

ANNOTATIE

Commentaar bij HR 25 februari 2011, LJN BO7067 (Inter Acces Groep)

prof. mr. E.C.H.J. Lokin

1. In de Inter Access-beschikking staan vier interessante vragen centraal. Allereerst speelt de vraag of de Stichting Continuïteit Inter Access terecht ontvankelijk is verklaard. Ten tweede geeft de HR enig inzicht over de mogelijkheid van een gedeeltelijke ontkoppeling tussen onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek. Vervolgens richt de vraag zich op de reikwijdte van de onmiddellijke voorzieningen die de OK kan treffen en ten slotte hoe de getroffen voorzieningen zich verhouden met lid 1 van het Eerste Protocol van het Europese Verdrag van de rechten van de mens.

Stichting niet-ontvankelijk

2. Door Marigot en Willemse wordt in cassatie aangevoerd dat Stichting Continuïteit Inter Access Groep door de OK ten onrechte ontvankelijk is verklaard. De HR heeft in De Vries Robbé (HR 1 februari 2002, LJN AD8831, NJ 2002, 225) beslist dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een onderzoek conform art. 2:345 BW alleen toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend. De rechtspersoon, ten aanzien waarvan het onderzoek zou moeten worden ingesteld, behoort niet tot de gerechtigden. Aangezien de Stichting opgezet is door de commissarissen van IAG is de enquêtebevoegdheid in feite toegekend aan de rechtspersoon zelf. Op het eerste gezicht een solide stelling.

3. Het middel faalt echter in cassatie, omdat ook Rapar eenzelfde verzoek heeft ingediend en Rapar wel de bevoegdheid toekomt. Het toetsen van een eventuele bevoegdheid van de Stichting wordt daardoor overbodig. Interessant blijft echter de vraag of de rechtspersoon, dan wel direct (nieuw recht) dan wel via een dergelijke constructie die de commissarissen in casu hebben gekozen (huidig recht), de bevoegdheid dient te krijgen een enquêteverzoek in te

dienen.

4. Van verschillende kanten wordt geadviseerd de rechtspersoon deze bevoegdheid te verlenen. De Commissie Vennootschapsrecht pleitte op 19 oktober 2010 in haar reactie op het voorontwerp tot aanpassing van het enquêterecht expliciet voor een bepaling waarin wordt opgenomen dat de rechtspersoon, vertegenwoordigd door het bestuur of de raad van commissarissen, een enquêteverzoek kan indienen. Hoewel de IAG-beschikking zich uitstekend leent voor het verschaffen van meer duidelijkheid, hult de HR zich helaas in stilzwijgen waardoor deze vraag onbeantwoord blijft. De mogelijkheid die de commissarissen hanteren lijkt echter niet uitgesloten. Het blijft vooralsnog wachten op het wetsvoorstel.

Ontkoppeling onmiddellijke voorziening en onderzoek

5. Vervolgens wordt de HR uitgedaagd een oordeel te vellen over een eventuele ontkoppeling tussen onmiddellijke voorzieningen en het enquêteonderzoek. In cassatie is aangevoerd, dat de OK – overeenkomstig de wensen van partijen – onmiddellijke voorzieningen heeft getroffen, maar het onderzoek vooralsnog niet heeft laten aanvangen. Hierdoor heeft de OK het onderzoek en de onmiddellijke voorzieningen van elkaar gekoppeld, hetgeen in strijd is met het stelsel van de wet (zie Gucci, HR 27 september 2000, LJN: AA 7245, NJ 2000, 653).

6. De Hoge Raad maakt hier korte metten mee. De OK heeft, aldus de Hoge Raad, in onderhavige zaak de vraag of er sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid bij IAG al zonder voorbehoud bevestigend beantwoord. De OK heeft dus al een onderzoek bevolen (en heeft zelfs de maximale kosten van het onderzoek vastgesteld op 25.000 euro), maar – overeenkomstig de wens van partijen - het benoemen van een onderzoeker uitgesteld. Deze gang van zaken acht de HR niet in strijd met het stelsel van de wet.

7. Over de beslissing van de OK dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van IAG te twijfelen, valt weinig aan te merken. Conflicten binnen de vennootschap die de continuïteit van de daaraan verbonden onderneming bedreigen zijn normaliter voldoende om een enquêteverzoek en het daarmee samenhangende onderzoek toe te wijzen. Daarnaast is het handelen van Willemse op zijn minst dubieus te noemen.

8. De vraag die hier echter voornamelijk de interesse wekt, is of de OK ook onmiddellijke voorzieningen mag treffen zonder dat het onderzoek aangevangen is, dan wel zonder dat er daadwerkelijk een onderzoek plaatsvindt. De eerste vraag wordt in onderhavige casus niet door de HR beantwoord. In de DSM beschikking heeft de Hoge Raad hierover beslist dat de

OK onmiddellijke voorzieningen kan treffen voordat zij op het verzoek tot het instellen van een onderzoek heeft beslist. De bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen voordat een onderzoek is gelast, brengt echter wel met zich mee dat daarvan slechts gebruik kan worden gemaakt indien daartoe in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek zwaarwegende redenen bestaan.

