getroffen niet per se het einde van het geding betekent en dat daarom naast 356-voorzieningen ook onmiddellijke voorzieningen getroffen kunnen worden. Indien men dat aanneemt, is het limitatieve karakter van de 356-voorzieningen toch al doorbroken en bestaat geen grond om nog afzonderlijke tijdelijke voorzieningen op te nemen. Ik meen dat het stelsel van voorzieningen zo niet is bedoeld. Het is juist dat de Hoge Raad¹² heeft gesanctioneerd dat de OK na het neerleggen van het verslag bij tussenbeschikking tijdelijke 356-voorzieningen kan treffen om daar vervolgens in een eindbeschikking nog een 356-voorziening aan toe te voegen.¹³ Het gaat wel om een beschikking van 1974, dus van vèr voor de invoering van de onmiddellijke voorzieningen. Dat in deze beschikking aanleiding zou worden gevonden om 30 jaar later te verdedigen dat naast de uitdrukkelijk als limitatieve voorzieningen in de wet opgenomen 356-voorzieningen ook onmiddellijke voorzieningen getroffen kunnen worden, kon de Hoge Raad toen niet voorzien.

Enkele formele aspecten van het enquêterecht heeft veel te bieden. Stof voor discussie, maar ook houvast voor de praktijkjurist. Het behoort tot de persoonlijke standaarduitrusting van wie zich bezighoudt met het enquêterecht.

P.D. Olden

-
4. Zie over hetzelfde onderwerp: R.M. Hermans, 'Het onderzoek in de enquêteprocedure' in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, p. 113.
 5. Niet ten aanzien van de vraag of enquêteurs deskundigen in de zin van genoemde artikelen zijn, hetgeen Geerts bepleit.
 6. OK 1 september 1994, *TVVS* 1994, p. 333, m.nt. IJsselmuiden.
 7. OK 28 juni 2001, *JOR* 2001/148, m.nt. Van den Ingh (*De Vries Robbé*).
 8. Idem, p. 158-159.
 9. Bijvoorbeeld door bescheiden te anonimiseren of door het geven van een samenvatting (Hermans).
 10. HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286, m.nt. Maeijer.
 11. Ter vermindering van misverstanden: het gaat om het schrappen van de voorzieningen sub c en d. In het voorstel van Geerts wordt de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer (voorziening sub e) vervangen door overdracht van aandelen zonder meer.
 12. HR 30 oktober 1974, *NJ* 1975, 185.
 13. Overigens meende A-G Van Soest dat de opeenvolgende beschikkingen niet wel met de wet in overeenstemming waren te brengen en toonde ook Wachter zich kritisch in zijn noot bij deze uitspraak.

Reacties van lezers

Een exoneratiebeding van een accountant jegens (onbekende) derden werkt niet

152

Pas thans heb ik gelegenheid te reageren op het artikel van mr. E.A. de Jong, 'De derdenaansprakelijkheid van de accountant voor zijn goedkeurende verklaring', in *Ondernemingsrecht* 2003, p. 600-606. Wanneer een accountant ten onrechte een goedkeurende verklaring heeft gegeven, kan hij jegens zijn opdrachtgever, de betrokken vennootschap, uit wanprestatie aansprakelijk zijn. Nu de accountant ook optreedt als 'vertrouwensman van het maatschappelijk verkeer' (al vindt De Jong, p. 606 mijns inziens ten onrechte dat de accountant die rol, evenmin als die van 'fraudejager' niet op het lijf is geschreven), speelt de ac-