

Bb 2024/23

Het verzoek van een (nadien) ontslagen bestuurder om een enquête die niemand kan of wil betalen

Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam 21 maart 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:739 (Geesink Norba)

Dieuwertje de Leeuw & Carlijn Tjoa, datum 02-05-2024

Datum	02-05-2024
Auteur	Dieuwertje de Leeuw & Carlijn Tjoa ^[1]
JCDI	JCDI:ADS959422:1
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

In deze bijdrage bespreken de auteurs de beschikking van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam van 21 maart 2024, waarin de Ondernemingskamer de vennootschap weliswaar ontvankelijk verklaarde in het enquêteverzoek naar zichzelf (dat was ingediend door haar nadien ontslagen bestuurder), maar het onderzoek vervolgens zonder verdere beoordeling afwees omdat dit niet kon worden gefinancierd. De auteurs gaan nader in op beide aspecten van deze beschikking.

1. Inleiding

De enquêteprocedure inzake het “*kooigevecht rond Geesink-norba*”^[2] heeft mede door vrij stevige uitlatingen van een aantal betrokkenen de nodige media-aandacht gekregen.^[3] Voor de (praktijk)jurist is de eerste fase beschikking vooral interessant door de aan de orde zijnde ontvankelijkheidskwestie en de vraag wie de kosten van het onderzoek kan c.q. moet dragen bij gebrek aan financiële middelen bij de rechtspersoon zelf. De Ondernemingskamer volgt in deze beschikking met betrekking tot beide kwesties de bestendige lijn zoals uiteengezet in eerdere uitspraken. De beschikking is in die zin niet baanbrekend, maar geeft wel een mooie aanleiding beide onderwerpen weer eens nader te beschouwen.

2. Relevante feiten

De Geesink Norba groep is een fabrikant van vuilniswagens en perscontainers voor afval en servicevoertuigen uit Emmeloord.^[4] De Geesink Norba groep is actief in 39 landen en heeft circa 600 werknemers. Geesink Norba Holding B.V. (“Geesink Norba”) is opgericht in 1875 en staat aan het hoofd van de groep.

In juli 2022 wordt [B] aangetrokken als *Chief Restructuring Officer* om de mogelijkheden van een herstructurering van de groep te onderzoeken. Geesink Norba, van wie de aandelen op dat moment nog in handen zijn van de in Spanje gevestigde investeringsmaatschappij Firion Investments S.L.U. (“Firion”), is dan al jaren verlieslatend.^[5] De Globitas groep, een Nederlandse investeringsmaatschappij, ziet evenwel nog been in de vrachtwagenbouwer. Op 7 november 2022 neemt zij, via de tot haar groep behorende vennootschap Willemsparkweg CXIV B.V. (“WPW”), alle aandelen in Geesink Norba over van Firion en benoemt zij [B] tot enig bestuurder. [B] volgt daarmee [C] op.

Al kort na de overname ontstaan spanningen tussen bestuurder [B] enerzijds en de Globitas groep anderzijds.^[6] Dit culmineert uiteindelijk op 29 september 2023 in de indiening van een verzoekschrift bij de Ondernemingskamer door [B] namens Geesink Norba, waarin de Ondernemingskamer - kort gezegd - wordt verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Geesink Norba en, voor zover noodzakelijk, haar (klein)dochtervennootschappen, alsmede om onmiddellijke voorzieningen te treffen.

Na indiening van dit verzoekschrift volgen de ontwikkelingen elkaar in rap tempo op. Allereerst wordt [B] nog geen halfuur later in een algemene vergadering van Geesink Norba ontslagen als bestuurder en vervangen door [D]. Geesink Norba, vertegenwoordigd door haar nieuwe bestuurder [D], dient vervolgens op 10 oktober 2023 een verweerschrift in, waarin zij aan de Ondernemingskamer te kennen geeft het verzoekschrift dat eerder door [B] namens haar is ingediend in te trekken, althans waarin zij de Ondernemingskamer verzoekt het enquêteverzoek af te wijzen. Globitas c.s.,^[7] voormalig aandeelhouder Firion en [C] dienen op dezelfde dag ook verweerschriften in, waarin zij de Ondernemingskamer verzoeken om “Verzoekster” (oftewel Geesink Norba vertegenwoordigd door [B]) niet-ontvankelijk te verklaren, dan wel het verzoek af te wijzen. Een week later komen partijen vlak voor de geplande mondelinge behandeling op 19 oktober 2023 op de gang van het gerechtshof tot een regeling en verzoeken zij de Ondernemingskamer ter zitting om aanhouding van de procedure om deze regeling verder uit te kunnen werken.^[8] Twee dagen daarna treedt [D] af als bestuurder en volgt [A] hem op. Ruim twee weken later, op 6 november 2022, meldt Verzoekster aan de Ondernemingskamer dat geen definitieve regeling is bereikt en verzoekt zij om voortzetting van de mondelinge behandeling. Weer twee weken later, op 22 november 2023, worden de Nederlandse werkmaatschappijen van Geesink Norba in staat van faillissement verklaard. Op 12 december 2023 volgt ook het faillissement van Geesink Norba zelf.

