

ANNOTATIE

# Aansprakelijkheid wegens lichtvaardig enquêteverzoek

**W.A. Vader**

*Annotatie bij Hoge Raad, 04-11-2022, ECLI:NL:HR:2022:1580 (OR-2023-0002)*

*Met deze beschikking houdt de Hoge Raad het oordeel van de Ondernemingskamer in stand dat een enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan. Op grond van artikel 2:350 lid 2 BW kan de rechtspersoon dan bij de Ondernemingskamer schadevergoeding vorderen. In deze bijdrage wordt stilgestaan bij de te hanteren norm en wat een passende sanctie is bij schending daarvan.*

## **1 Inleiding**

Deze beschikking van de Hoge Raad bevestigt eens te meer: bezint eer ge begint. Met deze beschikking houdt de Hoge Raad de eerste ambtshalve toepassing door de Ondernemingskamer van artikel 2:350 lid 2 BW in stand. Die bepaling houdt in dat een verzoeker tot een enquêteprocedure aansprakelijk kan zijn indien de Ondernemingskamer oordeelt dat het verzoek moet worden afgewezen en voorts dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan. De Hoge Raad overweegt, samengevat weergegeven, dat de Ondernemingskamer in dit geval de juiste maatstaf heeft toegepast, namelijk het leerstuk van misbruik van procesrecht. Volgens de Hoge Raad kon de Ondernemingskamer in de gegeven omstandigheden van het geval ook tot het oordeel komen dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan, omdat het doen van niet-onderbouwde aantijgingen op één lijn is gesteld met het innemen van stellingen waarvan men wist dat die onjuist zijn. Deze welwillende uitleg van de Hoge Raad roept evenwel de vraag op of het leerstuk van misbruik van procesrecht juist is toegepast, en of de toepassing van een ruimer toetsingskader niet meer recht doet in situaties als deze.

Alvorens die vragen te beantwoorden, zal in deze bijdrage eerst worden stilgestaan bij de feiten die tot de beschikking van de Ondernemingskamer hebben geleid. Daarna komt de beschikking van de Hoge Raad aan de orde en wordt een ruimer toetsingskader bepleit om tot misbruik van procesrecht te komen, zonder afbreuk te willen doen aan de uitkomst van deze zaak. Het leerstuk van misbruik van procesrecht moet namelijk nog steeds terughoudend worden toegepast. Tot slot worden enkele opmerkingen geplaatst bij het nut van artikel 2:350 lid 2 BW en zal worden betoogd dat de praktijk er mogelijk meer baat bij heeft als de Ondernemingskamer nog in dezelfde instantie een passende sanctie bij misbruik van procesrecht toepast, in plaats van dat daarvoor een separate procedure moet worden gestart. De Ondernemingskamer heeft die mogelijkheid en maakt daar met enige regelmaat ook gebruik van.

## **2 De feiten en de procedure bij de Ondernemingskamer**

Het desbetreffende enquêteverzoek richt zich tegen Credit access India N.V. (hierna: CAI). CAI houdt een belang van 74,06% in CreditAccess Grameen Ltd (hierna: CAGL), een beursgenoteerde verstrekker van microfinancieringen in India. CAI heeft, voor zover hier van belang, twee typen aandeelhouders, namelijk minderheidsaandeelhouders en zogeheten 'gekwalificeerde aandeelhouders'. Die laatste groep houdt minstens 7,5% van de aandelen in CAI en heeft ingevolge de statuten bepaalde bijzondere bevoegdheden. De initiële verzoeksters tot de enquête zijn CEI en IAS (tezamen: IAS c.s.), twee Italiaanse aandeelhouders waarvan alleen CEI een gekwalificeerde aandeelhouder is.

CAI heeft het voornemen om via een *initial public offering* (IPO) zelf ook naar de beurs te gaan. Tussen verschillende gekwalificeerde aandeelhouders van CAI bestaat echter verschil van mening over de wenselijkheid van deze IPO en ook over de alternatieve (statutair bepaalde) uittreedmogelijkheden. Omdat het besluit tot de IPO unaniem door de gekwalificeerde aandeelhouders van CAI moet worden genomen, kan ieder van hen deze beursgang feitelijk blokkeren. Hoewel aan de voorwaarden voor de IPO is voldaan, is het de gekwalificeerde aandeelhouder Olympus die tegen de IPO stemt. Daarop hebben IAS c.s. de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van CAI. Ook verzoeken zij om onmiddellijke voorzieningen te treffen die ertoe leiden dat de unanimiteitseis voor de IPO niet langer geldt. Olympus verlangt op haar beurt ook een onderzoek en verzoekt de Ondernemingskamer voorzieningen te treffen die ertoe leiden dat het bestuur van CAI uitvoering geeft aan het alternatieve exitproces. Dit is een tegenverzoek als bedoeld in artikel 282 lid 4 Rv.