9. De HR oordeelt echter dat in casu het onderzoek reeds geopend is. Conform de wens van partijen is deze opgeschort. De praktische insteek die de OK in haar beschikking hanteert, wordt zodoende door de HR in stand gehouden. Hierdoor lijkt de OK echter wel een opening geboden het nemen van onmiddellijke voorzieningen enigszins te scheiden van het daadwerkelijke onderzoek. In casu staan namelijk de onmiddellijke voorzieningen centraal. In onderhavige casus moet worden opgemerkt dat het verzoek is ingediend om het onderzoek alsnog te laten aanvangen. Denkbaar is echter dat in vergelijkbare gevallen het voortzetten van het onderzoek, na het treffen van de onmiddellijke voorzieningen, theoretisch wellicht mogelijk is maar nooit zal worden uitgevoerd omdat het geschil in de vennootschap is beëindigd.

10. De losgezongen wijze waarop de onmiddellijke voorziening wordt toegepast, komt in deze beschikking dus nadrukkelijk naar voren. De onmiddellijke voorziening van art. 2:349a lid 2 BW was van origine bedoeld als ordemaatregel. De OK had zodoende een middel om tijdelijk in te grijpen alvorens definitieve maatregelen ex art. 2:356 BW getroffen werden. Als de kern van het enquêterecht moest gezien worden het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken. In de praktijk fungeert de onmiddellijke voorziening veelal als de oplossing voor een impasse waardoor verder onderzoek overbodig wordt. Bijzonder efficiënt maar is het niet strijdig met de rol die het onderzoek binnen het enquêterecht dient te vervullen?

11. In de literatuur zijn de meeste auteurs het erover eens dat het verband tussen onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek niet uit het oog moet worden verloren. In het voorstel tot wijziging van boek 2 wil de minister de koppeling tussen onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen handhaven. De Commissie Vennootschap merkt op dat het wenselijk is dat in de wet zelfs een sterker verband wordt gelegd tussen de onmiddellijke voorziening en het onderzoek. In beginsel moet de beslissing over onmiddellijke voorzieningen niet losstaan van de beslissing op het verzoek van een onderzoek. Volgens de Commissie zou in de wet kunnen worden bepaald dat de OK slechts een onmiddellijke voorziening treft nadat er voorlopig is geoordeeld dat er voldoende aanleiding is voor de toewijzing van het enquêteverzoek, tenzij partijen uitdrukkelijk te kennen hebben gegeven dat zij geen behoefte hebben aan een onderzoek. Deze passage van de Commissie ziet opvallend nauwkeurig op onderhavige casus. De HR lijkt met deze gedachte in te stemmen. Indien door de OK bepaald is dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen,

is hierdoor het onderzoek geopend en is de weg vrij voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

12. Uit de beschikking vallen nog twee voorwaarden af te leiden waaraan moet zijn voldaan om onmiddellijke voorzieningen te treffen, lopende een onderzoek dat echter op voorhand geschorst is. Naast de voorwaarde (i) dat het opschorten van het onderzoek voortvloeit uit de wens van alle partijen, dient ook te zijn gewaarborgd (ii) dat partijen altijd in de gelegenheid zijn om alsnog uitvoering van het onderzoek te gelasten. Deze voorwaarden lijken mij juist, aangezien hierdoor de OK in staat wordt gesteld in de praktijk onmiddellijke voorzieningen te treffen zonder dat het onderzoek feitelijk is aangevangen, echter niet tegen de wens van een van de partijen in. Indien een van partijen de wens heeft het onderzoek feitelijk aan te laten vangen, dan zal hier gehoor aan moeten worden gegeven.

In strijd met de dwingende bevoegdheidsverdeling

13. In cassatie is tevens aangevoerd dat het ontnemen aan de aandeelhoudersvergadering van haar emissiebevoegdheid in strijd is met de dwingende bevoegdheidsverdeling tussen de organen van de vennootschap onderling. De getroffen onmiddellijke voorzieningen passen niet binnen de door de wetgever en de HR getrokken kwalitatieve grenzen waarbinnen de voorzieningen in de zin van art. 2:349s lid 2 BW dienen te blijven. Gesteld wordt dat zij in afwijking zijn van hetgeen de HR in haar beschikking van 19 oktober 2001, LJN AD5138, NJ 2002, 92 (Skygate) bepaalde. De onmiddellijke voorzieningen zijn een directe inbreuk op de zeggenschapsverhoudingen binnen de aandeelhoudersvergadering van Inter Access Groep en bovendien wijzigen ze de zeggenschapsverhoudingen in de vennootschap fundamenteel en permanent.