3. Verzoek Geesink Norba

Verzoekster (Geesink Norba vertegenwoordigd door [B]) heeft de Ondernemingskamer, samengevat, verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Geesink Norba en - voor zover noodzakelijk - haar (klein)dochtervennootschappen, in het bijzonder naar (a) de gang van zaken rondom de overname door WPW en (b) de handelwijze van Globitas c.s. inzake de herstructurering en de uitvoering van haar verplichtingen uit de koopovereenkomst met WPW. Als toelichting heeft Verzoekster onder meer naar voren gebracht dat het ontslag van [B] niet in het belang zou zijn van Geesink Norba en dat de gronden die door WPW zijn aangevoerd voor het ontslag feitelijk onjuist zouden zijn.

Verzoekster heeft ter zitting het enquêteverzoek ingetrokken voor zover het betrekking had op de Nederlandse werkmaatschappijen. Zou Verzoekster daar niet toe zijn overgegaan, dan zou dat onderdeel van het verzoek op voet van artikel 27 of 28 Fw mogelijk zijn geschorst.^[9] Ook heeft Verzoekster ter zitting de in haar verzoekschrift opgenomen verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet langer gehandhaafd. Wel heeft zij de Ondernemingskamer verzocht, bij wijze van een onmiddellijke voorziening, Globitas c.s. hoofdelijk te veroordelen om adequate zekerheid te verschaffen ter zake van de kosten van het onderzoek.

4. Oordeel Ondernemingskamer

Ontvankelijkheid

Globitas c.s., Firion en [C] (de bestuursvoorganger van [B]) hebben een aantal ontvankelijkheidsverweren aangevoerd. Zij hebben allereerst aangevoerd dat Verzoekster niet-ontvankelijk is in haar verzoek, omdat het indienen van het verzoekschrift door [B] een vertegenwoordigingshandeling betreft waartoe [B] niet bevoegd was. Dit verweer slaagt niet. Het verzoekschrift van Geesink Norba, dat in opdracht van [B] door mr. De Groot als advocaat van Geesink Norba is ingediend, had de Ondernemingskamer per e-mail op 29 september 2023 om 13:42 uur bereikt: 18 minuten voordat de algemene vergadering startte waarin besluitvorming over het

ontslag van [B] als bestuurder aan de orde was. De Ondernemingskamer overweegt dat [B] op dat moment als bestuurder van Geesink Norba vertegenwoordigingsbevoegd was en dat het verzoek dus bevoegdlijk door [B] namens Geesink Norba is gedaan.

Ten tweede hebben Globitas c.s. naar voren gebracht dat [D], na zijn benoeming tot bestuurder, namens Geesink Norba mr. De Groot heeft verzocht het verzoek in te trekken. Aan dat verzoek dient volgens Globitas c.s. gehoor te worden gegeven. De omstandigheid dat mede om een onderzoek naar het ontslagbesluit is verzocht, levert volgens Globitas c.s. geen uitzonderingssituatie op. Ook hier vinden Globitas c.s. geen gehoor bij de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer oordeelt dat het besluit tot ontslag van [B] verband houdt met de onderwerpen waarover een onderzoek wordt verzocht. Onder die omstandigheden zou een juiste werking van het enquêterecht op onaanvaardbare wijze worden doorkruist, indien het enquêteverzoek niet-ontvankelijk zou zijn op de enkele grond dat de vennootschap, vertegenwoordigd door de nieuwe bestuurder, dat verzoek zou intrekken. Verzoekster is dus ontvankelijk in haar verzoek.

Subsidiar hebben Globitas c.s. aangevoerd dat bepaalde aanvullende gronden die Verzoekster op 6 november 2023 heeft aangevoerd niet kunnen bijdragen aan het verzoek, omdat [B] niet namens Geesink Norba gronden kan aandragen die zien op de periode na zijn ontslag. Ook dit verweer wordt verworpen. De Ondernemingskamer overweegt daartoe dat het Verzoekster - die ontvankelijk is in haar verzoek - vrijstaat om nadien ter ondersteuning van dat verzoek nadere feiten en omstandigheden aan te dragen voor zover die strekken ter verdere onderbouwing van de gronden die aan het oorspronkelijk verzoek ten grondslag zijn gelegd (vgl. HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1435, rov. 4.2.2. en de conclusie A-G onder 3.6).

Betaling van de kosten voor het onderzoek bij gebrek aan financiële middelen bij de rechtspersoon

Artikel 2:350 lid 3 BW bepaalt dat de kosten van het onderzoek worden gedragen door de rechtspersoon. In dit geval verkeerde Geesink Norba echter in staat van faillissement. De curator van Geesink Norba zag geen heil in de enquêteprocedure: hij heeft aangegeven dat hij zelf een onderzoek naar onregelmatigheden zou (laten) uitvoeren en dat daarnaast geen behoefte bestaat aan een enquêteonderzoek. De kosten van een enquêteonderzoek zouden daarom ook niet door de boedel worden gedragen. Ook Verzoekster zelf en de andere partijen bleken ter zitting niet bereid om de kosten van een eventueel te bevelen onderzoek te dragen.

