

Leidt de gerichtheid van het enquêterecht op het belang van de rechtspersoon tot missers?

Ondernemingsrecht 2020/55

Het enquêterecht is gericht op het belang van de rechtspersoon. Dit lijkt erin te resulteren dat de rechtspersoon voordelen geniet in de enquêteprocedure die niet gelden in een procedure voor de gewone civiele rechter. Feit is echter dat in de enquêteprocedure niet alleen burgerlijke rechten en plichten van de rechtspersoon worden vastgesteld, maar ook van anderen, zoals aandeelhouders en bestuurders. Dat gebeurt bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen, eindvoorzieningen en bij het regelen van de gevolgen daarvan, maar niet bij het vaststellen van wanbeleid. Het lijkt erop dat deze anderen in een minder gunstige positie verkeren in de enquêteprocedure dan in een procedure voor de gewone civiele rechter. Welke voordelen de rechtspersoon in de enquêteprocedure geniet, is nog niet uitgekristalliseerd in de rechtspraak. De enquêterechtspraak lijkt te suggereren dat in belangenafwegingen het belang van de rechtspersoon zwaarder telt, dan het geval zou zijn geweest in een procedure voor de gewone civiele rechter. In haar motivering van (onmiddellijke) voorzieningen heeft de Ondernemingskamer geregeld ook weinig oog voor de belangen van anderen dan de rechtspersoon. Duidelijk is verder dat de bewijslevering in de enquêteprocedure is toegesneden op feiten en omstandigheden die de rechtspersoon aangaan. Omstandigheden die andere partijen aangaan – die van belang kunnen zijn in belangenafwegingen – laten zich minder eenvoudig aantonen in de enquêteprocedure. Bij al deze aspecten kan art. 6 EVRM een rol spelen, afhankelijk van de door partijen ingenomen stellingen en het bewijs dat zij dienaangaande willen leveren. Het enquêterecht kan zo worden toegepast dat geen sprake is van strijd met art. 6 EVRM en dat partijen zich ook anderszins niet achtergesteld voelen. Dat vereist echter in voorkomende gevallen dat de Ondernemingskamer zich bewust is van een pro-rechtspersoon-bias en zo nodig bijstuurt.

1. Inleiding

Het enquêterecht is gericht op het belang van de rechtspersoon.² Wat dat precies inhoudt, is nog niet uitgekristalliseerd in de rechtspraak. Deze gerichtheid uit zich

echter mogelijk in de wijze waarop de Ondernemingskamer belangen afweegt bij het treffen van (onmiddellijke) voorzieningen³ en in de bewijslevering (par. 3.1 t/m 3.3, 4.1 en 5.1). Een aandachtspunt daarbij is dat (onmiddellijke) voorzieningen veelal niet alleen⁴ de burgerlijke rechten en plichten (in de zin van art. 6 EVRM) van de rechtspersoon vaststellen, maar ook die van anderen (par. 2). Het lijkt erop dat de gerichtheid op het belang van de rechtspersoon kan leiden tot voor hem meer gunstige uitkomsten dan in een procedure over dezelfde rechten en plichten bij de gewone civiele rechter. Een meer evenwichtige toepassing van het enquêterecht is echter mogelijk. De vraag is of daarvoor moet worden gekozen (par. 3.4, 4.2, 5.2, 6 en 7).

De focus op het vaststellen van burgerlijke rechten en plichten van anderen dan de rechtspersoon betekent dat deze bijdrage de enquêteprocedure bekijkt vanuit een ander perspectief dan gangbaar is. De doeleinden van de enquêteprocedure zijn immers het onderzoeken van het gedrag van de rechtspersoon en het zo nodig bijsturen daarvan.⁵ Deze bijdrage is mede bedoeld om het gangbare perspectief te nuanceren.⁶

2. Burgerlijke rechten en plichten in de enquête

In de *Textlite*-beschikking⁷ oordeelde de Hoge Raad dat art. 6 EVRM van toepassing is op het treffen van eindvoorzieningen. Een evident voorbeeld van het vaststellen van burgerlijke rechten en plichten is het bij wijze van eindvoorziening vernietigen van een dechargebesluit. Door dat besluit deed de rechtspersoon afstand van zijn vordering tot schadevergoeding op een bestuurder en door vernietiging bestaat die vordering weer.

Ook bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen kan art. 6 EVRM van toepassing zijn, ongeacht de duur waarvoor de desbetreffende maatregel geldt.⁸ Daarvoor is vereist dat deze voorziening “effectively” een burgerlijk

¹ Floor Eikelboom is advocaat te Amsterdam.

² HR 6 juli 2018, NJ 2019/394, NJ 2019/395 en NJ 2019/396, m.nt. Van Solinge (Curaçaose overheids-NV's). Met “rechtspersoon” bedoel ik in deze bijdrage de rechtspersoon die voorwerp is van de enquêteprocedure in de zin van art. 2:345 BW.

³ De voorzieningen van art. 2:349a lid 2 BW noem ik in deze bijdrage “onmiddellijke voorzieningen” en de voorzieningen van art. 2:355/356 BW “eindvoorzieningen”. De term “(onmiddellijke) voorzieningen” duidt onmiddellijke voorzieningen en eindvoorzieningen aan.

⁴ Zie m.b.t. de vraag van wie de rechten en plichten kunnen worden vastgesteld Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (IVOR nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 8.7.3.

⁵ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466, m.nt. Maeijer (*Ogem*).

⁶ Ook Josephus Jitta, ‘Tijd voor het wijzigen van het paradigma’, *Ondernemingsrecht* 2018/69 stelt het perspectief op de enquêteprocedure ter discussie.

⁷ HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671, m.nt. Maeijer.

⁸ In gelijke zin Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (VHI-reeks nr. 145), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 7.3.3.1.

recht of burgerrechtelijke verplichting vaststelt.⁹ De *SRK*-beschikking¹⁰ is daarvan een duidelijk voorbeeld (dat in deze bijdrage herhaaldelijk ter sprake komt). Enigszins versimpeld gesteld, schortte de Ondernemingskamer daarin de rechtsgevolgen op van een opzegging door NN van een lidmaatschap van een vereniging. Daardoor was NN zes maanden langer gebonden aan alle uit het lidmaatschap verbonden verplichtingen. Feitelijk werd aldus de in de statuten bepaalde opzegtermijn verlengd met zes maanden.