De Ondernemingskamer wijst de verzoeken over en weer af. Ten aanzien van het (tegen)verzoek van Olympus beslist de Ondernemingskamer echter ook ambtshalve dat zij

het verzoek niet op redelijke grond heeft gedaan. Dat is de eerste keer dat de Ondernemingskamer dat doet, overigens niet zonder dat daarover tijdens de mondelinge behandeling is gedebatteerd.[1] De Ondernemingskamer overweegt in dit specifieke geval dat het verzoek van Olympus berust op ongefundeerde veronderstellingen en speculaties. Olympus beweerde in de kern namelijk dat tussen het bestuur van CAI en de Italiaanse aandeelhouders (IAS c.s.), gelet op hun nauwe (familiaire) verbondenheid, duurzame stemafspraken zouden zijn gemaakt, althans dat zij hun besluiten op elkaar afstemmen. De Ondernemingskamer overwoog dat dergelijke verstrekkende aantijgingen niet lichtvaardig mogen worden gedaan en een gedegen en concrete onderbouwing vergen. Omdat die onderbouwing ontbrak, besliste de Ondernemingskamer dat het verzoek van Olympus niet op redelijke grond is gedaan. Dat zou betekenen dat Olympus schadeplichtig is.

### **3 De beschikking van de Hoge Raad**

Als een verzoek tot een enquête wordt afgewezen en ‘niet op redelijke grond is gedaan’, kan de rechtspersoon op grond van artikel 2:350 lid 2 BW een eis tot vergoeding van schade bij de Ondernemingskamer instellen. De vraag die in deze beschikking allereerst voorlag, is of bij de beoordeling of een enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan, het leerstuk van misbruik van procesrecht (overeenkomstig) van toepassing is. De Hoge Raad geeft in lijn met de wetsgeschiedenis[2] en rechtspraak[3] een bevestigend antwoord op die vraag. Hij oordeelt tevens dat de Ondernemingskamer in dit specifieke geval deze maatstaf ook juist heeft toegepast. In dat laatste oordeel schuilt het belang van deze zaak voor de praktijk.

Met dat laatste (feitelijke) oordeel is de Hoge Raad welwillend geweest om de beschikking van de Ondernemingskamer in stand te laten. Mijns inziens had het niet misstaan als de motivering van de Ondernemingskamer op dit punt uitvoeriger was geweest. A-G Assink merkt in zijn conclusie onder deze beschikking ook op dat de Ondernemingskamer het oordeel over de toepassing van artikel 2:350 lid 2 BW eigenlijk telkens niet uitvoerig motiveert.[4] Dat is een gemiste kans. Er wordt namelijk niet vaak toepassing aan artikel 2:350 lid 2 BW gegeven en nog minder vaak wordt geoordeeld dat een verzoek inderdaad niet op redelijke grond is gedaan.[5] Deze uitspraak is dus een uitzondering, te meer vanwege de mijns inziens ruimhartige toepassing van het – naar vaste rechtspraak – terughoudend toe te passen leerstuk van misbruik van (proces)recht. Ik werk dit hierna verder uit.

### **4 De maatstaf van misbruik van procesrecht**

Van misbruik van procesrecht is – volgens standaardrechtspraak[6] – pas sprake als (toegepast op het enquêteverzoek) het verzoek ex artikel 2:345 BW, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de vennootschap waarnaar

de enquête wordt verzocht achterwege had behoren te blijven.[7] Hiervan kan eerst sprake zijn als de verzoeker zijn verzoek baseert op feiten of omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen, of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Deze drempel is met recht hoog. Aan het recht op toegang tot de rechter mag ingevolge artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) immers niet snel afbreuk worden gedaan.[8]

### **5 Is het doen van niet-onderbouwde aantijgingen op één lijn te stellen met het innemen van stellingen waarvan men op voorhand moest weten dat die onjuist zijn?**

De attenderingswaarde van deze specifieke uitspraak is erin gelegen dat het ‘niet gedegen en concreet onderbouwen van verstrekkende aantijgingen’ in dit geval op één lijn wordt gesteld met het baseren van een verzoek op stellingen waarvan (1) de verzoeker de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen, of (2) op voorhand moest worden begrepen dat deze geen kans van slagen hadden.

