

# 299. De mini-enquête ex art. 2:298 lid 2 BW: een volwaardig alternatief voor de enquêteprocedure?

MR. C.M. TJOA

In deze bijdrage wordt de mini-enquête ex art. 2:298 lid 2 BW besproken. Ook wordt ingegaan op de vraag of de mini-enquête een volwaardig alternatief vormt voor de enquêteprocedure. Kan de praktijk met deze regeling, in combinatie met de andere maatregelen die de rechtbank bij stichtingen kan treffen, voldoende uit de voeten? Of zou het enquêterecht toegankelijk gemaakt moeten worden voor iedere stichting?

## 1. Inleiding

Niet elke stichting valt onder het bereik van het enquête-recht. Ingevolge art. 2:344 sub b BW kan uitsluitend tegen stichtingen die een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld, een enquêteverzoek worden ingesteld.<sup>1</sup> Wel kan *elke* stichting betrokken worden in een zogenoemde ‘mini-enquête’. Dit betreft een in de praktijk ontwikkelde en op art. 2:298 lid 2 BW geënte onderzoeksprocedure.

In deze bijdrage wordt de mini-enquête besproken. Ook wordt ingegaan op de vraag of de mini-enquête een volwaardig alternatief vormt voor de enquêteprocedure. Kan de praktijk met deze regeling, in combinatie met de andere maatregelen die de rechtbank bij stichtingen kan treffen, voldoende uit de voeten? Of zou het enquêterecht toegankelijk gemaakt moeten worden voor iedere stichting?

## 2. Het ontslagverzoek en de voorlopige voorzieningen ex art. 2:298 BW

De stichting neemt een bijzondere plaats in het Nederlandse rechtspersonenlandschap in. In de basisstructuur van de BV, NV, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij zijn *checks and balances* aanwezig. Deze rechtspersonen hebben steeds een orgaan dat toezicht kan uitoefenen op het bestuur (een aandeelhouders- of ledenvergadering). De stichting kent een dergelijke duale structuur niet. De instelling van een raad van commissarissen

is bovendien in beginsel niet verplicht voorgeschreven.<sup>2</sup> Dit betekent dat alle macht en bevoegdheid kan worden geconcentreerd bij het stichtingsbestuur dat volstrekt autonoom kan opereren. Stichtingen zijn vanwege deze structuur kwetsbaar voor misbruik. Daarom zijn in de wet bijzondere regelingen opgenomen die aan de rechtbank de bevoegdheid toekennen onder omstandigheden in te grijpen bij stichtingen. Deze regelingen zijn van toepassing op *alle* stichtingen, dus ook op stichtingen die wel over een intern toezichthoudend orgaan beschikken.

Een van deze bijzondere regelingen betreft de bevoegdheid van de rechter om een stichtingsbestuurder te ontslaan.<sup>3</sup> Ingevolge het eerste lid van art. 2:298 BW kan een stichtingsbestuurder<sup>4</sup> op verzoek van een belanghebbende of het OM door de rechtbank worden ontslagen wegens (i) verwaarlozing van zijn taak, (ii) andere gewichtige redenen, (iii) ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van zijn bestuurderschap

1 Het enquêterecht is met ingang van 1 januari 1994 van toepassing verklaard op stichtingen die aan dit vereiste voldoen (*Stb.* 1993, 597).

2 Sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen op 1 juli 2021 (*Stb* 2020, 570) bevat art. 2:292a BW een regeling voor de raad van commissarissen bij een stichting, maar de instelling van een dergelijk orgaan is facultatief. Bepaalde stichtingen zijn wel op grond van sectorale wetgeving verplicht een toezichthoudend orgaan in te stellen, zoals stichtingen actief op het gebied van zorg, volkshuisvesting en onderwijs.

3 Andere voorzieningen zijn neergelegd in art. 2:10 BW (verbodenverklaring en ontbinding op verzoek van het OM), art. 2:294 BW (wijziging statuten op verzoek van oprichter, het bestuur of het OM), art. 2:295 BW (vernietiging besluit statutenwijziging op verzoek van de stichting, een belanghebbende of het OM), art. 2:297 BW (bevel tot het verstrekken van inlichtingen aan het OM op verzoek van het OM), art. 2:299 BW (benoeming van bestuurders bij geheel of gedeeltelijk ontbreken van het door de statuten voorgeschreven bestuur op verzoek van een belanghebbende of het OM) en art. 2:301 BW (ontbinding op verzoek van het OM).