Bij het bepalen wanneer sprake is van het *effectively* vaststellen van burgerlijke rechten en plichten is de ontwikkeling van de rechtspraak van het EHRM van belang. Aanvankelijk hield het EHRM het erop dat “*interim measures*” nooit burgerlijke rechten en plichten vaststelden. Het EHRM kwam daarop terug, omdat *interim measures* veelal effectief de rechtsstrijd bepalen (bijvoorbeeld vanwege de duur van bodemprocedures).¹¹ Dat geldt bij uitstek bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Er is dan namelijk geen sprake van een bodemprocedure.¹² In de fase waarin ter beoordeling voorligt of sprake is van wanbeleid, buigt de Ondernemingskamer zich niet over de vraag of zij eerder terecht onmiddellijke voorzieningen trof. En als niettemin uit de beschikking in die fase blijkt deze ten onrechte zijn getroffen, biedt dat geen redres voor het verleden.¹³ Bovendien wordt die fase zelden doorlopen in de enquêteprocedure.¹⁴ De Ondernemingskamer draagt daar geregeld zelf aan bij door de benoeming van de onderzoeker aan te houden, omdat zij een kans ziet dat de onmiddellijke voorzieningen het geschil zullen oplossen en er geen behoefte is aan verdere procedurele verrichtingen. Ik concludeer dat art. 6 EVRM vrijwel altijd van toepassing is op het treffen van onmiddellijke voorzieningen, mits deze onmiddellijke voorziening een burgerlijk recht of plicht betreft in de (verdragsautonome) zin van art. 6 EVRM.¹⁵

Bovendien kan bij het regelen van de gevolgen van (onmiddellijke) voorzieningen sprake zijn van het vaststellen van burgerlijke rechten en plichten. Bijvoorbeeld als de Ondernemingskamer in de vraag treedt of een ge-

schorste of ontslagen bestuurder recht heeft op enige betaling.¹⁶

Veelal wijzigen (onmiddellijke) voorzieningen de bevoegdheden van de algemene vergadering.¹⁷ Zo komt de ontslagbevoegdheid van de algemene vergadering tijdelijk te vervallen als de Ondernemingskamer een bestuurder aanstelt.¹⁸ Geredeneerd kan worden dat hierbij geen sprake is van het vaststellen van burgerlijke rechten en plichten van de aandeelhouders of leden. Hun stemrecht geldt onverkort. Het *Pekárny*-arrest¹⁹ bevat echter twee indicaties waaruit met enige voorzichtigheid kan worden afgeleid dat art. 6 EVRM ook van toepassing is op een wijziging van de bevoegdheden van de algemene vergadering.

Ten eerste oordeelde het EHRM dat eigendomsrechten in de zin van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (“EP”) burgerlijke rechten zijn in de (verdragsautonome)²⁰ zin van art. 6 EVRM. En als het eigendomsrecht van de aandeelhouder geldt zijn gehele positie in de vennootschap.²¹ In het kader van art. 1 EP gelden voorts de *realities of the situation complained of* tot uitgangspunt.²² En die realiteit is in veel gevallen dat een beperking van rechten van de algemene vergadering tevens een beperking van de bevoegdheden van haar orgaanleden inhoudt. In die situaties lijkt art. 6 EVRM eveneens van toepassing.

Ten tweede ging het in het *Pekárny*-arrest over *interim measures* die het houden van aandeelhoudersvergaderingen verhinderden. Daarmee verhinderden deze indirect de mogelijkheden om de vennootschap bepaalde beslissingen te laten nemen en te beschikken over haar eigendommen. Aldus stelden deze voorlopige voorzieningen de burgerlijke rechten van de vennootschap vast, volgens het EHRM. Niet aan de orde kwam evenwel of ook de eigendomsrechten van de aandeelhouders werden vastgesteld.

9 Zie Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. I.C.

10 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 oktober 2018, *JOR* 2019/9, m.nt. Josephus Jitta (*SRK*).

11 EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180 (*Micallef*), r.o. 79 e.v.

12 Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1833 en 1834.

13 Vgl. HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. Van Schilfgaarde (*e-Traction II*).

14 Zie de cijfers hierover in Lafarre/Schippers/Van den Bosch/Van der Elst/Van der Sangen, *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk*, (WODC-rapport 2791, Tilburg University, Departement Business Law 2018).

15 EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180 (*Micallef*), r.o. 84.

16 Zie voor vindplaatsen en kritiek Van Wees en Eikelboom, ‘Overvloed en onbehagen aan het IJdok; kroniek enquêterecht 2017’, in: Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (*VDHI nr. 152*), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 11.2.4.1 en Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (*IVOR nr. 105*), Deventer: Wolters Kluwer 2017, voetnoot 84 op p. 537.

17 Zie voor een ander voorbeeld Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 november 2017, *JOR* 2018/70, m.nt. Schild (*Leaderland*) en de noot van Eikelboom bij EHRM 14 februari 2017, *JOR* 2017/155 (*Lekic*) onder E.

18 Art. 2:357 lid 3 BW. Vgl. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (*IVOR nr. 105*), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 8.3.2.5 en 16.5.1.

19 EHRM 12 januari 2012, appl.nrs. 12266/07, 40059/07, 36038/09 and 47155/09 (*Pekárny*).

20 Zie hierover Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. I.A.3.

21 Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (*IVOR nr. 105*), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 5.3.5.1.

22 Zie Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights Protection of property* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. II.B.1.a.

3. Kan de rechtspersoon rekenen op meer gunstige uitkomsten?

3.1 *Verschillende rechters verschillende oordelen?*

Uit het voorgaande blijkt dat burgerlijke rechten en plichten net zozeer in de enquêteprocedure kunnen worden vastgesteld als in een procedure voor de gewone civiele rechter. In beide procedures geschiedt dat op basis van rechtsoordelen. De vraag is in hoeverre die op basis van gelijke normen tot stand komen en of deze rechtsoordelen ten aanzien van dezelfde feiten dezelfde inhoud (moeten) hebben.

Neem de casus uit de *SRK*-beschikking.²³ Daarin overwoog de Ondernemingskamer dat het opschorten van de gevolgen van de opzegging van het lidmaatschap geboden was, gelet op de toestand waarin de vereniging verkeerde en een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde belangafweging.²⁴ NN had bij haar opzegging niet de zorgvuldigheid in acht genomen die op grond van de redelijkheid en billijkheid mocht worden verwacht. Kort gezegd, was SRK voor haar continuïteit afhankelijk van de omzet die NN via haar lidmaatschap genereerde; leken partijen te onderkennen dat statutaire uittreedvergoeding op zichzelf geen adequate remedie was ter waarborging van de continuïteit; en daarom had NN haar lidmaatschap niet mogen opzeggen zonder verantwoordelijkheid te nemen voor werknemers van SRK, haar verzekerden en de overige deelnemers van SRK. De desbetreffende onmiddellijke voorzieningen beoogden te voorzien in een *standstill*. Tijdens deze *standstill* kon de uitvoering van een eventueel bereikte regeling plaatsvinden. NN daarentegen beriep zich op de statutaire opzegtermijn en haar belang²⁵ haar lidmaatschap te beëindigen. Dat achtte de Ondernemingskamer kennelijk van minder gewicht.²⁶ We weten niet hoe de gewone civiele rechter zou hebben geoordeeld over de in acht te nemen duur van de opzegtermijn. Duidelijk is dat de gewone civiele rechter tevens zou kunnen beoordelen of op grond van de aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een langere opzegtermijn in acht zou hebben moeten worden genomen. In dat kader zou de gewone civiele rechter onder meer de betrokken belangen, waaronder die van NN en de vereniging, tegen elkaar hebben afgewogen. Tevens is duidelijk dat de gewone civiele rechter een zwaar gewicht zou toekennen aan de in de statuten

vastgelegde opzegtermijn.²⁷ Zou dat (moeten) leiden tot identieke uitkomsten?