De vraag is echter of deze gelijkstelling in zijn algemeenheid juist is. Een aanvankelijk ongefundeerde aantijging of een speculatie kan achteraf immers ook juist blijken te zijn, maar bijvoorbeeld niet aanstonds aannemelijk zijn bij gebrek aan bewijs of onderbouwing. In dit specifieke geval is voor zover ik uit de beschikking van de Ondernemingskamer opmaak niet gebleken dat Olympus (subjectieve) wetenschap van de onjuistheid van haar aantijgingen had. In cassatie heeft Olympus juist betoogd dat een van de doeleinden van de enquête is om opening van zaken te verkrijgen en dat daarom bij een verzoek tot enquête zou moeten kunnen worden volstaan met gegronde redenen voor ‘twijfel’ als grond voor de enquête. Met andere woorden: Olympus wilde de enquête juist gebruiken om te laten onderzoeken of haar aantijgingen gegrond zijn. Hoewel de enquête daarvoor (terecht) niet is bedoeld,[9] is met deze insteek van het enquêteverzoek door Olympus mijns inziens niet direct ook gegeven dat zij stellingen heeft ingenomen waarvan zij de onjuistheid op voorhand wist of had behoren te weten.

De vraag die opkomt is of Olympus wel ingang bij de Ondernemingskamer had kunnen vinden indien zij haar aantijgingen minder absoluut had geformuleerd door die bijvoorbeeld meer in vermoedens te verpakken, die zij in de enquête had willen laten onderzoeken. Ik meen van niet. Dan was veeleer sprake geweest van een ontoelaatbare fishing expedition. Ook daarvoor dient een enquête zich niet te lenen.

Tegen deze achtergrond had ik het oordeel van de Ondernemingskamer – en in navolging daarvan ook van de Hoge Raad – meer begrijpelijk gevonden indien zij – in een kwestie als de

onderhavige – het aangenomen misbruik in de sleutel van een belangenafweging had geplaatst en daarbij de ‘onevenredigheid tussen het belang bij uitoefening’ van het recht en ‘het belang dat daardoor wordt geschaad’ van artikel 3:13 BW in de overweging had betrokken. In die belangenafweging had dan bijvoorbeeld meer concreet kunnen worden meegewogen dat niet alleen een enquête belastend is voor de vennootschap, maar ook de eis dat sprake moet zijn van een ‘behoorlijke kans’ dat uit het verlangde onderzoek ook wanbeleid zal blijken. Deze laatstgenoemde, in de wetsgeschiedenis gehanteerde drempel wordt soms nog wel eens uit het oog verloren, terwijl die, zoals ook door A-G Assink in zijn conclusie<sup>[10]</sup> is gememoreerd, nog steeds actualiteitswaarde heeft.

Op basis daarvan had de Ondernemingskamer dan bijvoorbeeld tot het oordeel kunnen komen dat Olympus in de gegeven omstandigheden van het geval niet tot uitoefening van het enquêterecht had kunnen komen. Dit evenredigheids criterium uit artikel 3:13 BW biedt namelijk de meeste beoordelingsruimte om tot misbruik van procesrecht te oordelen.<sup>[11]</sup>