4 De ontslagregeling is op grond van art. 2:298 lid 4 BW van overeenkomstige toepassing op stichtingscommissarissen. Al hetgeen in dit artikel wordt opgemerkt over stichtingsbestuurders geldt derhalve ook ten aanzien van commissarissen.

in redelijkheid niet kan worden geduld, of (iv) het niet behoorlijk voldoen aan een door de voorzieningenrechter ex art. 2:297 lid 2 BW gegeven bevel om inlichtingen aan het OM te verstrekken.<sup>5</sup>

**De heersende opvatting is dat géén voorzieningen getroffen kunnen worden als het ontslagverzoek direct wordt toe- of afgewezen. De rechtbank Amsterdam heeft echter vorig jaar een andere afslag genomen**

Bij de toetsing van het bestuurlijk gedrag moet de rechter de nodige terughoudendheid in acht nemen. Het is niet de bedoeling dat de rechter op de stoel van het bestuur plaatsneemt. Het ontslag van een bestuurder is een middel dat zwaar ingrijpt in de governance van de stichting en verstrekkende gevolgen heeft voor de bestuurder(s), mede gelet op het aan het ontslag gekoppelde bestuursverbod.<sup>6</sup>

Op grond van art. 2:298 lid 2 BW kan de rechter, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen in het bestuur treffen en de bestuurder(s) schorsen. Met ‘*het onderzoek*’ wordt het onderzoek van de rechter bedoeld dat volgt op het ontslagverzoek en voorafgaat aan de beslissing.<sup>7</sup>

De tekst van het tweede lid van art. 2:298 BW impliceert dat voorlopige voorzieningen uitsluitend getroffen kunnen worden indien de rechter voorshands aannemelijk acht dat het ontslagverzoek gegrond is. De heersende opvatting in de literatuur en rechtspraak is dan ook dat géén voorzieningen getroffen kunnen worden als het ontslagverzoek direct wordt toe- of afgewezen.<sup>8</sup> De rechtbank Amsterdam heeft

echter vorig jaar, in een beschikking van 20 juli 2023 inzake StAK Huizenmij, een andere afslag genomen.<sup>9</sup> Hoewel de rechtbank geen gronden aanwezig achtte voor ontslag en het ontslagverzoek dus direct afwees, benoemde zij toch een tijdelijk bestuurder met een beslissende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid. De rechtbank heeft hiermee naar mijn mening de grenzen van art. 2:298 lid 2 BW te ver opgerekt, terwijl ook geen andere rechtsgrond voor de getroffen voorziening bestaat.<sup>10</sup> Vanuit pragmatisch oogpunt valt deze uitspraak overigens wel te begrijpen. De aan de orde zijnde impasse in het bestuur van StAK Huizenmij zou niet zijn opgelost met de enkele afwijzing van het ontslagverzoek en een gang naar de Ondernemingskamer zou (vermoedelijk) evenmin soelaas hebben geboden.<sup>11</sup> Dit wekt de indruk dat de beschikking vooral een eenmalige – en mogelijk zelfs bewuste – *faux pas* van de rechtbank Amsterdam is geweest, teneinde de vastgelopen situatie bij StAK Huizenmij uit het slop te trekken. Met het wijzen van beschikkingen waar geen rechtsgrond voor bestaat, wordt afbreuk gedaan aan de rechtszekerheid. Rechters zouden die grens eigenlijk niet moeten overgaan. Het is veeleer aan de wetgever om maatregelen te treffen om eventuele tekortkomingen in wettelijke regelingen op te lossen (waarover hierna meer). De StAK Huizenmij-beschikking vormt naar mijn weten nog altijd een unicum. In ieder geval de rechtbank Den Haag heeft in een beschikking van latere datum alweer uitdrukkelijk overwogen dat na afwijzing van het ontslagverzoek geen grond bestaat voor het gelasten van een mini-enquête.<sup>12</sup>

In art. 2:298 lid 2 BW is niet uitgewerkt welke voorlopige voorzieningen de rechter in het bestuur kan treffen. Wel blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de rechter op grond van art. 2:298 lid 2 BW een of meer tijdelijke bestuurders<sup>13</sup> of een bewindvoerder<sup>14</sup> kan benoemen. Minder duidelijk is daarentegen of de rechter ook de tenuitvoerlegging van reeds genomen besluiten kan schorsen en statutaire bepalingen tijdelijk buiten werking kan stellen op grond van

5 De huidige ontslaggronden zijn van toepassing sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen op 1 juli 2021 (Stb. 2020, 507). Tot 1 juli 2021 kon een bestuurder van een stichting op grond van art. 2:298 BW (oud) enkel worden ontslagen op grond van doen of nalaten in strijd met de wet of de statuten, of financieel wanbeheer. Deze ontslaggronden zijn per 1 juli 2021 verruimd, omdat de minister van Justitie de toenmalige ontslaggronden niet toereikend achtte: ‘*In de praktijk blijken deze ontslaggronden in bepaalde gevallen niet toereikend om het ontslag te bewerkstelligen van een bestuurder die het belang van de stichting zodanig schaadt dat het niet langer verantwoord is om hem als bestuurder te handhaven. Deze situatie is onwenselijk. Zij kan er onder omstandigheden toe leiden dat de continuïteit van de betreffende stichting in gevaar komt.*’ (Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 7-8).