Dat is maar de vraag, gezien de beschikking waarin de Hoge Raad uitsprak dat de enquêteprocedure is gericht op het belang van de rechtspersoon.²⁸ Het ging daarin over feiten van voor de invoering van het enquêterecht in Curaçao²⁹ (“anterieure feiten”). Betoogd werd dat het enquêterecht niet met terugwerkende kracht kon worden toegepast. Wanbeleid mocht geen betrekking hebben op anterieure feiten, vanwege het negatieve karakter daarvan voor derden, zoals (oud-)bestuurders. Dit betoog zou (reeds) niet hebben kunnen slagen, als het wanbeleidsoordeel niets nieuws onder de Curaçaose zon was. Denkbaar is immers dat het wanbeleidsoordeel niet meer is dan een herverpakking in enquêterechtermen van oordelen die reeds op grond van het gewone Curaçaose civiele recht mogelijk waren (onbehoorlijke vervulling bestuurstaak; strijd met wet, statuten of redelijkheid en billijkheid et cetera). Maar de Hoge Raad overweegt dat niet. In plaats daarvan overweegt de Hoge Raad dat de omstandigheid dat de enquêteprocedure is gericht op het belang van de rechtspersoon rechtvaardigt dat derden negatieve effecten ondervinden van een wanbeleidsoordeel met betrekking tot anterieure feiten.³⁰ Daaruit kan je met enige voorzichtigheid afleiden dat de gerichtheid op het belang van de rechtspersoon kan leiden tot andere uitkomsten, dan in de rede ligt in een procedure voor de gewone civiele rechter. Op grond van het concordantiebeginsel zou dat ook gelden voor het Nederlandse enquêterecht.³¹

3.2 *Gerichtheid op het belang van de rechtspersoon*

Dat leidt tot de vraag in welk opzicht de beoordeling in de enquêteprocedure afwijkt van die van de gewone civiele rechter. De gerichtheid op het belang van de rechtspersoon wekt de indruk dat daarin aan zijn belang een bijzondere, zwaarwegende, gewicht toekomt. Te meer, omdat de Hoge Raad erop wees dat de mogelijkheid om (onmiddellijk) voorzieningen te kunnen treffen het belang van de rechtspersoon op een doeltreffende manier dient.³² In één adem noemde de Hoge Raad daarbij dat dit ook kan inhouden dat anderen daarvan nadeel ondervinden. Het

23 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 oktober 2018, *JOR* 2019/9, m.nt. Josephus Jitta (*SRK*).

24 HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/388, m.nt. Van Schilfgaarde bij *NJ* 2014/389 (*Novero I*). Zie hierover uitgebreid Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (IVOR nr. 105)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 9.2.2.2 e.v.

25 Zie hierover par. 6.2.

26 Zie over de summier motivering hiervan par. 4.1.

27 Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 191 en 192 en Maeijer, ‘De corrigerende werking van de goede trouw, in het bijzonder in het rechtspersonenrecht’, in: *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer (VDHI nr. 100)*, Deventer: Kluwer 2009 en HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493 (*Weena Zuid*): “[...] redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe (vgl. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 969).”.

28 HR 6 juli 2018, *NJ* 2019/394, *NJ* 2019/395 en *NJ* 2019/396, m.nt. Van Solinge (*Curaçaose overheids-NV's*).

29 Het Curaçaose enquêterecht trad in werking op 1 januari 2012.

30 Ook overwoog de Hoge Raad kort gezegd dat geen sprake is van een *criminal charge* als bedoeld in art. 6 EVRM, maar dat kan in deze bijdrage buiten beschouwing blijven.

31 HR 8 maart 2019, *NJ* 2019/395, m.nt. Van Solinge (*Cordial-II*).

32 HR 6 juli 2018, *NJ* 2019/394, 395 en 396, m.nt. Van Solinge (*Curaçaose overheids-NV's*).

zou daarbij passen als een bijzonder gewicht toekomt aan het belang van de rechtspersoon. Dat brengt immers mee dat eerder ten nadele van anderen kan worden ingegrepen ter bescherming van het belang van de rechtspersoon. Neem het eerder besproken geval van SRK:³³ indien geen bijzonder gewicht zou toekomen aan het belang van de rechtspersoon, is het goed denkbaar dat de omstandigheid dat in de statuten reeds door partijen is gedisponeerd over de duur van de opzegtermijn, zwaarder weegt dan het feit dat in de concrete casus een van partijen (de vereniging) belang heeft bij een langere termijn.

Evenwel kan het enquêterecht ook functioneren zonder dat bijzondere gewicht. Denkbaar is dus dat in de belangenafwegingen *de iure* geen bijzonder gewicht toekomt aan het belang van de rechtspersoon. Of dat *de facto* ook (altijd) zo uitpakt in de oordeelsvorming door de Ondernemingskamer, valt te betwijfelen. Het is tegenintuïtief om in een procedure die gericht is op het belang van een van de partijen te oordelen op een manier die dat belang niet bevordert of zelfs schaadt (bijvoorbeeld een kortere opzegtermijn in het geval van SRK), ook als daar wel aanleiding toe is.

Veelzeggend is de rechtspraak over de doorbetaling van een geschorste bestuurder. Als het gaat om geschorste werknemers oordeelt de gewone civiele rechter dat recht bestaat op doorbetaling van loon, ook als de werknemer de schorsing aan zichzelf te wijten heeft.³⁴ Een schorsing ligt in de risicosfeer van de werkgever.³⁵ De Ondernemingskamer daarentegen oordeelt geregeld dat een geschorste bestuurder geen recht heeft op doorbetaling.³⁶ In deze uitspraken wordt niet gemotiveerd waarom deze schorsing in de risicosfeer van de bestuurder zou liggen, of zelfs maar stilgestaan bij de persoonlijke omstandigheden van de bestuurder.

