

# De enquêteprocedure en vermogensrechtelijke geschillen

Bb 2018/65

## Inleiding

Joint ventures zijn vaak het voorwerp van een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam. In enquêteprocedures draait het om de vraag of sprake is (geweest) van wanbeleid bij het besturen van de rechtspersoon. In enquêteprocedures over joint ventures spelen overeenkomsten vaak een belangrijke rol. Aan de meeste joint ventures liggen namelijk een of meer overeenkomsten ten grondslag. Hierin zullen bijvoorbeeld afspraken zijn opgenomen die zien op de governance van de joint venture. De Ondernemingskamer is evenwel niet bevoegd om vermogensrechtelijke geschillen te beslechten en dus ook niet om (bijvoorbeeld) nakoming van een joint venture-overeenkomst te bevelen.

In deze publicatie bespreek ik hoe de Ondernemingskamer in zes recente beschikkingen omging met dergelijke joint venture geschillen. De aanleiding van dit artikel is het wisselende beeld dat de desbetreffende uitspraken opleveren. In de ene zaak wordt de verzoeker niet-ontvankelijk verklaard, terwijl vermogensrechtelijke geschillen in andere zaken wel worden meegenomen in de beoordeling van het enquêteverzoek. In deze bijdrage analyseer ik of sprake is van willekeur of dat er toch lijnen te ontdekken zijn. Voordat ik dit doe, schets ik eerst het juridisch kader waarbinnen de Ondernemingskamer bevoegd is kennis te nemen van vermogensrechtelijke geschillen.

## Juridisch kader

In de *Unilever*-beschikking<sup>2</sup> oordeelde de Hoge Raad dat de enquêteprocedure niet bedoeld is om geschillen van vermogensrechtelijke aard te beslechten of daar onderzoek naar te doen. Deze beperking moet waarschijnlijk worden gezien in het licht van de *Gucci*-beschikking.<sup>3</sup> De Hoge Raad wees daarin op de verschillen tussen de enquêteprocedure, waarvan het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken de kern vormt, en de procedure voor de gewone civiele rechter "met alle daaraan verbonden waarborgen". In de *Laurus*-beschikking<sup>4</sup> bleek bijvoorbeeld dat in de enquêteprocedure geen recht bestaat op getuigenbewijs en tegenbewijs. In-

dien het gaat om vermogensrechtelijke geschillen dienen dergelijke waarborgen wel te worden geboden.

Daarnaast geldt dat de doelen van de enquêteprocedure bij de beslechting van een zuiver vermogensrechtelijk geschil niet kunnen worden verwezenlijkt. Deze doelen zijn de sanering en herstel van gezonde verhoudingen, het verkrijgen van openheid van zaken en vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor eventueel wantoestanden binnen ondernemingen.<sup>5</sup>

Niettemin kan de Ondernemingskamer een enquête toewijzen indien sprake is van een gemengde situatie waarbij de vermogensrechtelijke geschillen doorwerken in (de organen van) de onderneming (en sprake is van gegronde reden om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen). De Ondernemingskamer kan de vermogensrechtelijke geschillen niet beslechten, maar heeft wel een relatief grote vrijheid om rekening te houden met vermogensrechtelijke geschillen.

De afgelopen 20 jaren schroomde de Ondernemingskamer voorts niet om joint venture-overeenkomsten te beoordelen. In de *Versatel*-beschikking<sup>6</sup> uit 1999 maakte de Ondernemingskamer al duidelijk dat de inhoud van overeenkomsten mede bepaalt hoe partijen zich binnen een onderneming richting elkaar behoren te gedragen. Hierdoor kunnen een minderheidsaandeelhouder meer rechten toekomen, dan hij buiten die overeenkomst om op basis van de wet en statuten zou hebben. Dat afspraken tussen aandeelhouders doorwerken in de werking van een joint-venture is door de Hoge Raad in 2014 bevestigd in de *Cancun Holding I*-beschikking.<sup>7</sup>

## Bespreking van zes beschikkingen

### Proov

Proov<sup>8</sup> is een bedrijf dat zich richt op elektrisch (openbaar) vervoer. Haar aandeelhouders hadden in een overeenkomst vastgelegd dat besluiten over het aantrekken van kapitaal unaniem zouden worden genomen. Toen Proov extra kapitaal nodig had, raakten de aandeelhouders daarover met elkaar in geschil.

1 Stefan Campmans is advocaat bij bureau Brandeis te Amsterdam. Hij bedankt zijn kantoorgenoten Anita van Wees en Floor Eikelboom voor hun bijdrage.  
2 HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465 (*Unilever*), rov. 4.2., zoals bevestigd in HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5516, *NJ* 2011/210 (*KPNQwest*), rov. 3.2.3. en 3.2.4.  
3 HR 27 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7245, *NJ* 2000, 653 (*Gucci*), rov. 4.2.  
4 HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *NJ* 2006, 443, m.nt. G. van Solinge (*Laurus/UB Holding*).