6 Art. 2:298 lid 3 BW.

7 Zie o.a. W. van Veen, ‘Mini-enquête bij stichtingen’, in: Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/47.2.1, en M.J. van Uchelen-Schipper in de noot bij rb. Amsterdam 20 juli 2023, «JOR» 2023/284. Zie anders: H. Koster, ‘Overpeinzingen over wanbeheer, onderzoek en voorlopige voorzieningen bij stichtingen (art. 2:298 BW)’, *TvOB* 2014/6, p. 194-195. Koster stelt dat met ‘gedurende het onderzoek’ aansluiting is gezocht bij het onderzoek van het OM als bedoeld in art. 2:297 BW.

8 Zie o.a. rb. Den Haag 21 november 2023, «JOR» 2024/136, m.nt. Wolf (StAK UTS), hof Amsterdam 18 augustus 2020, «JOR» 2021/4, m.nt. Van Steensel (StAK Carbis). Zie ook: W. van Veen, ‘Mini-enquête bij stichtingen’, in: Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/47.2.1.

9 Rb. Amsterdam 20 juli 2023, «JOR» 2023/284, m.nt. Van Uchelen-Schipper (Huizenmij), en (vervolg) rb. Amsterdam 25 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:431 (Huizenmij)

10 In gelijke zin: Van Uchelen-Schipper in haar noot bij deze beschikking («JOR» 2023/284).

11 De StAK in kwestie hield alle aandelen in een BV. Op het niveau van die BV is een enquête gelast. De Ondernemingskamer kan op grond van art. 2:349a BW echter alleen voorzieningen treffen ten aanzien van een rechtspersoon waarop een enquêteverzoek betrekking heeft (zie in gelijke zin: Josephus Jitta in zijn noot bij OK 20 juni 2019, «JOR» 2019/220 (Privazorg), waarin de Ondernemingskamer overigens wel een voorziening heeft getroffen op het niveau van een andere rechtspersoon (stichting) dan de rechtspersoon waar de enquête was gelast, maar daarmee de grenzen van het enquêterecht naar mijn mening te ver heeft opgerekt). Bovendien was het geen optie de Ondernemingskamer te verzoeken om een enquête en voorzieningen bij de StAK, nu de StAK niet voldoet aan de eisen van art. 2:344 sub b BW.

12 Rb. Den Haag 21 november 2023, «JOR» 2024/136, m.nt. Wolf, r.o. 5.1 en 5.23 (StAK UTS).

13 Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 35.

14 Kamerstukken II 1989/90, 17725, nr. 12, p. 8.

art. 2:298 lid 2 BW.<sup>15</sup> Onder meer Van Veen meent dat ook deze maatregelen tot mogelijke voorzieningen behoren.<sup>16</sup> Ik vraag mij echter af of art. 2:298 lid 2 BW zo ruim mag worden opgevat. Art. 2:298 lid 2 BW opent de mogelijkheid maatregelen *in* het bestuur te treffen. Het gebruik van het woord 'in' en het gegeven dat in het artikellid de mogelijkheid tot schorsing van een bestuurder wordt genoemd, lijken erop te wijzen dat art. 2:298 lid 2 BW uitsluitend ziet op voorzieningen die verband houden met het functioneren van de bestuursleden en niet mede betrekking heeft op reeds genomen bestuursbesluiten of statutaire bepalingen (voor zover die niet zien op het functioneren van het bestuur).<sup>17</sup>

### 3. De benoeming van een tijdelijk bestuurder met een onderzoeksopdracht (de mini-enquête)

Aan de ingevolge art. 2:298 lid 2 BW tijdelijk benoemde bestuurders komen voor de duur van hun benoeming alle bevoegdheden toe die de wet en de statuten van de stichting aan hen toekennen.<sup>18</sup> Zij moeten van hun bevoegdheden wel in zoverre terughoudend gebruikmaken dat zij in beginsel niet meer doen dan past bij de hun als tijdelijk bestuurders opgedragen taak en in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is voor een behoorlijk bestuur van de stichting.<sup>19</sup>

De wetsgeschiedenis bepaalt dat de voorzieningen in het bestuur mogen afwijken van de statuten.<sup>20</sup> Dit betekent onder meer dat de rechter de vrijheid heeft een tijdelijk benoemd bestuurder de expliciete opdracht mee te geven om ten behoeve van het ontslagverzoek onderzoek te verrichten en daarvan schriftelijk verslag uit te brengen aan de rechtbank.<sup>21</sup> Deze vrijheid kent wel een grens. De rechter mag zijn eigen taak om op het ontslagverzoek te beslissen niet volledig uitbesteden aan de tijdelijk bestuurder. De rechter zal, met andere woorden, op basis van het verslag van de tijdelijk bestuurder zijn eigen onderzoek moeten voortzetten en zelf een beslissing moeten nemen.<sup>22</sup>

Procedures waarin de rechter overgaat tot het gelasten van een mini-enquête, dus een tijdelijk bestuurder met een onderzoeksopdracht benoemt, verlopen in de regel als volgt: na indiening van het verzoekschrift, vindt een eerste mondelinge behandeling plaats.