3.3 Factoren in de belangenafweging

Een ander potentieel verschil tussen de belangenafwegingen die de gewone civiele rechter en de Ondernemingskamer maken, ziet op de factoren die daarin meewegen. Als de gewone civiele rechter een afweging maakt op grond van de redelijkheid en billijkheid, zijn daarbij alle omstandigheden van het geval van belang.³⁷ De Ondernemingskamer lijkt daarover anders te denken. De Ondernemingskamer lijkt zich, in voorkomende gevallen, te willen beperken tot feiten en omstandigheden die de rechtspersoon betreffen. Het gaat dan om de situa-

tie dat partijen (over en weer) betogen dat de andere partij de problemen van de rechtspersoon veroorzaakte en dat dit erin moet resulteren dat zij niet worden geschorst of ontslagen als bestuurder, maar de andere (veroorzakende) partij wel. De Ondernemingskamer weigert dan soms expliciet om in te gaan op de vraag wie de problemen veroorzaakte,³⁸ omdat zij het enkel relevant acht dat in het belang van de rechtspersoon wordt ingegrepen.³⁹

Deze rechtspraak acht ik echter niet verenigbaar met de rechtspraak van de Hoge Raad. Hij verlangt dat in de belangenafweging met betrekking tot (onmiddellijke) voorziening tot uitdrukking komt dat de gekozen maatregel noodzakelijk is in de zin dat een minder ingrijpende niet effectief zou zijn.⁴⁰ In dat kader is de vraag wie de problemen veroorzaakte relevant. Het afnemen van rechten van iemand die het er zelf naar heeft gemaakt, gaat minder ver dan het afnemen van rechten van iemand die niet de veroorzaker is maar juist het slachtoffer van de problemen die de (onmiddellijke) voorziening tegengaat. Weliswaar oordeelde de Hoge Raad dat de desbetreffende kwestie niet *doorslaggevend* hoeft te zijn,⁴¹ maar dat doet er niet aan af dat hij eveneens oordeelde dat het wel een factor is die meeweegt bij het treffen van eindvoorzieningen.⁴² Bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen geldt dat eveneens, omdat verwachtingen omtrent eindvoorzieningen daarbij van belang zijn.⁴³

Maar als de Ondernemingskamer een “de ander is de veroorzaker”-verweer wel mag negeren, kan dat leiden tot een andere uitkomst van de belangenafweging dan bij de gewone civiele rechter die daarmee wel rekening moet houden. De rechtspersoon geniet dan het voordeel dat dit verweer niet in de weg staat aan een voor hem gunstige uitkomst en enkel rekening wordt gehouden met zijn belang.

33 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 oktober 2018, *JOR* 2019/9, m.nt. Josephus Jitta (SRK).

34 HR 21 maart 2003, *NJ* 2007, 332, m.nt. Heerema van Voss.

35 Zie art. 7:628 lid 1 BW.

36 Zie voor vindplaatsen Van Wees en Eikelboom, ‘Overvloed en onbehagen aan het IJdok; kroniek enquêterecht 2017’, in: Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (VDHI nr. 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 11.2.4.1 en Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (IVOR nr. 105)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, voetnoot 84 op p. 537.

37 Zie Wolters, *Alle omstandigheden van het geval (Onderneming en recht nr. 77)*, Deventer: Kluwer 2013, par. 1.4.1 met verdere vindplaatsen.

38 Ook hier heeft de rechtspersoon mogelijk een gunstigere positie, omdat hij op de voet van art. 2:354 BW de Ondernemingskamer kan dwingen om een oordeel te geven over wie verantwoordelijk is voor de problemen.

39 Zie voor een geval waarin het ging om onmiddellijke voorzieningen Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 11 november 2016, *ARO* 2017/29 (*Royaums*) en voor een geval waarin het ging om eindvoorzieningen Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 april 2005, *ARO* 2005/77 (*Dolphin Watercompany*). Kritisch hierover Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (IVOR nr. 105)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 9.2.2.6 en Van Wees en Eikelboom, ‘Overvloed en onbehagen aan het IJdok; kroniek enquêterecht 2017’, in: Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (VDHI nr. 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 11.2.4.1.

40 HR 14 september 2007, *NJ* 2007, 611, m.nt. Maeijer (*Versatel II*). Zie ook *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, nr. 3 (MvT), p. 8 en 9, waarin tot uitdrukking komt dat het subsidiariteitsbeginsel ook in acht moet worden genomen bij het treffen van eindvoorzieningen.

41 HR 17 mei 1989, *NJ* 1993, 206 (*Van den Berg II*).

42 HR 4 juni 1997, *NJ* 1997, 671, m.nt. Maeijer (*Text Lite*), r.o. 4.7.1: “Een eventueel vastgestelde verantwoordelijkheid voor geconstateerd wanbeleid kan een rol spelen bij de te treffen voorziening.”

43 Vgl. HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 105, m.nt. Maeijer, r.o. 3.6 (*DSM*). Zie ook Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (IVOR nr. 105)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 9.3.2.

3.4 Partijdigheid en rechtseenheid

Art. 6 EVRM vereist onder meer dat vaststelling van burgerlijke rechten en plichten geschiedt in een procedure voor een onpartijdige (en onafhankelijke) rechter.⁴⁴ Op het eerste oog verhoudt dat zich lastig tot procedures waarin het belang van een partij een streepje voor heeft op de (andere) partijen. Echter, bij nadere beschouwing gaat het tot nu toe in de EHRM-rechtspraak over (on)partijdigheid over de relatie en afhankelijkheid van de rechter ten opzichte van partijen en/of de overheid. De rechters laten factoren, die buiten de rechtsstrijd staan, toch een rol spelen, of het heeft daarvan de schijn. In de hierboven geschetste problematiek gaat het om iets anders. De (raadsheren en raden van de) Ondernemingskamer staan niet in enige relatie tot de rechtspersonen waarover zij oordelen en zijn ook niet van hen afhankelijk. Ook laten zij geen oneigenlijke factoren een rol spelen bij het bepalen van hun oordeel. Het gaat om (i) een in het materiële recht ingebakken voorkeur voor de belangen van een van de partijen en (ii) de omstandigheid dat deze voorkeur niet in alle procedures geldt.

Ad (i): voorstelbaar is dat het EHRM zal oordelen dat dergelijke keuzes in het materiële recht niet afdoen aan de onpartijdigheid van de rechter. Over het algemeen oordeelt het EHRM namelijk dat de EVRM-lidstaten zeer ruime *margin of appreciation* hebben ten aanzien van reeds lang bestaande en complexe privaatrechtelijke kwesties.⁴⁵ Echter, mede in het licht van de overige vragen omtrent art. 6 EVRM die in deze bijdrage aan de orde komen, is het ook denkbaar dat het oordeel de andere kant op valt.

Ad (ii): het rechtszekerheidsbeginsel ligt impliciet besloten in art. 6 EVRM.⁴⁶ Dat houdt onder meer in dat de lidstaten dienen te streven naar consistentie tussen uitspraken van verschillende rechters over inhoudelijk dezelfde kwesties.⁴⁷ Dit onder meer omdat inconsistente rechtspraak het vertrouwen in de rechterlijke macht kan ondermijnen. Ondernemingskamer en Hoge Raad dienen daarom te streven naar inhoudelijke consistentie tussen de uitkomsten van procedures voor de Ondernemingskamer en de gewone civiele rechter.⁴⁸ Het EHRM is hierbij echter geen vierde instantie die de regie voert over de

rechtseenheid in de lidstaten. Het EHRM intervenueert alleen in uitzonderlijke gevallen.⁴⁹

4. Motivering van (onmiddellijke) voorzieningen

4.1 Omvang motiveringsplicht

A-G Timmerman schreef in een conclusie bij de *Deus Ex Machina-I*-beschikking⁵⁰ dat bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen dezelfde, minder strenge, motiveringseisen gelden als in kort geding. Als dat klopt, vergroot dat de in par. 3 gesignaleerde kans dat de gerichtheid op het belang van de rechtspersoon in de enquêteprocedure ten koste gaat van de belangen van anderen waarvan rechten of plichten worden vastgesteld. In een kortere motivering zal het belang van de rechtspersoon in ieder geval aan bod komen, terwijl een meer uitvoerige motivering dwingt om ook de belangen van anderen dan de rechtspersoon expliciet onder ogen te zien. Dat kan ook doorwerken in de uitkomst.