Verzoekster heeft de Ondernemingskamer daarop - naar het zich laat aanzien pas ter zitting^[10] - verzocht om Globitas c.s. als feitelijk beleidsbepaler bij wijze van onmiddellijke voorziening hoofdelijk te veroordelen om adequate zekerheid te verschaffen ter zake van de kosten van het onderzoek op de voet van artikel 2:354 juncto 2:349a BW. Verzoekster verwees daarbij naar de uitspraak van de Ondernemingskamer van 27 december 2012.^[11]

De Ondernemingskamer oordeelt echter, met verwijzing naar meer recente rechtspraak, dat in dit geval geen sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die rechtvaardigen dat, in afwijking van het wettelijk systeem, al voorafgaand aan een (eventueel) onderzoek wordt bepaald dat anderen dan de rechtspersoon de kosten van het onderzoek dragen, daarvoor zekerheid stellen of die kosten voorfinancieren.^[12]

Dat brengt de Ondernemingskamer tot de conclusie dat op voorhand vaststaat dat een eventueel te gelasten onderzoek niet kan worden gefinancierd en niet zal worden uitgevoerd, zodat de doeleinden van het enquêterecht in deze procedure niet kunnen worden gediend of bereikt. Daarmee is het belang aan het enquêteverzoek komen te ontvallen, zodat een verdere beoordeling achterwege kan blijven, en het verzoek wordt afgewezen.

5. Commentaar

Ontvankelijkheid

Op grond van artikel 2:346 lid 1 aanhef en sub d BW is een rechtspersoon bevoegd tot het indienen van een enquêteverzoek naar zichzelf. Het indienen van een verzoekschrift namens een rechtspersoon betreft een vertegenwoordigingshandeling.^[13] Dit betekent dat het bestuur of een of meerdere bestuurders, mits zij (zelfstandig) vertegenwoordigingsbevoegd zijn, een verzoekschrift namens een rechtspersoon kunnen indienen.^[14] Voor ontvankelijkheid is daarnaast niet vereist dat voorafgaand aan de indiening van het verzoekschrift een bestuursbesluit daartoe is genomen.^[15]

In de onderhavige beschikking heeft de Ondernemingskamer terecht geoordeeld dat [B] bevoegd was namens Geesink Norba het verzoekschrift in te dienen. [B] was op het moment van indiening immers nog (net) bestuurder van de vennootschap; hij werd pas kort daarna ontslagen. Dat [B] ten tijde van de indiening van het verzoekschrift al wist dat zijn ontslag aanstaande was,^[16] maakt dit niet anders. Die wetenschap maakt hem namelijk niet bij voorbaat vertegenwoordigingsonbevoegd.^[17] Dat Globitas c.s., Firion en [C] toch meenden te kunnen betogen [B] niet bevoegd was tot het indienen van het verzoekschrift namens Geesink Norba, valt dan ook niet goed te begrijpen.

Wat nu als [B] het verzoekschrift later had ingediend; dus (vlak) ná zijn ontslag als bestuurder? Had de Ondernemingskamer Geesink Norba in dat geval niet ontvankelijk moeten verklaren in haar verzoek? Vaststaat in ieder geval dat [B] na zijn ontslag niet meer bevoegd was Geesink Norba te vertegenwoordigen. Strikt genomen kon hij vanaf dat moment dus geen enquêteverzoek meer indienen namens Geesink Norba. Deze uitkomst doet echter wat onbevredigend aan. Dit zou immers betekenen dat als een bestuurder voornemens is een enquêteverzoek in te dienen om - bijvoorbeeld - het handelen van de aandeelhouder aan de kaak te stellen, de aandeelhouder dat gemakkelijk kan voorkomen door de bestuurder in kwestie snel te ontslaan. Doet dat geen afbreuk aan de effectieve werking van het enquêterecht?