Daarna wordt een tussenbeschikking gewezen, waarin bij wijze van voorlopige voorziening een tijdelijk bestuurder

wordt benoemd, die van de rechter de opdracht meekrijgt onderzoek te doen en daarvan schriftelijk verslag uit te brengen.<sup>23</sup> De behandeling van het ontslagverzoek wordt vervolgens enkele maanden aangehouden in afwachting van het onderzoeksverslag. Na ontvangst van het verslag vindt een tweede mondelinge behandeling plaats om de inhoud van het verslag met de betrokken partijen te kunnen bespreken, waarna de rechtbank in een eindbeschikking beslist op het ontslagverzoek.<sup>24</sup>

Door de parallelle toepassingen van bepalingen uit het enquêterecht, dringt de vraag zich op of de mini-enquête een volwaardig alternatief vormt voor de enquêteprocedure en – in het verlengde daarvan – wat de toegevoegde waarde is van het naast elkaar laten bestaan van deze twee onderzoeksprocedures

Overigens kan de rechter onder omstandigheden voorlopige voorzieningen treffen zonder eerst de betrokken bestuurder te horen. Als de ernst van de aan het verzoek ten grondslag gelegde feiten of de spoedeisendheid dat rechtvaardigen, levert dit geen strijd op met art. 19 Rv en art. 6 EVRM.<sup>25</sup> Bij de verdere behandeling van het ontslagverzoek moet de rechter dan wel, eventueel na een verzoek tot vervroegde mondelinge behandeling, beoordelen of de gronden tot het treffen van de voorlopige voorzieningen en de noodzaak tot het handhaven daarvan nog steeds bestaan.<sup>26</sup>

### 4. De (essentiële) verschillen tussen de mini-enquête en de enquêteprocedure

Ten tijde van de uitbreiding van de werkingsfeer van het enquêterecht in 1976 heeft de minister van Justitie aangegeven dat art. 2:298 BW tot hetzelfde doel leidt als de enquêteprocedure.<sup>27</sup> In de rechtspraak is in de voorbije jaren bij de toepassing van art. 2:298 BW dan ook meermaals

15 Asser/Rensen 2-III 2022/415.

16 W. van Veen, 'Mini-enquête bij stichtingen', in: Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/47.3.

17 In gelijke zin: rb. Roermond 4 februari 1986, *NJ* 1987/94.

18 HR 19 februari 2010, «JOR» 2010/92, m.nt. Schmieman (*Fuldauer*)

19 HR 19 februari 2010, «JOR» 2010/92, m.nt. Schmieman, r.o. 3.5.2 en 3.6.1 (*Fuldauer*); rb. Noord-Holland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5331, r.o. 5.7 (*Loterijverlies*); rb. Rotterdam 6 maart 2013, «JOR» 2013/100 (*Mayflower*).

20 *Kamerstukken II* 1953/54, 3463, nr. 3, p. 10.

21 Zie o.a. rb. Rotterdam 6 maart 2013, «JOR» 2013/100 (*Mayflower*)

22 Zie ook R. Mol in zijn noot bij rb. Rotterdam 24 juli 2013, «JOR» 2013/27.

23 Zie o.a. rb. Rotterdam 6 maart 2013, «JOR» 2013/100 (*Mayflower*); rb. Noord-Holland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5331 (*Stichting Loterijverlies*).

24 Zie o.a. rb. Rotterdam 24 juli 2013, «JOR» 2013/271 (*Mayflower*).

25 HR 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9324.

26 Zie o.a.: rb. Amsterdam 28 april 2022, «JOR» 2022/203, m.nt. Van Uchelen-Schipper (*Stichting Hulptroepen Alliantie*). In de procedure waarin werd verzocht om het ontslag van een bestuurder van Monumentenstichting Kasteel Oud-Wassenaar lijkt ook een tijdelijk bestuurder met onderzoeksopdracht te zijn benoemd zonder dat eerst de bestuurder is gehoord. De tussenbeschikking in deze zaak is niet gepubliceerd, maar uit de eindbeschikking en de appelbeschikking blijkt dat de voorlopige voorzieningen twee dagen na de indiening door het OM van het verzoekschrift al zijn getroffen en beide beschikkingen maken geen melding van een daaraan voorafgegane mondelinge behandeling (rb. Den Haag 25 oktober 2022, «JOR» 2023/38, m.nt. Van Uchelen-Schipper, en hof Den Haag 19 december 2023, ECLI:NL:GDA:2023:2684).

27 Zie ook: E. Schmieman, 'Toegang tot de enquêteprocedure bij de stichting', in: Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/9.2.1.

aansluiting gezocht bij het enquêterecht.<sup>28</sup> Ten aanzien van de mini-enquête in het bijzonder is bijvoorbeeld aangesloten bij het criterium ex art. 2:350 lid 1 BW en overwogen dat sprake moet zijn van ‘voldoende reden om aan de juistheid van het beleid te twifelen.’<sup>29</sup>

Door de parallelle toepassingen van bepalingen uit het enquêterecht, dringt de vraag zich op of de mini-enquête een volwaardig alternatief vormt voor de enquêteprocedure en – in het verlengde daarvan – wat de toegevoegde waarde is van het naast elkaar laten bestaan van deze twee onderzoeksprocedures. Zouden zij niet samengevoegd kunnen worden?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is van belang eerst helder te hebben op welke punten de mini-enquête en de enquêteprocedure van elkaar verschillen. De (meest essentiële) verschillen kunnen in vier categorieën worden onderverdeeld: (i) toegang, (ii) doel en inrichting, (iii) positie onderzoeker, en (iv) bevoegde instantie.