A-G Timmerman meent dat een verlicht motiveringsregime⁵¹ geldt, omdat de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te treffen door de wetgever is geënt op de bevoegdheid van de voorzieningenrechter in kort geding. Klager in cassatie betoogde dat bepaalde omstandigheden niet waren meegenomen in de motivering van de belangenafweging.

Volgens A-G Timmerman hoefde dat echter onder meer niet,⁵² omdat klager daarop pas in cassatie een beroep deed. De Hoge Raad deed de zaak af met toepassing van art. 81 RO.

Daarin kan men lezen dat de Hoge Raad eveneens meent dat een verlicht motiveringsregime geldt. De toepassing van art. 81 RO kan echter ook voortvloeien uit de omstandigheid dat de Hoge Raad reeds eerder oordeelde dat een verweer niet pas in cassatie kan worden aangevoerd.⁵³ Voorts gaat de door A-G Timmerman gemaakte analogie met het kort geding slechts ten dele op. Wie zich niet kan vinden in de motivering in kort geding kan op herkansing gaan in een bodemprocedure en heeft in dat kader recht

44 Het EHRM acht onpartijdigheid en onafhankelijkheid sterk verweven. Zie Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. I.C.

45 Vgl. EHRM 30 augustus 2007, NJ 2008, 269 (*Pye/UK*), r.o. 71 en 75 en de aldaar genoemde vindplaatsen. Vgl. ook EHRM 8 oktober 2009, appl. nr. 37083/03 (*Tebieti Mühafize Cemiyeti en Israfilov*) r.o. 72.

46 EHRM 20 oktober 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1020JUD001327905 (*Şahin*), r.o. 56.

47 EHRM 20 oktober 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1020JUD001327905 (*Şahin*), r.o. 57.

48 Vgl. Willems, 'Mag de Ondernemingskamer een ondernemingsrecht met een eigen karakter ontwikkelen?', in: Assink e.a. *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 98)*, Deventer: Kluwer 2016, par. 4.

49 EHRM 20 oktober 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:1020JUD001327905 (*Şahin*), r.o. 58. Zie ook Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. IV.A.6.c.

50 HR 3 maart 2017, ARO 2017/64 (*Deus Ex Machina I*). Zie ook HR 3 maart 2017, ARO 2017/65 (*Deus Ex Machina II*). Zie hierover uitgebreid Van Wees en Eikelboom, 'Overvloed en onbehagen aan het IJdok; kroniek enquêterecht 2017', in: Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018 (VDHI nr. 152)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 11.6.

51 A-G Timmerman meent wel dat een meer uitvoerige motivering vereist is naargelang de onmiddellijke voorzieningen meer ingrijpende gevolgen hebben.

52 Zie zijn conclusie onder 3.18.

53 HR 25 februari 2011, NJ 2011/335, m.nt. Van Schilfgaarde (*Inter Acces*). Het is mijns inziens niet in alle gevallen redelijk om te verwachten van procespartijen dat zij de belangen aanvoeren waarmee in hun ogen rekening moet worden gehouden. De voorbereidingstijd is immers soms beperkt, in het bijzonder indien wordt verzocht om onmiddellijke voorzieningen in spoedeisende gevallen.

op een gewone motivering. Met betrekking tot onmiddellijke voorzieningen is dat niet mogelijk. Zie par. 2. Denkbaar is dat om die reden de Hoge Raad strengere motiveringseisen zal stellen met betrekking tot onmiddellijke voorzieningen dan gelden in kort geding.

Daarnaast richt de motivering van het treffen van (onmiddellijke) voorzieningen zich vaak sterk op het belang van de rechtspersoon. In de *SRK*-beschikking⁵⁴ bijvoorbeeld komt het belang van het desbetreffende lid bij opzegging slechts aan de orde bij de weergave van de standpunten van partijen. Dat belang komt echter niet op een kenbare wijze terug in de rechtsoverwegingen, waarin de Ondernemingskamer de zorgvuldigheid van de opzegging beoordeelt en desbetreffende onmiddellijke voorziening motiveert. Wat meer in het algemeen opvalt aan enquêterechtbeschikkingen is dat deze over het algemeen slechts een summier motivering bevatten ten aanzien van de getroffen (onmiddellijke) voorzieningen. Veelal behelzen deze niet meer dan de opmerking dat deze beogen de eerder gesignaleerde problemen van de rechtspersoon te verhelpen. Zelden komt aan de orde of deze problemen opwegen tegen het in negatieve zin wijzigen van de rechten en plichten van andere partijen. De vraag of het gedrag van partijen aanleiding is om de rechten en plichten van een bepaalde partij te ontzien en dus een ander op te zadelen met de negatieve gevolgen van (onmiddellijke) voorzieningen, vermijdt de Ondernemingskamer soms expliciet (zie par. 3.3). Verwezen zij voorts naar wat in par. 3.2 werd opgemerkt over betalingen aan geschorste bestuurders.

4.2 Motiveringseisen uit het EVRM

Uit art. 6 EVRM vloeien ook eisen voort ten aanzien van de motivering van rechterlijke uitspraken.⁵⁵ De precieze inhoud van deze eisen hangt af van de aard van de beslissing en de omstandigheden van het geval.⁵⁶ In dat kader houdt het EHRM ook rekening met de verschillen en overeenkomsten tussen de EVRM-lidstaten met betrekking tot de wijze waarop vonnissen worden geschreven.⁵⁷

Ik kon geen EHRM-rechtspraak vinden die specifiek ingaat op de motiveringseisen die gelden in geval van *interim measures*. Het lijkt dus nog geen uitgemaakte zaak of in dergelijke procedures met een minder grondige motivering mag worden volstaan als burgerlijke rechten en plich-

ten worden vastgesteld⁵⁸ en zo ja, of daarbij een rol speelt of in de bodemprocedure alsnog een normale motivering kan volgen.