14. Twee vragen spelen hier een rol. Allereerst de vraag of de voorziening wel als voorlopig kan worden aangemerkt, aangezien de zeggenschapsverhoudingen in de vennootschap fundamenteel en permanent worden gewijzigd. Daarnaast speelt de vraag of de OK een dwingendrechtelijke bepaling, in casu art. 2:206 lid 1 BW, aan de kant kan zetten bij het treffen van een onmiddellijke voorziening.

15. Aangenomen is dat de OK op grond van art. 2:349a lid 2 BW de vrijheid heeft zodanige onmiddellijke voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht. Dit is ook het geval indien daarbij tijdelijk inbreuk wordt gemaakt op de geldende rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon. Aan het treffen van zodanige voorzieningen hoeft niet zonder meer in de weg te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is en bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke

afweging plaatsgevonden heeft van, de belangen van de betrokken partijen (aldus Skygate). Het feit dat een onmiddellijke voorziening een permanente wijziging in de zeggenschapsverhouding bewerkstelligt ontnemt nog dus nog niet het voorlopige karakter van de voorziening.

16. Ook het antwoord op de tweede vraag – dat de OK een onmiddellijke voorziening mag treffen die in strijd is met het wettelijke systeem - is niet opvallend. In de Versatel-beschikking (zie HR 14 september 2007, LJN BA 4888, NJ 2007, 611) besliste de HR al dat de OK in beginsel ook onmiddellijke voorzieningen mag treffen, waarbij bevoegdheden aan organen worden toevertrouwd die deze op grond van de wet of statuten niet kunnen worden toevertrouwd. De OK kan dus iedere voorziening van voorlopige aard treffen mits met het oog op de gevolgen ervan een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en de noodzaak van deze voorziening voldoende is gebleken. Voorwaarde is onder andere dat naar het oordeel van de OK een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn (zie (Versatel).

17. De OK mag derhalve ook art. 2:206 lid 1 BW, waarin is bepaald dat de vennootschap slechts ingevolge een besluit van de AVA na de oprichting aandelen uit kan geven, opzij zetten.

In strijd met art. 1 EP

18. Ten slotte is aangevoerd, dat de beschikking van de OK en de daarin vervatte onmiddellijke voorzieningen niet alleen in strijd zijn met het Nederlandse vennootschapsrecht, maar tevens met art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag van de rechten van de mens (hierna: EP). Als gevolg van de voorzieningen zou een verwatering van het aandelenbezit van Marigot ontstaan, hetgeen ontneming van eigendom dan wel een regulering van eigendom is, die slechts onder strikte condities is geoorloofd. In zijn noot bij de IAG-beschikking (zie ondernemingsrecht, 2010, 65) stipt Assink deze kwestie aan. In de beschikking van de HR wordt helaas niet ingegaan op deze vraag. De HR oordeelt dat een dergelijk betoog pas in cassatie is aangevoerd en niet bij de OK. Aangezien voor het beantwoorden van deze vraag mede onderzoek van feitelijke aard nodig is, is hiervoor in cassatie geen plaats. De HR volgt in deze AG Timmerman, die ten overvloede wel iets schrijft over een eventuele strijdigheid met art. 1 EP.

19. Het EHRM heeft al diverse malen geoordeeld dat de gerechtigdheid tot aandelen onder het begrip eigendom vallen in de zin van art. 1 EP, hoewel aandelen 'complexe rechten' zijn. Bij verwatering kan gesteld worden dat daarmee in ieder geval een inbreuk wordt gemaakt op het recht op het ongestoorde genot van het eigendom van de aandeelhouder (van onteigening in zuivere zin is echter geen sprak). Een dergelijke inbreuk kan gerechtvaardigd zijn, indien deze

is voorzien bij wet, een gerechtvaardigd algemeen belang dient en proportioneel is.

20. De wettelijke basis kan men vinden in art. 2:349a BW. Het algemeen belang kan men afleiden uit de bevoegdheid die de OK gegeven is om in te grijpen in een onderneming en daarbij af te wijken van dwingend recht ten einde het beste belang van de vennootschap en in bredere zin het algemene belang te dienen.

21. Bij de beoordeling van de vraag wat het algemeen belang is en of de gekozen middelen dit belang dienen, laat het EHRM een ruime 'margin of appreciation'. In casu dient de proportionaliteit gevonden te worden in de afweging die de OK maakt tussen een faillissement, alternatieve oplossingen waarbij Rapar middelen ter beschikking zou blijven stellen, terwijl de zeggenschap bij Marigot c.s. zou blijven rusten of de conversie van de Raparlening. In het licht van het voorgaande lijkt mij dat de OK tot deze beslissing had mogen komen.