Hoewel de Ondernemingskamer en de Hoge Raad zich over een dergelijke ontslagsituatie - voor zover ons bekend - nog niet hebben uitgelaten, heeft de Ondernemingskamer zich in de L2Fiber-beschikking wel al gebogen over de vraag of een rechtspersoon (het ging om een besloten vennootschap) ontvankelijk kan worden verklaard ten aanzien van een enquêteverzoek dat namens haar was ingediend door twee *geschorste* bestuurders.^[18] Uit deze beschikking blijkt dat bestuurders die door schorsing niet meer vertegenwoordigingsbevoegd zijn onder omstandigheden tóch namens de rechtspersoon een enquêteverzoek kunnen indienen ex artikel 2:346 lid 1 aanhef en onder d BW. Daarvoor is echter alleen ruimte indien in de gegeven omstandigheden aan de rechtspersoon in redelijkheid geen beroep op het ontbreken van de vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt, omdat dit zou leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van het enquêterecht. In de L2Fiber-procedure was daarvan volgens de Ondernemingskamer geen sprake. De Ondernemingskamer legde aan dat oordeel ten grondslag dat de bestuurders niet waren geschorst met het doel te voorkomen dat zij een enquêteverzoek zouden indienen. Zij zouden zijn geschorst, omdat zij weigerden uitvoering te geven aan bestuursbesluiten. De door de Ondernemingskamer in de L2Fiber-beschikking aangelegde norm sluit aan bij de norm die de Ondernemingskamer eerder heeft aangelegd ten aanzien van enquêteverzoeken ingediend door bestuurders die niet zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd zijn. Ook dergelijke verzoeken kunnen blijkens de jurisprudentie van de Ondernemingskamer toch ontvankelijk worden verklaard indien in de gegeven omstandigheden aan de rechtspersoon in redelijkheid geen beroep op het ontbreken van de vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt, omdat dit zou leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van het enquêterecht.^[19]

In de literatuur wordt echter wel kritiek geleverd op het feit dat de Ondernemingskamer in de L2Fiber-beschikking aansluiting heeft gezocht bij die norm. Betoogd wordt dat een analoge toepassing van de criteria uit de Slotervaartbeschikking zuiverder zou zijn geweest.^[20] In de Slotervaartbeschikking oordeelde de Hoge Raad dat een certificaat- of aandeelhouder die als gevolg van een uitgifte van (certificaten van) aandelen niet langer voldoet aan de in artikel 2:346 lid 1 sub b BW bedoelde kapitaaleis, toch bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek, indien het verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar de uitgifte en de verzoeker stelt dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken bij die uitgifte.^[21] Vertaald naar geschorste bestuurders komt dit er dan op neer dat een door een geschorste bestuurder namens de vennootschap ingediend enquêteverzoek ontvankelijk moet worden verklaard indien dat verzoek (mede) betrekking heeft op de schorsing.

Wij menen ook dat deze analoge toepassing meer voor de hand ligt bij de beoordeling van de vraag of een enquêteverzoek ingediend door een geschorste bestuurder ontvankelijk kan worden verklaard dan toepassing van de norm die in de L2Fiber-beschikking werd gehanteerd. De Slotervaart-criteria maken immers een strikter onderscheid tussen enerzijds de ontvankelijkheidsvraag en anderzijds de vraag of het enquêteverzoek inhoudelijk toewijsbaar is.^[22] Bovendien past de Ondernemingskamer de Slotervaart-criteria feitelijk ook al toe bij de beoordeling van de vraag of een eenmaal ingediend enquêteverzoek door een opvolgend bestuurder kan worden ingetrokken (waarover hierna meer).

Wij zien geen reden enquêteverzoeken ingediend door geschorste bestuurders anders te behandelen dan enquêteverzoeken ingediend door ontslagen bestuurders. Hun positie is immers vanuit het oogpunt van vertegenwoordigingsbevoegdheid gelijk: zowel geschorste als ontslagen bestuurders zijn op het moment van indiening van het verzoek niet (meer) bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. Wij menen kortom dat ook ontslagen bestuurders onder omstandigheden namens de rechtspersoon een enquête verzoek kunnen indienen. Zoals gezegd, achten wij het wel het meest zuiver bij de beoordeling de Slotervaart-criteria toe te passen en niet de norm zoals gehanteerd in de L2Fiber-beschikking. Met andere woorden: als het enquêteverzoek van de rechtspersoon dat is ingediend door een ontslagen bestuurder (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar dat ontslag en namens de rechtspersoon wordt gesteld dat er gegronde redenen bestaan om te twifelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken, moet het verzoek ontvankelijk worden verklaard. De vraag is wel hoe vaak een dergelijke situatie zich in de praktijk nu echt zal voordoen. Een eenmaal ontslagen bestuurder zal naar verwachting niet vaak de behoefte voelen nog naar het middel van een enquête te grijpen.

Een andere, op het voorgaande voortbordurende vraag is in hoeverre een (opvolgend) bestuurder kan overgaan tot *intrekking* van een door een ontslagen bestuurder namens de vennootschap ingediend enquêteverzoek. Formeel juridisch kan een opvolgend bestuur of kunnen één of meerdere (zelfstandig) vertegenwoordigingsbevoegde opvolgende bestuurders het enquêteverzoek intrekken, waarna de Ondernemingskamer het verzoek niet meer kan behandelen. Intrekking kwalificeert immers, net als indiening, als een vertegenwoordigingshandeling.^[23] De Ondernemingskamer gaat hier echter al sinds jaar en dag praktisch mee om. Indien het ontslag (of de schorsing) van de bestuurder die het verzoek namens de vennootschap heeft ingediend (mede) verband houdt met de onderwerpen waarover een enquête wordt verzocht, slaat de Ondernemingskamer geen acht op de intrekking van het verzoekschrift door het (opvolgend) bestuur.^[24] Zoals gezegd, past de Ondernemingskamer hier feitelijk de Slotervaart-criteria toe. Ook in onderhavige beschikking kiest de Ondernemingskamer voor deze praktische benadering. Omdat het verzoekschrift (onder meer) het verzoek bevat een onderzoek te gelasten naar de gang van zaken rondom het ontslag van de bestuurder, gaat de Ondernemingskamer voorbij aan de poging van Geesink Norba (vertegenwoordigd door het opvolgend bestuur) om het verzoekschrift in te trekken. In dat kader overweegt de Ondernemingskamer dat een juiste werking van het enquêterecht op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist indien het enquêteverzoek niet-ontvankelijk zou zijn op de enkele grond dat de vennootschap, vertegenwoordigd door de nieuwe bestuurder, dat verzoek zou intrekken. Dit is precies de reden waarom wij de praktische benadering van de Ondernemingskamer toejuichen.