5 Zie HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, *NJ* 1990/466 (*Ogem II*), zoals bevestigd in HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5516, *NJ* 2011/210 (*KPNQwest*), rov. 3.2.1 t/m 3.2.5.  
6 Hof Amsterdam (OK) 20 mei 1999, *JOR* 2000/72, m.n. J.M. Blanco Fernández (*Versatel*), zie met name rov. 3.3 e.v. In de latere *Broadnet*-beschikking en *S'Energy*-beschikking zou de Ondernemingskamer dit plaatsen in de sleutel van de vennootschapsrechtelijke normen van artikel 2:8 BW, zie Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, *JOR* 2002/112, m.n. J.M. Blanco Fernández (*Broadnet*), zie rov. 3.2 t/m 3.7; en Hof Amsterdam (OK) 30 december 2008, *JOR* 2009/128 (*S'Energy*), rov. 3.7 t/m 3.10.  
7 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:804, *Ondernemingsrecht* 2014/101, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Cancun Holding I*), r.o. 4.2.1.  
8 Hof Amsterdam (OK) 21 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2069 (*Proov*). Deze zaak is nadien geschikt, zo blijkt uit Hof Amsterdam (OK) 23 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3954.

Één van de geschillen vloeide voort uit de aandeelhoudersovereenkomst. Die bepaalde dat de besluiten die vereist waren voor het aantrekken van kapitaal met unanimiteit moesten worden genomen. In de statuten kwam dat echter niet tot uitdrukking. Dat leidde tot een geschil over de reikwijdte van deze bepalingen in de aandeelhoudersovereenkomst en de vennootschappelijke doorwerking daarvan. Over de doorwerking van de afspraken over de unanimiteit velt de Ondernemingskamer geen oordeel, maar zij stelt wel vast dat het aannemelijk is dat reeds de daaruit voortvloeiende onzekerheid een belemmering kan vormen voor het aantrekken van additioneel kapitaal.

Voor de Ondernemingskamer is dat (mede) aanleiding om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Onder meer droeg zij aandelen ten titel van beheer over “onder de bepaling dat voor zover de aandeelhoudersovereenkomst unanimiteit vereist voor besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders, dit vereiste niet geldt in geval van besluitvorming door de algemene vergadering van aandeelhouders voor de duur van de onderhavige onmiddellijke voorziening”. Tevens oordeelde de Ondernemingskamer dat naar haar voorlopig oordeel sprake was van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, omdat (i) er sprake is van een nijpende financiële situatie, (ii) adequate besluitvorming nodig is en (iii) constructief overleg en constructieve besluitvorming in de afgelopen maanden hebben ontbroken.

Het geschil over de aandeelhoudersovereenkomst speelde aldus een bijrol in de beslissing van de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer zorgde echter wel voor een tijdelijke oplossing voor dat geschil, want het “eventuele vereiste” van unanimiteit werd voor de duur van de onmiddellijke voorzieningen buiten werking gesteld.

De Ondernemingskamer geeft dus geen civielrechtelijk oordeel, maar biedt wel een oplossing voor een civielrechtelijke situatie. Dit is praktisch, maar ook vervelend voor de aandeelhouder die zijn zeggenschap wordt ontnomen door het opheffen van het unanimitetsvereiste in een procedure waarin de waarborgen en criteria die de gewone civiele rechter hierbij zal hanteren niet (expliciet) in acht worden genomen.<sup>9</sup> Kennelijk woog de noodzaak van een beslissing in een nijpende situatie zwaarder dan de (contractuele) rechtszekerheid. Daarvoor valt iets te zeggen, mits een en ander de (enige) manier is om een onderneming van de ondergang te redden.

### **Global Publishing Group**

De zaak Global Publishing Group<sup>10</sup> gaat over de strijd om de macht over (de dochtervennootschappen van) een internationaal uitgeverconcern. Om de zeggenschap te regelen, hadden de aandeelhouders in een overeenkomst vastgelegd dat het bestuur van de dochtervennootschappen zou bestaan uit zeven bestuurders, waarvan de twee grootste

(indirecte) aandeelhouders er ieder twee bindend mochten voordragen en de drie kleinere aandeelhouders de overige drie. De grootste aandeelhouder mocht ook de voorzitter benoemen. In de aandeelhoudersovereenkomst was de keuze gemaakt geschillen te beslechten via arbitrage.