Uit de wel bekende EHRM-rechtspraak blijkt dat niet ieder argument van procespartijen in de motivering moet worden betrokken.⁵⁹ Echter, argumenten die beslissend zijn voor de uitkomst van het geding, dus voor het vaststellen van rechten en plichten, dienen specifiek en expliciet te worden geadresseerd.⁶⁰ Daaronder vallen ook argumenten die kunnen leiden tot een andere uitkomst van de belangenafweging, gezien het belang daarvan bij het treffen van (onmiddellijke) voorzieningen. In ieder geval de hoofdargumenten dienen aan bod te komen. Het komt niet meer dan redelijk voor als dat ook zou gelden voor het motiveren van de beslissing om door middel van (onmiddellijke) voorzieningen rechten en plichten vast te stellen.

Of de praktijk van de enquêteprocedure aan deze normen voldoet, is niet te beoordelen zonder kennis te nemen van de procesdossiers die aan de Ondernemingskamer worden voorgelegd, maar die zijn niet openbaar. Ik acht het echter, gezien deze preoccupatie met de noden van de rechtspersoon (zie par. 3.2 in fine en par. 3.3), mogelijk dat het in de praktijk is voorgevallen dat een verweer in strijd met art. 6 EVRM onbesproken bleef.

5. Bewijs

5.1 Bewijs in de enquêteprocedure

Ook het bewijsrecht in de enquêteprocedure speelt de rechtspersoon in de kaart. Bewijslevering in de enquêteprocedure concentreert zich op het onderzoek door een onderzoeker naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming.⁶¹ De onderzoeker bepaalt zelf welke werkzaamheden moeten worden uitgevoerd, welke informatie van belang is voor het onderzoek, welke feiten en omstandigheden moeten worden geverifieerd en welke personen worden gehoord (mits hoor en wederhoor wordt toegepast).⁶² Op initiatief van de onderzoeker kunnen deze personen ook als getuige worden gehoord.⁶³ Bijsturing door de raadsheer-commissaris vindt slechts plaats als aanstonds dui-

54 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 oktober 2018, *JOR* 2019/9, m.nt. Josephus Jitta (*SRK*).

55 Zie ook Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. IV.A.7.

56 Zie ook Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. IV.A.7.

57 EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180 (*Micallef*).

58 Van Schaick en Visser ('Het Nederlandse kort geding in het licht van EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180 (*Micallef/Malta*'), in: Makkink, Nieuwe Weme en Van Wees (red.) *Ik ben niet overtuigd, opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 404) menen dat de minder strenge motiveringsplicht in kort geding strijdig is met art. 6 EVRM. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden zou bij de vaststelling van burgerlijke rechten en plichten een verlichte motivering volstaan. In een procedure voor het EHRM is het aan de Staat om aan te tonen dat die omstandigheden zich voordeden. Dat zou dan ook moeten gelden voor onmiddellijke voorzieningen.

59 Van Schaick en Visser, 'Het Nederlandse kort geding in het licht van EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180 (*Micallef/Malta*)'.

60 Van Schaick en Visser, 'Het Nederlandse kort geding in het licht van EHRM 15 oktober 2009, *NJ* 2010/180 (*Micallef/Malta*)'.

61 HR 27 september 2000, *NJ* 2000, 653 (*Gucci*).

62 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 maart 2016, *ARO* 2016/96.

63 Art. 2:352a BW.

delijk is dat het onderzoek in wezenlijke mate onvolledig of ontoereikend zal zijn in het licht van het onderzoeksbevel.⁶⁴ De scope van dat bevel bepaalt de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer richt zich daarbij op de bij de rechtspersoon geconstateerde problemen.⁶⁵ Zij heeft daarbij een grote mate van vrijheid.⁶⁶ Partijen hebben door dit alles geen waarborg dat voor hen relevante omstandigheden in het kader van het onderzoek aan de orde komen.

De kans is echter groot dat in het onderzoek de omstandigheden aan de orde komen waarop de rechtspersoon zich wil beroepen in het kader van een verzoek om (onmiddellijke) voorzieningen. Dat onderzoek is immers op zijn problemen gericht. Of de andere procespartijen in een even gelukkige positie verkeren, valt nog maar te bezien. Dat geldt in het bijzonder als zij zich (bijvoorbeeld in het kader van de belangenafweging) willen beroepen op omstandigheden die hen zelf betreffen. Die omstandigheden vallen immers veelal buiten de scope van het onderzoeksbevel, maar kunnen wel relevant zijn in het kader van een belangenafweging. Zij kunnen hun punt proberen te maken door middel van het overleggen van producties, maar als ze de omstandigheden waarop zij zich willen beroepen slechts kunnen aantonen met een getuigenverhoor, dan hebben ze het recht niet mee. In de *Laurus*-beschikking⁶⁷ oordeelde de Hoge Raad dat in de enquêteprocedure geen recht bestaat op getuigenbewijs, anders dan in een procedure voor de gewone civiele rechter.⁶⁸ Ook bestaat in de enquêteprocedure niet het recht om tegenbewijs te leveren met betrekking tot de bevindingen in het onderzoeksrapport,⁶⁹ anders dan in een procedure voor de gewone civiele rechter.⁷⁰

Als voor het onderzoeksrapport beschikbaar is (onmiddellijke) voorzieningen worden getroffen, zijn de bewijsmogelijkheden in de regel beperkt tot het overleggen van producties. Denkbaar is echter dat het recente art. 87 lid 3 jo. art. 279 lid 6 Rv de mogelijkheid biedt om op voorafgaand verzoek tijdens de mondelinge behandeling getuigen en deskundigen te horen.

Aldus bezien lijkt het te kunnen voorkomen dat in de enquêteprocedure rechten en plichten in het nadeel van een procespartij worden vastgesteld, omdat deze ten aanzien van een bepaald feit geen (tegen)(getuigen)bewijs kon leveren, terwijl het (niet-)bewezen zijn van dat feit zou leiden tot een andere uitkomst van de belangenafweging. Maar of de soep ook zo heet wordt gegeten, valt nog maar te bezien (zie par. 5.2 in fine).

64 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 maart 2016, ARO 2016/96.

65 Vgl. art. 2:350 lid 1 BW en nr. 2.1 van de Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures.

66 HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293, m.nt. Maeijer (*ATR Leasing*).

67 HR 8 april 2005, NJ 2006, 443, m.nt. Van Solinge (*Laurus*).

68 Art. 166 Rv.

69 HR 8 april 2005, NJ 2006, 443, m.nt. Van Solinge (*Laurus*). Zie hierover kritisch Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, (VDHI nr. 145), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 7.3.4.4.