Tot slot doen Globitas c.s. subsidiair nog een poging een deel van de door Verzoekster aangevoerde gronden buiten de procedure te houden door aan te voeren dat [B] niet namens Geesink Norba aanvullende gronden kan aandragen die zien op de periode na zijn ontslag. Deze poging slaagt terecht niet. De Ondernemingskamer overweegt ter zake, in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad, dat het een eenmaal ontvankelijk verklaarde verzoekster vrijstaat om nadien nadere feiten en omstandigheden aan te dragen voor zover die strekken ter verdere onderbouwing van de gronden die aan het oorspronkelijke verzoek ten grondslag zijn gelegd.^[25]

Betaling van kosten voor het onderzoek bij gebrek aan financiële middelen bij de rechtspersoon

Artikel 2:350 lid 3 BW bepaalt dat de kosten van het onderzoek worden gedragen door de rechtspersoon. Artikel 2:354 BW voorziet daarbij in een mogelijkheid voor de rechtspersoon om deze onderzoekskosten geheel of gedeeltelijk te verhalen, maar pas nadat het onderzoeksrapport is opgeleverd. Het verhalen van kosten op verzoekers is mogelijk indien uit het verslag blijkt dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan.

Verhaal op een bestuurder, commissaris of een ander in dienst van de rechtspersoon is mogelijk, indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon.

Het wettelijke uitgangspunt dat de rechtspersoon de kosten van het onderzoek draagt (met onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid tot verhaal van deze kosten grond van artikel 2:354 BW) leidt tot complicaties wanneer de rechtspersoon niet bereid of in staat is tot betaling of zekerheidsstelling. Wanneer de rechtspersoon hiertoe niet bereid is, kan dit onder meer via onmiddellijke voorzieningen alsnog worden afgedwongen.^[26]

Wanneer de Ondernemingskamer tot de conclusie komt dat er geen reëel uitzicht is dat een onderzoek daadwerkelijk kan plaatsvinden in verband met de daarvoor benodigde financiële middelen, kan het verzoek op die grond worden afgewezen.^[27] In de praktijk wordt echter - zo ook in dit geval - eerst aan partijen voorgelegd of zij bereid zijn om de kosten voor het onderzoek vrijwillig te dragen. Partijen kunnen goede redenen hebben om het onderzoek te financieren, bijvoorbeeld omdat zij het onderzoeksrapport nodig hebben ter onderbouwing van hun vorderingen in een aansprakelijkheidsprocedure. Dat andere partijen de kosten van het onderzoek kunnen financieren wanneer de rechtspersoon hiertoe niet in staat is, wordt vrij algemeen aangenomen.^[28] Dat ligt anders bij de vraag of andere partijen dan de rechtspersoon zelf ook *verplicht* kunnen worden door de Ondernemingskamer om de kosten van het onderzoek te dragen.

De Ondernemingskamer beantwoordt deze vraag bevestigend. In een aantal uitspraken heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat artikel 2:350 lid 3 BW en artikel 2:354 BW, in samenhang beschouwd, meebrengen dat bij toewijzing van het enquêteverzoek niet kan worden bepaald (i) dat anderen dan de rechtspersoon de kosten van het onderzoek dragen of (ii) dat anderen dan de rechtspersoon zekerheid stellen. Daar voegt de Ondernemingskamer echter aan toe dat dit "slechts" uitzondering leidt in uitzonderlijke omstandigheden.^[29]

Dat roept de vraag op wanneer sprake is van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden. De rechtspraak van de Ondernemingskamer op dit vlak is beperkt en zeer casuïstisch. Hieruit blijkt in elk geval dat de omstandigheid dat de partij in kwestie verantwoordelijk is voor de gegronde redenen die een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken rechtvaardigen, op zichzelf onvoldoende is.^[30]

In Van Lier-Van der Lans zag de Ondernemingskamer wel aanleiding om een (reeds door de Ondernemingskamer geschorste) rechtspersoon-bestuurder en de hierbij betrokken natuurlijk persoon als feitelijk bestuurder te verplichten om zekerheid te stellen voor de kosten van het onderzoek.^[31] De Ondernemingskamer hield hen voornamelijk verantwoordelijk voor het feit dat de vennootschap niet in staat was de kosten van het onderzoek te betalen en over de oorzaken daarvan geen helderheid kon verschaffen. Daarbij speelde onder meer dat sprake was van een onverklaarbaar kastekort van € 90.000 bij de vennootschap waar geen onderzoek naar was gedaan door de bestuurder en waar - ondanks toezeggingen - ook geen helderheid over was verschaft.