*(i) Toegang*

Het toepassingsbereik van de mini-enquête is allereerst ruimer dan dat van de enquêteprocedure. Art. 2:298 BW is van toepassing op *alle* stichtingen, terwijl een enquêteverzoek alleen kan worden ingesteld tegen stichtingen die (mede) een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld (ex art. 2:344 sub b BW). Een onderneming is ‘*elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht*’.<sup>30</sup>

Ook de kring van verzoekgerechtigden is ruimer bij de mini-enquête. Op grond van art. 2:298 lid 1 BW kan *elke* belanghebbende en het OM om een mini-enquête verzoeken. Voor de vraag wie als belanghebbende in de zin van art. 2:298 BW kan worden aangemerkt, moet worden uitgegaan van de door de Hoge Raad ontwikkelde tweekringenleer. Tot de eerste kring behoren degenen die in de regel tot de belanghebbenden kunnen worden gerekend, zoals een oprichter, iemand die deel uitmaakt van één van de organen van de stichting of de stichting zelf. Personen die niet behoren tot de eerste kring kunnen als belanghebbenden worden aangemerkt indien zij: (a) door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kunnen worden getroffen dat zij daarin behoren te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of (b) anderszins zo nauw betrokken zijn (geweest) bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld,

dat daarin een belang gelegen is om in de procedure te verschijnen.<sup>31</sup> Bovendien kan de rechtbank ambtshalve een mini-enquête gelasten, mits uiteraard een ontslagverzoek is ingediend door een belanghebbende, dan wel het OM.

Op grond van het enquêterecht kan een verzoek tot het instellen van een enquête niet door elke belanghebbende worden gedaan, maar uitsluitend door (i) de stichting zelf,<sup>32</sup> (ii) degenen aan wie bij de statuten of bij overeenkomst de bevoegdheid is toegekend een enquête te verzoeken,<sup>33</sup> (iii) de curator,<sup>34</sup> (iv) de Advocaat-Generaal van het gerechtshof Amsterdam om redenen van openbaar belang<sup>35</sup> en (v) vakorganisaties. Daarnaast is in een aantal bijzondere (sectorale) wetten het enquêterecht aan bepaalde andere partijen toegekend, zoals cliëntenraden.<sup>36</sup>

**Als de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening tevens een tijdelijk bestuurder of commissaris benoemt, is dat altijd een ander dan de onderzoeker. In de mini-enquête is van een scheiding van deze rollen geen sprake**

Tot slot zijn verzoekers bij het indienen van een enquêteverzoek niet ontvankelijk als niet blijkt dat zij tevoren hun bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon schriftelijk kenbaar hebben gemaakt en het bestuur een redelijke termijn hebben gegeven deze bezwaren te onderzoeken en maatregelen te treffen (ex art. 2:349 BW). Voor het indienen van een verzoek op grond van art. 2:298 BW geldt dit vereiste niet.<sup>37</sup>

28 Bijv. ten aanzien van de mogelijkheid om een ontslag ex art. 2:298 BW conform art. 2:358 lid 1 BW in verbinding met art. 2:356 BW uitvoerbaar bij voorraad te verklaren (HR 10 november 2006, «JOR» 2007/6, m.nt. Schieman (IHD)).

29 Rb. Rotterdam 6 maart 2013, «JOR» 2013/100, r.o. 5.9 (Mayflower).

30 Art. 1 lid 1 sub c WOR. Zie voorts: hof Amsterdam (OK) 14 april 2010, «JOR» 2010/185, m.nt. Bartman (Meavita); hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2018, «JOR» 2018/9.

31 Zie ook W. van Veen, ‘Mini-enquête bij stichtingen’, in: Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/47.2 en de aldaar genoemde jurisprudentie.

32 Art. 2:346 lid 1 sub d BW. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de vraag wie namens de stichting bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek: E. Schmieman, ‘Toegang tot de enquêteprocedure bij de stichting’, in: Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/9.6.2.3.

Zie in gelijke zin: rb. Roermond 4 februari 1986, NJ 1987/94

33 Art. 2:346 lid 1 sub e BW

34 Art. 2:346 lid 3 BW. Zie ook: hof Amsterdam (OK) 14 april 2010, «JOR» 2010/185, m.nt. Bartman (Meavita).

35 Art. 2:345 lid 2 BW. Een recent voorbeeld waarin de A-G van de bevoegdheid ex art. 2:345 lid 2 BW gebruik heeft gemaakt betreft de enquêteprocedure ten aanzien van Centric (hof Amsterdam (OK) 27 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:149). Dit verzoek had overigens geen betrekking op een stichting.