Tegen toepassing van dit ‘ruimere’ evenredigheids criterium bij misbruik van procesrecht zou overigens kunnen worden tegengeworpen dat de Hoge Raad met verwijzing naar zijn eerdere uitspraak inzake Vehmeijer/Janssens juist andere vormen van misbruik heeft willen uitsluiten. In Vehmeijer/Janssens wordt namelijk – in navolging van het hiervoor aangehaalde arrest Duka/Achmea – geoordeeld dat ‘eerst’ sprake kan zijn van misbruik in de hiervoor genoemde gevallen. Dat zou op een beperkte toepassing van het leerstuk van misbruik van procesrecht kunnen wijzen. Ik meen echter dat deze tegenwerping geen stand houdt, alleen al omdat de Hoge Raad met de hiervoor omschreven ‘gelijkstelling’, die mijns inziens op een welwillende ruime uitleg van het leerstuk van misbruik van procesrecht is gebaseerd, toestaat dat van deze strikte norm kan worden afgeweken. Ik zou het gebruik van de term ‘eerst’ dan ook zo willen uitleggen dat van een evident ongegrond verzoek *in ieder geval* sprake kan zijn als dat verzoek op stellingen is gebaseerd waarvan de verzoeker de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen, of waarvan op voorhand moest worden begrepen dat deze geen kans van slagen hadden. Bij die uitleg blijft er, zonder afbreuk te doen aan de hoge drempel, ruimte bestaan voor een (iets) ruimer of flexibeler toetsingskader om evident ongegronde verzoeken af te doen en die zelfs op voorhand te ontmoedigen met het risico op aansprakelijkheid.

Maar los daarvan, het al dan niet bedoelde signaal dat mijns inziens toch in deze uitspraak schuilt, dat de aloude drempel om de gegronde redenen voldoende aannemelijk te maken niet aan kracht heeft ingeboet en moet worden voorkomen dat verzoekers het middel van de enquête met louter speculaties en niet-onderbouwde aantijgingen lichtvaardig gebruiken, is toe te juichen. Evident ongegronde verzoeken dienen niet alleen te worden afgewezen, maar moeten voor zover mogelijk ook op voorhand worden voorkomen. Om dat signaal kracht bij te zetten is echter ook een consequente en gedegen gemotiveerde toepassing van artikel 2:350

lid 2 BW gewenst.[12] Ook deze beslissing moet namelijk, met de in acht te nemen terughoudendheid, niet lichtvaardig worden genomen.

## **6 Passende sanctie**

Tot slot een opmerking over passende sanctionering ingeval een verzoek op niet-redelijke grond is gedaan. De wet schrijft voor dat als de Ondernemingskamer tot dat oordeel komt, vervolgens bij de Ondernemingskamer schadevergoeding kan worden gevorderd. Voor toewijzing van die vordering zullen dan nog wel de omvang van de schade en het causaal verband tussen het verzoek en de schade in die separate procedure moeten worden bewezen. Tot op heden zijn mij dergelijke procedures bij de Ondernemingskamer niet bekend. Het zal doorgaans ook niet aantrekkelijk zijn om nog eens een separate procedure te moeten starten, en veelal zullen de omvang van de schade en het causaal verband niet eenvoudig zijn te bewijzen. De 'schade' zal snel (uitsluitend) bestaan in de onnodig gemaakte kosten (van verweer) en in de praktijk is het niet eenvoudig om te beoordelen of die kosten van verweer de dubbele redelijkheidstoets doorstaan.[13] In die zin is artikel 2:350 lid 2 BW vooralsnog een tandeloze tijger gebleken.

Zinvoller is, of beter gezegd: afschrikwekkender zal kunnen zijn, afdoening door de Ondernemingskamer in dezelfde instantie. In dat verband wijs ik op artikel 1018l lid 1 Rv, een bepaling die bij de invoering van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) door een amendement van Groothuizen is geïntroduceerd om 'onzinclaims' buiten de deur te houden.[14] Groothuizen constateerde namelijk ook dat het rechters aan de mogelijkheid ontbreekt om in dergelijke gevallen passend op te treden. Nadat het amendement van Groothuizen is aangenomen, bepaalt artikel 1018l lid 1 Rv dat indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van de vordering blijkt, de eiser tot maximaal vijf keer de liquidatiekosten kan worden veroordeeld. Ook procedures die worden ingeleid met een verzoekschrift kunnen tot een veroordeling in de proceskosten leiden. Dat volgt uit artikel 289 Rv. Een dergelijke veroordeling in die proceskosten kan ambtshalve plaatsvinden[15] en daarbij mag worden afgeweken van het standaard liquidatietarief.[16] Ook uit rechtspraak van de Ondernemingskamer volgt dat zij soms genegen is om van het liquidatietarief af te wijken indien sprake is van 'een evident ongegrond verzoek',[17] of wanneer in strijd met de waarheidsplicht van artikel 21 Rv wordt gehandeld. Op 13 mei 2022 kwam de Ondernemingskamer op die grondslag bijvoorbeeld tot een integrale proceskostenveroordeling.[18]