Ook in L'Étoile werd een andere partij dan de rechtspersoon verplicht tot het financieren van de kosten van het onderzoek. In deze zaak was onenigheid ontstaan tussen de drie aandeelhouders (tevens bestuurders) van L'Étoile Properties Netherlands B.V. ("L'Étoile oud"). Twee van de drie aandeelhouders richtten daarop een nieuwe vennootschap op: L'Étoile Properties REIM Holland B.V. ("L'Étoile nieuw"), waarin de derde aandeelhouder geen rol speelde. Vervolgens hevelde zij alle activiteiten en het volledige banksaldo van L'Étoile oud over naar L'Étoile nieuw. De Ondernemingskamer gelastte op verzoek van de derde aandeelhouder een enquête naar L'Étoile oud. Omdat L'Étoile oud inmiddels een lege vennootschap was, kon zij de kosten van het onderzoek echter niet dragen. De Ondernemingskamer kon in dit geval geen onmiddellijke voorziening opleggen omdat daar niet om was verzocht. De Ondernemingskamer oordeelde echter dat de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW vergden dat L'Étoile nieuw - die ook partij was in de procedure - de kosten van het onderzoek diende te financieren, door daarvoor toereikende zekerheid te stellen. Daarbij achtte de Ondernemingskamer onder meer van belang dat L'Étoile nieuw zonder enige tegenprestatie had geprofiteerd van de zonder rechtsgrond aan L'Étoile oud onttrokken vermogensbestanddelen. Een andersluidende opvatting zou volgens de Ondernemingskamer op onaanvaardbare wijze afbreuk doen aan het wettelijk recht van enquête in dit soort gevallen.

De welwillende uitleg van artikel 2:350 lid 3 BW en artikel 2:354 BW door de Ondernemingskamer heeft tot de nodige kritische beschouwingen in de literatuur geleid.^[32] Zo stelt Broere dat artikel 2:350 lid 3 BW en artikel 2:354 BW geen ruimte bieden voor verplichte zekerheidsstelling voor of voldoening van de kosten van de enquêteprocedure. Hij wijst erop dat de Ondernemingskamer ingevolge Versatel weliswaar ook onmiddellijke voorzieningen mag treffen die in strijd zijn met regels van dwingend recht, maar dat de Ondernemingskamer bij verplichte financiering oordeelt in strijd met de wettelijke bepalingen die het enquêterecht zelf regelen.^[33] Josephus Jitta komt tot eenzelfde conclusie in zijn annotatie bij Van Lier-Van der Lans.^[34] Broere meent dat de Ondernemingskamer er goed aan zou doen artikel 2:354 BW niet anticiperend toe te passen, nu slechts een gedegen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon kostenverhaal op grond van artikel 2:354 BW, en daarmee verplichte financiering rechtvaardigt. Hij ziet slechts ruimte voor één uitzondering: wanneer de Ondernemingskamer een procespartij een verbod oplegt op straffe van een dwangsom, met als doel verdere tegenwerking van de onderzoeker of OK-functionarissen tegen te gaan. Als deze procespartij dan dwangsommen verbeurt ten behoeve van de rechtspersoon, zouden deze indirect de enquêteprocedure kunnen financieren.

Josephus Jitta ziet meer iets meer ruimte voor het op voorhand ten laste van anderen dan de rechtspersoon brengen van de kosten van het onderzoek. Hij meent dat hierbij grote terughoudendheid past, en dat hiertoe alleen zou moeten worden overgegaan in de gevallen dat de rechtspersoon (i) niet in staat is de kosten te financieren én (ii) de verzoekers in redelijkheid niet in staat kunnen worden geacht deze kosten zelf te financieren én (iii) op grond van de voorlopig vastgestelde feiten voldoende reden is aan te nemen dat wanneer het onderzoek wordt uitgevoerd, uit het verslag van het onderzoek zal blijken dat bij de rechtspersoon sprake is geweest van wanbeleid en de betrokkenen daarvoor verantwoordelijk zijn geweest.^[35]

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of andere partijen dan de rechtspersoon zelf ook verplicht kunnen worden tot zekerheidsstelling of voldoening van de kosten van het onderzoek.