70 Art. 151 lid 2 en art. 168 Rv. Zie HR 29 april 2011, NJ 2011/189.

5.2 Equality of arms en getuigenbewijs

Uit art. 6 EVRM vloeit ook het beginsel van “equality of arms” voort.⁷¹ Dat beginsel vereist dat partijen de kans moeten hebben om hun zaak, inclusief bewijs, naar voren te brengen op een wijze die hen niet op een substantiële achterstand plaatst ten opzichte van de andere partij.⁷²

Op een algemeen niveau lijkt daarvan geen sprake te zijn in de enquêteprocedure. Het belangrijkste bewijsmiddel is het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. Er is geen evenknie met betrekking tot de omstandigheden van de overige partijen. Ook hebben zij beperkte bewijsmogelijkheden om de onderzoeksresultaten te bestrijden.⁷³

Dat neemt niet weg dat in het onderzoek afdoende ruimte kan worden geboden aan procespartijen om hun eigen omstandigheden aan de orde te stellen,⁷⁴ al dan niet met tussenkomst van de raadsheer-commissaris.⁷⁵ Het recht-trekken van eventuele ongelijkheid in het kader van het onderzoek is ook mogelijk in de procedure over de vraag of sprake is van wanbeleid.⁷⁶ Pas als pogingen daartoe stranden, (mede) om die reden een bepaald feit (niet) is aangenomen en dat van wezenlijke invloed is op het vaststellen van rechten en plichten, komt een schending van het beginsel van *equality of arms* in beeld.

Uit art. 6 EVRM vloeit geen (ongeclassuleerd) recht op het leveren van getuigenbewijs voort.⁷⁷ Evenwel mag het afwijzen van een getuigenbewijsaanbod niet leiden tot een disproportionele beperking van de mogelijkheden van een procespartij om zijn zaak naar voren te brengen.⁷⁸ Tevens vereist het afwijzen van een getuigenbewijsaanbod een adequate motivering.⁷⁹ Wat die motivering inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval, maar als een partij aanvoert waarom hij zonder getuigenbewijs onvoldoende mogelijkheden heeft om zijn zaak naar voren te brengen, volstaat niet de enkele overweging

71 Zie Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. IV.A.5.

72 Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)*.

73 Zie Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. IV.A.5: “Examples of failure to observe the equality of arms principle: this principle was found to have been breached in the following cases because one of the parties had been placed at a clear disadvantage: [...] The opposing party held positions or functions which put them at an advantage and the court made it difficult for the other party to challenge them seriously by not allowing it to adduce relevant documentary or witness evidence.”

74 Aldus ook Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, (VDHI nr. 145), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 7.3.4.4.

75 Zie art. 2:350 lid 4 BW.

76 HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671, m.nt. Maeijer (*Text Lite*).

77 Zo valt af te leiden uit Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. IV.A.6.

78 Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)*.

79 Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)*.

dat in de enquêteprocedure geen recht bestaat op (tegen) getuigenbewijs.⁸⁰ In het zeldzame geval dat de onderzoeker getuigen liet horen op aandringen van de rechtspersoon, kan uit het beginsel van *equality of arms* voortvloeien dat andere partijen ook getuigen mogen horen.⁸¹ Daarnaast betoogt Hermans dat uit art. 6 EVRM een recht op het leveren van tegenbewijs voortvloeit met betrekking tot bevindingen van de onderzoekers die niet op documenten berusten.⁸² Let wel, dit alles geldt niet voor alle partijen en feiten, maar alleen voor zover (tegen)getuigenbewijs van wezenlijk belang is voor de vraag of een bepaald recht of bepaalde plicht in een bepaalde zin kan worden vastgesteld.⁸³

Dit alles geldt in beginsel ook met betrekking tot *interim measures*. Een versoepeling is echter mogelijk, indien de maatregel slechts effectief kan zijn bij snelle besluitvorming.⁸⁴

Mijns inziens is dit alles in de enquêteprocedure in te passen. Zo zijn via schakelbepaling art. 284 Rv de bepalingen omtrent getuigenbewijs van toepassing in een verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich daarentegen verzet. Hoewel deze uitzondering zich in het algemeen voordoet met betrekking tot getuigenbewijs in de enquêteprocedure, zou het merkwaardig zijn als de aard van de enquêteprocedure zich verzet tegen een getuigenverhoor dat noodzakelijk is om te voldoen aan de vereisten van art. 6 EVRM.⁸⁵

6. Conclusie en nadere beschouwing

6.1 Tussenconclusie

Hiervoor bleek dat de gerichtheid van de enquêteprocedure op de rechtspersoon op een aantal punten aanleiding geeft tot vragen over verschillende aspecten van art. 6 EVRM, zoals (on)partijdigheid, *equality of arms* en rechtszekerheid. Deze vragen kunnen in een concrete procedure opspelen naargelang de rechten en plichten die worden vastgesteld, de gevoerde verweren, de bewijsvoering die daarbij nodig is en welke bewijsmogelijk-

heden anderen konden benutten. Of uiteindelijk sprake is van een schending hangt af van de keuzes die de Ondernemingskamer op deze punten maakt. Het is mogelijk om in de enquêteprocedure te voldoen aan art. 6 EVRM. Maar het is daarbij wel een aandachtspunt dat de gerichtheid op het belang van de rechtspersoon niet ten koste gaat van een zorgvuldige omgang met de rechten en plichten van de overige partijen. In het bijzonder als deze partijen op verschillende punten op achterstand van de rechtspersoon zijn geplaatst, is het voorstelbaar dat sprake is van een schending van (een of meer van de besproken aspecten van) art. 6 EVRM.

Maar ook als het EHRM het nog door de vingers wil zien, is dat niet zaligmakend. De art. 6 EVRM-rechtspraak van het EHRM geeft de ondergrens aan. Voor een rechterlijke macht die hoog scoort in internationale *rankings*⁸⁶ is de kous daarmee niet af.

Het meest springende punt voor mij is de vraag of de verliezende partij de beschikking van de Ondernemingskamer accepteert. Daaraan draagt het allerm minst bij als deze partij beseft dat zijn wederpartij in de enquêteprocedure allerlei voordelen genoot. In het bijzonder als er een alternatieve – eveneens gezaghebbende – procedure beschikbaar is waarin de wederpartij niet wordt voortgetrokken. Het is moeilijk om verlies te accepteren, als je het gevoel hebt dat je in een gelijke strijd niet zou hebben verloren. Een versterkende factor hierbij is het eventuele negeren van persoonlijke omstandigheden die de gewone civiele rechter wel van belang zou achten.

6.2 Verdient het belang van de rechtspersoon bijzondere bescherming?

Betoogd kan worden dat het aan het einde van de vorige paragraaf gesignaleerde nadeel aanvaardbaar is, omdat het belang van de rechtspersoon bijzondere bescherming verdient.⁸⁷ In dat belang zijn de belangen van vele *stakeholders* verdisconteerd, waaronder (veelal) het belang van de andere partijen waarvan de rechten en plichten worden vastgesteld. Daarmee overstijgt het collectieve belang van de rechtspersoon voorts het belang van de individuele andere partijen. Dat zou dan de achterstelling van deze andere partijen rechtvaardigen.