Mogelijk zou een vergelijkbare lik-op-stuksanctie ook kunnen werken bij enquêtoprocedures door in dezelfde instantie tot een afwijkende proceskostenveroordeling te komen. Een wetswijziging is daarvoor niet nodig. De Ondernemingskamer heeft de bevoegdheid om van

een forfaitaire proceskostenveroordeling af te wijken en maakt daarvan ook al regelmatig gebruik. Het is naar mijn mening aan te bevelen daarin echter meer consequent op te treden, zodat het voor de praktijk ook op voorhand duidelijk(er) is wat de sanctie is. Mogelijk bezint een potentiële verzoeker van een 'onzin-enquête' zich dan beter alvorens die begint.

### **Noten**

[1] Zie in dat verband ook de noot van P.H.M. Broere in JOR 2023/1 bij HR 4 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1580 en voorts M.H.C. Sinninghe Damsté & P.L. Hezer, Afwijzing van het enquêteverzoek, in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), Handboek Enquêterecht (VDHI nr. 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 505-506.

[2] Zie Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere. Wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus, 's-Gravenhage: Boekhandel v.h. Gebr. Belinfante (N.V.) 1929, p. 222-223 en 317.

[3] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:583, ARO 2018/99, r.o. 3.9 onder verwijzing naar HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2360, NJ 2018/165 (Vehmeijer/Janssens) en HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, NJ 2012/233 (Duka/Achmea).

[4] Zie randnr. 3.23 bij ECLI:NL:PHR:2022:347 en de in voetnoot 100 aldaar aangehaalde rechtspraak van de Ondernemingskamer.

[5] Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2009, JOR 2009/190, r.o. 3.9; Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP5178, ARO 2011/39, r.o. 3.15-3.18; Hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0330, ARO 2012/98, r.o. 3.1-3.5. In bijv. Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2, ARO 2016/24, r.o. 3.14 werd niet tot het oordeel gekomen dat sprake was van misbruik van recht. Verzoekster had in die kwestie weliswaar belang bij haar verzoek, maar dat werd in het kader van een belangenafweging niet zwaar genoeg bevonden.

[6] Zie o.m. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3516, NJ 2007/353 en de hiervoor in noot 3 aangehaalde rechtspraak van de Hoge Raad inzake Duka/Achmea en Vehmeijer/Janssens.

[7] Zie ook HR 23 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1934. De Hoge Raad overwoog in deze zaak dat ook in een verzoekschriftprocedure de rechter een veroordeling in de proceskosten kan uitspreken (art. 289 Rv). Voor een veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten

kan, ook in een verzoekschriftprocedure, aldus de Hoge Raad alleen plaats zijn in buitengewone omstandigheden, waarbij dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen. Opmerking verdient dat een vordering die is ingesteld op grond van art. 2:350 lid 2 BW de toepasselijkheid van art. 6:162 BW echter uitsluit. Zie in dit verband Baukema, in: GS Rechtspersonen, art. 2:350 lid 2 BW, aant. 3 en de daarin aangehaalde wetsgeschiedenis waaruit dat volgt.

[8] Zie de rechtspraak in noot 5 hiervoor. Overigens kan de vraag worden gesteld of art. 6 EVRM op alle enquêteprocedures van toepassing is, voor zover daarin geen burgerlijke rechten en verplichtingen (in de zin van art. 6 EVRM) van partijen in het geding zijn. Zie HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240 m.nt. J.M.M. Maeijer (Text Lite).

[9] Zie HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, NJ 2006/173, r.o. 4.4.2.

[10] Zie ECLI:NL:PHR:2022:347, randnr. 3.3.

[11] Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/171.

[12] Hoewel een zodanig oordeel strikt genomen geen motivering behoeft. Zie bijv. HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2474, NJ 1998/68.

[13] Zie HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2366, NJ 2018/164 m.nt. S.D. Lindenbergh.

[14] Zie amendement Groothuizen, Kamerstukken II 2018/19, 34608, nr. 22, p. 2.

[15] MvT, Parl. Gesch. Herz. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 450.

[16] HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7995, NJ 2009/234 m.nt. S.F.M. Wortmann.

[17] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 23 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4259, JOR 2022/92 m.nt. Salemink.

[18] Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1450.