Wij menen dat - gelet op de systematiek van artikel 2:350 lid 3 en artikel 2:354 BW - in beginsel geen ruimte bestaat om verplichte financiering van het onderzoek al voorafgaand aan het onderzoek op te leggen aan andere partijen dan de rechtspersoon zelf. Onverkorte toepassing van deze regel kan echter tot zeer onwenselijke situaties leiden: zo zou het doelbewust "leegtrekken" van de vennootschap juist tot gevolg kunnen hebben dat het enquêteverzoek moet worden *afgewezen*. Dit zou het wettelijk recht van enquête op onaanvaardbare wijze blokkeren. Wij vinden het daarom een goede ontwikkeling dat de Ondernemingskamer in "uitzonderlijke gevallen" mogelijkheden ziet om af te wijken van het uitgangspunt dat de rechtspersoon de kosten voor de financiering moet dragen, wanneer de rechtspersoon daar zelf niet toe in staat is. Wanneer volgens de Ondernemingskamer sprake is van dergelijke uitzonderlijke gevallen is op grond van de (sterk casuïstische) rechtspraak van de Ondernemingskamer echter niet geheel duidelijk. De rechtspraak zou er baat bij hebben wanneer de Ondernemingskamer in haar uitspraken ook in meer algemene zin aangeeft wanneer sprake kan zijn van "uitzonderlijke gevallen". Wij menen dat - nu hiermee feitelijk vooruitgelopen wordt op toepassing van artikel 2:350 lid 3 BW zonder dat het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken heeft plaatsgevonden - ten minste als voorwaarde zou moeten gelden dat voldoende aannemelijk is dat uit het verslag van het onderzoek zal blijken dat sprake is geweest van wanbeleid en dat de partij in kwestie daarvoor verantwoordelijk is. Daarnaast zou ook voldoende aannemelijk moeten zijn dat het aan de partij in kwestie te wijten is dat de vennootschap niet in staat is om de kosten van het onderzoek te dragen. Zowel in Van Lier-Van der Lans als in L'Étoile lag deze laatste voorwaarde feitelijk ook in het oordeel van de Ondernemingskamer besloten.

6. Conclusie

De overwegingen van de Ondernemingskamer in deze beschikking zijn kortom goed te volgen en in lijn met eerdere uitspraken. Wellicht zal de toekomst uitwijzen of en onder welke omstandigheden ook ontslagen bestuurders een enquêteverzoek kunnen indienen. De kans dat in de toekomst meer duidelijkheid zal komen over de vraag wanneer sprake is van "uitzonderlijke gevallen" schatten wij evenwel hoger in.

Voetnoten

- [1] Dieuwertje de Leeuw & Carlijn Tjoa zijn beide advocaat bij Finch Dispute Resolution.
- [2] C. Grol & C. Stoker, 'Ondernemingskamer oordeelt in kooigevecht rond Geesinknorba', *FD* 13 maart 2024.
- [3] C. Grol & C. Stoker, 'Ondernemingskamer oordeelt in kooigevecht rond Geesinknorba', *FD* 13 maart 2024, C. Grol & C. Stoker, 'Kapseisde Geesinkorba door een falende topman of een graaiende aandeelhouder?', *FD* 21 december 2023, C. Grol, 'In extremis krijgt vuilniswagenfabrikant Geesinoraba een crisisbestuurder', *FD* 19 oktober 2023.
- [4] C. Grol & C. Stoker, 'Kapseisde Geesinkorba door een falende topman of een graaiende aandeelhouder?', *FD* 21 december 2023.
- [5] C. Grol & C. Stoker, 'Kapseisde Geesinkorba door een falende topman of een graaiende aandeelhouder?', *FD* 21 december 2023.
- [6] C. Grol, 'In extremis krijgt vuilniswagenfabrikant Geesinoraba een crisisbestuurder', *FD* 19 oktober 2023.
- [7] Naast WPW zijn ook Globitas B.V., Globitas Capital B.V. en GN Finance B.V. - allen onderdeel van de Globitas groep - verschenen als belanghebbenden in deze procedure. Zij worden gezamenlijk aangeduid als "Globitas c.s."
- [8] C. Grol, 'In extremis krijgt vuilniswagenfabrikant Geesinoraba een crisisbestuurder', *FD* 19 oktober 2023.
- [9] Gerechtshof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4821.
- [10] In rov. 1.5 van de beschikking staat: "Ter zitting heeft verzoekster de hiervoor, in 1.1 onder 2 genoemde verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet langer gehandhaafd. Wel heeft zij de Ondernemingskamer verzocht, bij wijze van een onmiddellijke voorziening, Globitas c.s. hoofdelijk te veroordelen om adequate zekerheid te verschaffen ter zake van de kosten van het onderzoek".
- [11] Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY7940.
- [12] Gerechtshof Amsterdam (OK) 8 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5140 (*Phanos Reit*), rov. 3.4; Gerechtshof Amsterdam (OK) 8 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1587 (*VTS*), rov. 2.2 e.v.; Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3978 (*Fabius*), rov. 2.4 e.v.
- [13] [Kamerstukken II 2011/12, 32887, 6](#), p. 18.
- [14] Daarnaast kan het verzoek namens de rechtspersoon op grond van artikel 2:346 lid 2 BW worden ingediend door de raad van commissarissen (of een daarmee gelijk te stellen toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van de rechtspersoon is ingesteld) of door niet uitvoerende bestuurders in geval sprake is van een one tier-board.
- [15] In de parlementaire geschiedenis wordt hierover niets opgemerkt, maar de Ondernemingskamer heeft in verschillende beschikkingen overwogen dat een bestuursbesluit geen ontvankelijkheidsvereiste is. Zie o.a. Gerechtshof Amsterdam (OK) 5 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3552 (*Van der Wurf*), Gerechtshof Amsterdam (OK) 23 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:791 (*Bimas*) en Gerechtshof Amsterdam (OK) 10 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3730 (*Charterhaven Oosterdok*).
- [16] Dat [B] deze wetenschap had blijkt onder meer uit het feit dat in het verzoekschrift is aangevoerd dat het ontslag van [B] niet in het belang van de vennootschap zou zijn en de gronden die door WPW zijn aangevoerd voor het ontslag feitelijk onjuist zouden zijn (zie rov. 3.1 sub d van de beschikking).