36 Zie hierover onder meer: L. Houwen & C. Perquin-Deelen, ‘Toegang tot de enquêteprocedure in de semipublieke sector’, in: Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/14.3.

37 Rb. Amsterdam 21 juli 2022, «JOR» 2022/204, m.nt. Van Uchelen-Schipper, r.o. 3.4 (Stichting Hulptroepen Alliantie). Volgens A-G Timmerman kan het eerst intern uiten van kritiek wel een factor zijn die kan meewegen bij de beantwoording van de vraag of een verzoeker als belanghebbende in de zin van art. 2:298 BW kan worden aangemerkt (zie HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1900 (SRK), conclusie: ECLI:NL:PHR:2018:696).

Kortom: als het gaat om toegankelijkheid van de procedure kan wel worden gesteld dat de eisen aan de poort bij de mini-enquête lichter zijn dan bij de enquêteprocedure.

*(ii) Doel en inrichting*

Hoewel de onmiddellijke voorzieningen in de zin van art. 2:349a BW een steeds prominentere plek innemen, vormt het onderzoek formeel gezien nog altijd de kern van de enquêteprocedure.<sup>38</sup> De Ondernemingskamer kan geen onmiddellijke voorzieningen treffen indien niet tevens een onderzoek wordt gelast. Anders ligt dat bij de procedure ex art. 2:298 BW. Bij art. 2:298 BW staat het ontslagverzoek centraal en een onderzoek vindt niet altijd plaats. Het onderzoek moet bovendien worden gezien in het licht van het ontslagverzoek. Meer concreet: (i) het onderzoek kan uitsluitend worden gelast als de gegrondheid van het ontslagverzoek voorshands aannemelijk kan worden geacht (zoals hiervoor reeds aangegeven) en (ii) het onderzoek kan zich uitsluitend richten op de vraag of er voldoende rechtvaardiging bestaat voor het ontslagverzoek.

De doeleinden van het onderzoek in de enquêteprocedure zijn dus ruimer. Het enquêteonderzoek kan zich immers ook richten op het louter verkrijgen van openheid van zaken of herstel van goede verhoudingen en behoeft dus niet uitsluitend te zien op het handelen van de bestuurders.<sup>39</sup> Ik merk daarbij wel op dat de verruiming van de ontslaggronden van art. 2:298 lid 1 BW, met name de toevoeging van de mogelijkheid om een bestuurder te ontslaan wegens ‘verwaarlozing van zijn taak’, maakt dat de mini-enquête een vrij ruime *scope* kan hebben. In die gevallen zal het onderzoek in de mini-enquête feitelijk vaak niet (veel) verschillen van c.q. beperkter zijn dan het onderzoek in een enquêteprocedure.

Het hiervoor genoemde verschil brengt ook met zich dat de mini-enquête in procedureel opzicht van de enquêteprocedure verschilt. De enquêteprocedure kent twee fases en de beslissing tot het al dan niet gelasten van een onderzoek is een eindbeschikking (de eerstefasebeschikking). De benoeming van een tijdelijk bestuurder met een onderzoeksopdracht (de mini-enquête) betreft echter een tussenbeschikking, omdat het hier gaat om een voorlopige voorziening. De eindbeschikking is de beschikking waarin wordt beslist op het ontslagverzoek. Anders dan de enquêteprocedure, kent de mini-enquête dus niet twee afzonderlijke procedures. Dit heeft onder meer tot gevolg dat de verzoekende partij in de mini-enquête na kennisneming van het onderzoeksverslag niet een apart moment heeft om te bepalen of hij de procedure tot ontslag wil continueren. De procedure loopt in geval van een mini-enquête in beginsel door, al kan de verzoeker wel tot intrekking van het verzoek overgaan. Mocht in het verweer om een kostenveroordeling zijn

gevraagd en na intrekking worden gehandhaafd, dan zal de rechter daar wel op beslissen. De verzoekende partij in een enquêteprocedure kan daarentegen besluiten geen tweede fase aanhangig te maken en moet juist in actie komen als hij dat wel wil.

*(iii) Positie onderzoeker*

In geval een enquêteverzoek wordt toegewezen, gaat de Ondernemingskamer over tot de benoeming van een onderzoeker (al wordt die benoeming in de praktijk vaak aangehouden als ook onmiddellijke voorzieningen worden getroffen en het vooruitzicht bestaat dat die reeds zullen zorgen voor het bereiken van een (minnelijke) oplossing). De onderzoeker in de enquêteprocedure krijgt uitsluitend de taak toebedeeld om onderzoek te verrichten. Als de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening tevens een tijdelijk bestuurder of commissaris benoemt, is dat dus altijd een ander dan de onderzoeker. In de mini-enquête is van een scheiding van deze rollen echter geen sprake. De tijdelijk bestuurder is steeds tevens de onderzoeker. Deze rollen komen dus steeds samen in één en dezelfde persoon. Dit komt doordat de rechter in de mini-enquête wél de vrijheid heeft een bestuurder met een onderzoeksopdracht te benoemen, maar niet de mogelijkheid om een (aparte) onderzoeker te benoemen. Art. 2:298 lid 2 BW geeft de rechter immers, zoals hiervoor reeds aangegeven, uitsluitend de bevoegdheid om voorlopige voorzieningen *in het bestuur* te treffen.