Dergelijk betoog gaat echter alleen al niet op, omdat dit niet kan rechtvaardigen dat er verschillen zouden bestaan tussen de enquêteprocedure en gewone civielrechtelijke procedures. Daarnaast blijkt een dergelijk betoog te algemeen, als men inzoomt op individuele casussen. Ten eerste geldt dat, als het in een concreet geval inderdaad zo is dat het belang van de rechtspersoon de belangen van de betrokken individuen mede omvat en overstijgt, dit in de belangenafweging tot uitdrukking kan komen. Een voor-

80 Zie ook Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. IV.A.7.

81 Zo valt af te leiden uit Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights; right to a fair trial (civil limb)* d.d. 31 augustus 2019, (te raadplegen via www.echr.coe.int), par. IV.A.6.

82 Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, (VDHI nr. 145), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 7.3.4.4.

83 Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, (VDHI nr. 145), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 7.3.4.4.

84 EHRM 15 oktober 2009, NJ 2010/180 (*Micallef*). Omdat Nederland in een procedure hierover voor het EHRM zal moeten uitleggen waarom hiervan sprake was, ligt het voor de hand dat de Ondernemingskamer zulks motiveert.

85 In enquêteprocedures waarin veel partijen participeren, kan het onpraktisch zijn als al deze partijen vragen kunnen stellen aan de getuigen. Voor ogen moet echter worden gehouden dat alleen de partijen waarvan rechten en plichten worden vastgesteld een beroep op art. 6 EVRM kunnen doen. Andere partijen hoeven dus niet in het getuigenverhoor te kunnen participeren.

86 Met terechte trots wordt bijvoorbeeld jaarlijks op rechtspraak.nl vermeld dat Nederland hoog scoort in de Rule of Law Index van het World Justice Project.

87 In procedures met betrekking tot kinderen is begrijpelijk dat het belang van het kind zwaar weegt. Rechtspersonen zijn niet gelijk te stellen aan kinderen.

keursbehandeling van dat belang is dan niet nodig. Een voorkeursbehandeling ligt voorts niet in de rede, indien het belang van de rechtspersoon nauwelijks *substance* heeft en het belang van de individuele andere partijen wel. Denk aan een enquêteprocedure ten aanzien van een *joint venture*-vennootschap, waarvan activiteiten feitelijk worden uitgevoerd door werknemers van de *joint venture*-partners.

De enquêteprocedure is ten tweede niet altijd een *clash* tussen individuele en collectieve belangen. De *stakeholders* van SRK bestonden in belangrijke mate uit rechtsbijstandsverzekerden.⁸⁸ Deze waren niet rechtstreeks klant bij SRK, maar via de leden. NN trok zich de belangen van maar liefst 70% van deze verzekerden aan, omdat het haar klanten betrof. Daarbij kwam een grote groep andere rechtsbijstandsverzekerden, toen NN Delta Lloyd overnam. Delta Lloyd maakte gebruik van een concurrent van SRK. NN vond het in het belang van al haar verzekerden om alleen nog maar gebruik te maken van deze concurrent. Aldus gezien, vertegenwoordigde NN net zo goed een collectief belang, wellicht nog wel een groter collectief, dan SRK.

Ten derde doet het beeld van de rechtspersoon als een collectief belang, niet altijd (geheel) recht aan de realiteit, althans niet hoe andere partijen dat ervaren. Het is namelijk aan het bestuur (in samenspraak met de raad van commissarissen) om dit belang te formuleren.⁸⁹ Zij hebben daarbij echter veelal ook een eigen belang. Denkbaar is ook dat bestuur en commissarissen de belangen van de *stakeholders* (bewust of onbewust) zo wegen dat het belang van de rechtspersoon samenvalt met hun eigen belang. Daarvoor hebben zij veel ruimte, omdat de belangen van de *stakeholders* op vele manieren te wegen zijn en de Ondernemingskamer bij het beoordelen van hun standpunt niet op hun stoel gaat zitten.⁹⁰ Een gevolg daarvan is dat degenen die in het ongelijk worden gesteld er niet altijd van overtuigd zijn dat zulks naar objectieve maatstaven is geschied.⁹¹

88 Zie Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 oktober 2018, *JOR* 2019/9, m.nt. Josephus Jitta (SRK).

89 HR 20 april 2018, *NJ* 2018/331, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Boskalis/Fugro*).

90 Van Wees en Eikelboom, 'Overvloed en onbehagen aan het IJdok; kroniek enquêterecht 2017', in: Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (VDHI nr. 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 10.3.1.

91 Neem de casus van Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 29 mei 2017, *JOR* 2017/261, m.nt. Bulten (*AkzoNobel*). Kort gezegd, ging het om de weigering om een verzoek tot agendering van het ontslag van de voorzitter van de raad van commissarissen. De directe aanleiding daarvoor was de wijze waarop werd omgegaan met een bod om AkzoNobel over te nemen, maar uit de media viel op te maken dat er al lange tijd (onder aandeelhouders) ontevredenheid was over de *performance*. Desondanks bevestigden degenen die verantwoordelijk waren voor het beleid en het toezicht daarop (bestuur en raad van commissarissen) eensgezind dat (een stemming over) het ontslag van de voorzitter niet in het belang van de vennootschap was. Ik kan me voorstellen dat hun critici het zuiverder achtten als dat oordeel was overgelaten aan anderen.

7. Eigen visie

In enquêteprocedures kunnen de rechten en plichten van anderen dan de rechtspersoon worden vastgesteld, maar dat is niet altijd aan de orde. Indien enkel de rechten en plichten van de rechtspersoon in het geding zijn, is eenzijdige gerichtheid op zijn belang verdedigbaar. Als echter (eveneens) de rechten en plichten van anderen worden vastgesteld, ben ik echter geneigd om de gerichtheid op het belang van de rechtspersoon – in termen van *auto's* – te zien als een stuurafwijking. Als de Ondernemingskamer niet van de weg wil geraken, dient zij zich bewust te zijn van een eventuele pro-rechtspersoon-*bias* en bij te sturen.

Om te komen tot uitspraken, die aanvaardbaar zijn voor degenen van wie de rechten en plichten in negatieve zin worden vastgesteld, is vereist dat (i) in belangenafwegingen het belang van de rechtspersoon niet zwaarder weegt dan het geval zou zijn geweest in een procedure voor de gewone civiele rechter. Eveneens (ii) dienen de rechten en plichten van een partij niet zonder specifieke motivering (op een bepaalde manier) te worden vastgesteld, indien deze aan de hand van concrete argumenten aanvoert dat een belangenafweging ertoe moet leiden dat zijn rechten en plichten dienen te worden ontzien (bijvoorbeeld omdat het belang van de rechtspersoon niet opweegt tegen de last die deze daarvan ondervindt).⁹² Voorts (iii) zal deze partij, ten aanzien van de feiten en omstandigheden waarop deze zich in dit kader specifiek beroept, niet over minder bewijsmogelijkheden moeten beschikken dan de rechtspersoon.

92 Dit vloeit overigens ook voort uit art. 1 EP. Zie EHRM 24 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0724JUD005516711 (*Nowakowski*) r.o. 56 en 58 en EHRM 13 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0513JUD000621908 (*Paulet*), r.o. 67 en 68.