- [17] Zie o.a. Gerechtshof Amsterdam (OK) 4 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1088 (*Machinefabriek Heerlen*). In deze enquêteprocedure werd onder meer aangevoerd aan dat de vennootschap (die op de voet van artikel 2:346 lid 1 aanhef en sub d BW verzocht om een enquête naar zichzelf) niet ontvankelijk moest worden verklaard, omdat de bestuurder die het verzoek namens de vennootschap had ingediend ten tijde van de indiening reeds wetenschap had van zijn aanstaande schorsing als bestuurder en daarom niet bevoegd was de vennootschap te vertegenwoordigen. De Ondernemingskamer volgde dit verweer echter niet.
- [18] Gerechtshof Amsterdam (OK) 5 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3273 (*L2Fiber*).
- [19] OK 5 november 2020, *JOR* 2021/88 (*L2Fiber*) en OK 12 mei 2020, *ARO* 2021/105 (*Johema*).
- [20] Zie o.a. N. Kreileman, 'De enquêtebevoegdheid van de rechtspersoon', in: Bulten e.a., *Handboek Enquêterecht* (VDHI nr. 175), 2022/10.3.
- [21] HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:905 (*Slotervaart*).
- [22] Zie ook N. Kreileman in de noot bij Gerechtshof Amsterdam (OK) 5 november 2020, *JOR* 2021/88.
- [23] Leijten & Nieuwe Weme 2012, p. 139-141, F. Veenstra, in: J.B. Huizink (red.), *GS Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, artikel 2:346 BW, aant. 5.2.
- [24] Gerechtshof Amsterdam (OK) 25 maart 2015, *ARO* 2015/108 (*Fondel*) en Gerechtshof Amsterdam (OK) 3 november 2016, *ARO* 2017/49.
- [25] HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1435.
- [26] Zie in dit verband P.H.M. Broere, *De kosten van de enquêteprocedure* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 177), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 328 met diverse voorbeelden hiervan.
- [27] HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5516, *JOR* 2009/192 (*KPNQwest*), rov. 3.4.1.
- [28] Dat de verzoekster ervoor kan kiezen deze kosten voor eigen rekening te nemen volgt onder meer uit HR 24 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6025, *JOR* 2005/174, m.nt. J.J.M. van Mierlo (*Decidewise*), rov. 3.4. Ten aanzien van andere partijen zie onder meer P.H.M. Broere, *De kosten van de enquêteprocedure* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 177), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 339, M.W. Josephus Jitta, annotatie bij Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY7940, *JOR* 2013/42, annotatie van J.J.M. van Mierlo bij HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH6537, *JOR* 2009/193 onder 10.
- [29] Gerechtshof Amsterdam (OK) 8 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5140, (*Phanos Reit*), rov. 3.4, Gerechtshof Amsterdam (OK) 8 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1587 (*VTS*), rov. 2.2, Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3978 (*Fabius*), rov. 2.4.
- [30] Vgl. Gerechtshof Amsterdam (OK) 8 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5140, (*Phanos Reit*), Gerechtshof Amsterdam (OK) 8 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1587 (*VTS*) en Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3978 (*Fabius*).
- [31] En in dit geval ook het salaris van de bestuurder en de beheerder van de aandelen. Gerechtshof Amsterdam 27 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY7940, *JOR* 2013/42, m.nt. Josephus Jitta (*Van Lier-Van der Lans*).
- [32] Zie in dit verband ook nog Gerechtshof Amsterdam (OK) 28 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2255, *JOR* 2019/221, m.nt. C.J. Scholten (*Hello Amsterdam*).
- [33] P.H.M. Broere, *De kosten van de enquêteprocedure* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 177), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 339.
- [34] M.W. Josephus Jitta, annotatie bij Gerechtshof Amsterdam 27 december 2012,

[35] Zie daarnaast over dit onderwerp onder meer F. Eikelboom, 'Gedwongen financiering van een enquête door een van tekortschieten beschuldigde bestuurder? Het kan!' *Bb* 2013/14 en (kritisch) 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* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 73-81.