**De mini-enquête schiet tekort in situaties waarin sprake is van een impasse c.q. vertrouwensbreuk binnen het bestuur, maar de over en weer gemaakte verwijten geen grond voor ontslag van één of meerdere individuele bestuurders opleveren**

De positie van de onderzoeker is nader uitgewerkt in de wet.<sup>40</sup> Ook heeft de Ondernemingskamer een leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures vastgesteld. Deze leidraad beoogt onderzoekers in enquêteprocedures (praktische) handvatten te bieden, mede in het licht van de wettelijke bepalingen, jurisprudentie en overige rechtsregels voor het onderzoek. Voor de bestuurder die op grond van art. 2:298 BW is belast met het verrichten van een onderzoek zijn geen specifieke regelingen vastgesteld, maar analoge toepassing van ofwel de regeling omtrent deskundigen in civiele procedures<sup>41</sup> ofwel van onderzoekers in enquêteprocedures ligt in de rede.<sup>42</sup> Met uitzondering van het hiervoor genoemde verschil (de bestuurder en onder-

38 HR 27 september 2000, «JOR» 2000/217, m.nt. Brink (*Gucci*). Zie ook: J. Blanco Fernandez, ‘Het onderzoek’, in: Bulten e.a., *Handboek enquête-recht* (VDHI nr. 175) 2022/21.1.

39 Zie Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/1.6.

40 Zie art. 2:350 BW t/m art. 2:353 BW.

41 Zie art. 194 Rv t/m art. 200 Rv.

42 Zie ook W. van Veen, ‘Mini-enquête bij stichtingen’, in: Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/47.6.



zoeker zijn in de mini-enquête dezelfde persoon) maakt dit dat de positie van de onderzoeker in de mini-enquête grotendeels overeenkomt met de positie van de onderzoeker in de enquêteprocedure.

*(iv) Bevoegde instantie*

De rechtbank is ingevolge art. 2:298 BW de bevoegde instantie als het gaat om de beoordeling van het verzoek tot het gelasten van een mini-enquête. Uit de gepubliceerde beschikkingen volgt dat het verzoek tot het gelasten van een mini-enquête zowel door enkelvoudige als meervoudige kamers van rechtbanken wordt behandeld. Het enquêteverzoek wordt daarentegen ingediend bij de Ondernemingskamer en aldus steeds beoordeeld door drie gespecialiseerde raadsheren en twee raden.

**5. Volwaardig alternatief?**

De beschikkingen met betrekking tot de mini-enquête tonen aan dat de praktijk vaak goed uit de voeten lijkt te kunnen met de regeling van art. 2:298 BW, maar niet altijd. De hiervoor besproken StAK Huizenmij-beschikking van de rechtbank Amsterdam toont aan dat de mini-enquête tekort kan schieten; namelijk in situaties waarin sprake is van een impasse c.q. vertrouwensbreuk binnen het bestuur, maar de gegrondheid van het ontslagverzoek niet voorhands aannemelijk kan worden geacht en direct wordt afgewezen, omdat de over en weer gemaakte verwijten geen grond voor ontslag van één of meerdere individuele bestuurders opleveren. Hier wrekt zich dat niet elke stichting onder het enquêterecht valt. Juist in een situatie zoals die zich voordeed bij StAK Huizenmij kan het enquêterecht uitkomst bieden. Zou het enquêterecht op StAK Huizenmij van toepassing zijn geweest, dan zou de Ondernemingskamer vermoedelijk vanwege de impasse tot het oordeel zijn gekomen dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan juist beleid en gang van zaken, en passende voorzieningen hebben getroffen op grond van art. 2:349a BW.

De rechtbank Amsterdam loste het tekortschieten van art. 2:298 BW op door zonder rechtsgrond tóch een voorziening te treffen, maar dat lijkt mij, zoals hiervoor aangegeven, niet de beste weg voorwaarts. Een betere oplossing zou wat mij betreft zijn om het enquêterecht voor *alle* stichtingen open te stellen. Deze openstelling acht ik van belang, omdat de situatie zoals die zich voordeed bij Stak Huizenmij vermoedelijk geen exoot vormt en in een dergelijke impasse c.q. vertrouwensbreuksituatie ook de andere bijzondere wettelijke regelingen voor stichtingen – zoals de

mogelijkheid de rechtbank te vragen de statuten te wijzigen<sup>43</sup> of de stichting te ontbinden<sup>44</sup> – naar mijn verwachting geen passende oplossing zullen kunnen bieden.

Vooraf vanwege de niet altijd werkbare koppeling van de mini-enquête aan het ontslagverzoek, ben ik er voorstander van om het enquêterecht van toepassing te verklaren op *alle* stichtingen. Een andere reden is dat ik de enquête een meer volwaardige onderzoeksprocedure acht dan de mini-enquête. Zoals hiervoor beschreven, wordt bijvoorbeeld bij de mini-enquête het onderzoek uitgevoerd door degene die ook is benoemd tot tijdelijk bestuurder, terwijl deze rollen in het enquêterecht gescheiden worden gehouden. Iemand die uitsluitend is belast met het verrichten van onderzoek zal naar mijn verwachting beter in staat zijn objectief onderzoek te doen dan een tijdelijk bestuurder die veel nauwer betrokken is bij de stichting. Die betrokkenheid vergroot de kans dat subjectieve oordelen een rol gaan spelen bij het onderzoek en dit afbreuk kan doen aan de kwaliteit ervan. Een ander belangrijk punt is dat de enquêteprocedure wordt gevoerd ten overstaande de Ondernemingskamer, die over aanzienlijk meer ervaring en specialistische kennis beschikt dan de rechtbank en hierdoor veelal beter in staat is om de problemen snel te doorzien en passende maatregelen te treffen.

Ik zie overigens ook geen fundamenteel inhoudelijke bezwaren tegen openstelling van het enquêterecht voor alle stichtingen. Uit de wetsgeschiedenis lijkt te volgen dat vooral vanuit praktisch oogpunt ervoor gekozen is om het enquêterecht alleen van toepassing te verklaren op stichtingen die een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld. Er zijn tienduizenden stichtingen in Nederland en de wetgever was in het verleden kennelijk bevreesd voor een te grote verzwaring van de taak van de Ondernemingskamer en lichtvaardige enquêteverzoeken.<sup>45</sup> Ik vraag me echter af of die vrees terecht is, vooral zo lang ook niet aan *alle* belanghebbenden de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek wordt toegekend en partijen eerst hun bezwaren schriftelijk kenbaar moeten blijven maken aan het bestuur ex art. 2:349 BW.

43 Op grond van art. 2:294 BW kan de rechtbank op verzoek van een oprichter, bestuur of het openbaar ministerie (en dus niet op verzoek van een belanghebbende) de statuten wijzigen, indien ongewijzigde handhaving van de statuten zou leiden tot gevolgen die bij de oprichting niet kunnen zijn gewild, en in de statuten de mogelijkheid van wijziging niet is voorzien, of zij die tot wijziging bevoegd zijn, zulk nalaten. Ik zie niet direct in hoe met behulp van deze regeling bijv. een impasse of vertrouwensbreuk zou kunnen worden doorbroken c.q. opgelost.

44 De rechtbank kan op grond van art. 2:301 BW een stichting op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie uitsluitend ontbinden indien het vermogen van de stichting onvoldoende is voor de verwezenlijking van haar doel en het in hoge mate onwaarschijnlijk is dat dit vermogen nog zal worden verkregen, dan wel indien het doel van de stichting is bereikt of niet meer kan worden bereikt en wijziging van het doel niet in aanmerking komt. Ik kan mij moeilijk voorstellen hoe in geval van een impasse of vertrouwensbreuk met succes een beroep op art. 2:301 BW gedaan zou kunnen worden.

45 *Kamerstukken II 1991/92, 22400, nr. 3, p. 4-5.*

## Tot slot

Tenslotte: zou openstelling van het enquêterecht voor alle stichtingen betekenen dat een streep moet worden gezet door de mini-enquête? Wat mij betreft niet. Zoals gezegd, blijkt uit de gepubliceerde beschikkingen dat de praktijk onder omstandigheden goed met deze procedure uit de voeten kan, met name wanneer (enkel) gegronde twijfel bestaat over de vraag of de stichtingbestuurder(s) een van de ontslaggronden kan worden verweten en uitsluitend de wens bestaat een onderzoek, specifiek gericht op het bestuurlijk handelen, in het kader van een ontslagverzoek uit te laten voeren. De mini-enquête heeft bovendien een aantal voordelen, zoals lichtere eisen aan de poort. Ik zou

menen dat het naast elkaar laten bestaan van beide procedures niet tot problemen leidt. Hetzelfde geldt voor de overige bijzondere (toezicht)regelingen voor stichtingen.<sup>46</sup> Ik verwacht dat het uitstekend aan de praktijk kan worden overgelaten om steeds een weloverwogen keuze te maken tussen de procedure ex art. 2:298 BW, de andere bijzondere regelingen ten aanzien van stichtingen, dan wel de enquêteprocedure.

*Dit artikel is afgesloten op 18 september 2024.*

### Over de auteur

**Mr. C.M. (Carlijn) Tjoa**

Advocaat bij Finch Dispute Resolution the Utrecht.

<sup>46</sup> Zie voetnoot 3, waar deze voorzieningen reeds zijn opgesomd.