De aandeelhouders raakten in geschil wegens botsende visies op de (middel)lange termijn. In de kielzog ontstond een geschil over de benoeming van bestuurders bij de dochtervennootschappen. Meer specifiek of de bindende voordracht door de drie kleinere aandeelhouders unaniem of bij meerderheidsbesluit tot stand moest komen. Hieruit volgde een blokkade om de drie overige bestuurders te benoemen. Feitelijk leidde dat er toe dat de grootste aandeelhouder het voor het zeggen had binnen de onderneming, omdat er maar vier bestuurders in functie waren en ‘zijn’ voorzitter een doorslaggevende stem had in het geval van stakende stemmen. De andere aandeelhouder stapte daarop naar de Ondernemingskamer en beriep zich erop dat er een coup werd gepleegd binnen de vennootschap en dat geen recht werd gedaan aan de afspraken over de zeggenschap.

De Ondernemingskamer besloot dat het enquêteverzoek behandeld kon worden ondanks het arbitragebeding, omdat van het enquêterecht, een dwingende wettelijke regeling, niet contractueel kon worden afgeweken. Het uitleggen van de aandeelhoudersovereenkomst speelde in deze zaak (ten aanzien van de wijze van benoeming) weliswaar een dominante rol, maar de Ondernemingskamer achtte zich toch bevoegd omdat de zaak ook was gebaseerd op de verhoudingen binnen de vennootschap. Dat arbitrale en civiele rechtsmaatregelen wellicht meer voor de hand hadden gelegen, werkt vervolgens wel door bij de materiële beoordeling van de zaak.

Eerst stelt de Ondernemingskamer vast dat er meningsverschillen zijn, maar dat deze geen patstelling opleveren (want de voorzitter kan immers besluiten nemen). Daarna komt de uitleg van de overeenkomst aan de orde. De Ondernemingskamer geeft aan dat hoewel zij niet over die uitleg gaat, onderzocht moet worden of de haalbaarheid van het beroep op unanimiteit zo onaannemelijk is dat het gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid te twijfelen. Na een – opvallend – uitgebreide afweging van de standpunten van partijen, komt de Ondernemingskamer erop uit dat het beroep op unanimiteit ‘minst genomen redelijkerwijs verdedigbaar’ is. De grootste aandeelhouder en de voorzitter behalen op dit punt dus een overwinning.

Veel baat daarbij hebben zij echter niet. De Ondernemingskamer achtte het niet benoemen van drie aanvullende bestuurders en de onbedoelde doorslaggevende positie van de voorzitter te ver verwijderd van de door partijen zelf gekozen governance. Daarbij wordt overwogen dat hoewel het beroep op unanimiteit weliswaar verdedigbaar was, het op de weg van de voorzitter had gelegen een pas op de plaats te maken. Dit gold temeer nu partijen waren overeengekomen een dergelijk geschil via arbitrage te beslechten. De Ondernemingskamer beveelt daarom alsnog een onderzoek naar de gang van zaken. Daarnaast benoemt zij een commissaris, die bovendien bevoegd wordt vast te stellen welke drie bestuurders zullen worden toegevoegd aan het bestuur.

<sup>9</sup> Zie kritisch over dergelijke beslissingen Eikelboom De (onmiddellijke) voorzieningen van het enquêterecht, IVO-reeks nr. 105, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 11.3, in het bijzonder 11.3.6.

<sup>10</sup> Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5493 (Global Publishing), r.o. 3.7.

De Ondernemingskamer beaamde overigens dat terecht als verweer naar voren was gebracht dat het niet zo moet zijn dat iedere aandeelhouder de benoeming van een bestuur kan verhinderen, maar dat dat onderwerp in spoedarbitrage zal moeten worden geadresseerd.<sup>11</sup>

De *Global Publishing Group*-beschikking toont mijns inziens dat de Ondernemingskamer soms worstelt met zijn positie ten aanzien van vermogensrechtelijke geschillen. Enerzijds wil de Ondernemingskamer geen geschillen adresseren als daarvoor nadrukkelijk is gekozen voor beslechting door een andere (arbitrale/vermogensrechtelijke) rechter. Anderzijds wil de Ondernemingskamer een verzoeker bij gebleken gebreken in de onderneming niet met lege handen naar huis sturen. De Ondernemingskamer staat wel stil bij de beperkingen in zijn taak, maar doet binnen die grenzen wel het mogelijke om partijen enige houvast te geven voor de oplossing van het geschil en benoemt een onderzoeker en een commissaris die de benoeming van het bestuur vlot moet trekken. Deze praktische aanpak past in het beeld van een actieve Ondernemingskamer die zich niet snel buitenspel laat zetten.

#### Strauss

In de zaak *Strauss Coffee*<sup>12</sup> meent een vertrekkende aandeelhouder dat hij bij zijn vertrek gefrustreerd wordt door de grootste aandeelhouder en de bestuurders van de vennootschap. In het enquêteverzoek beroept hij zich er (onder meer) op dat bepalingen uit de aandeelhoudersovereenkomst en de serviceovereenkomst worden geschonden bij het uitkeren van dividend, het maken van afspraken over de exit en het ontslaan van een bestuurder, die de vertrekkende aandeelhouder gunstig gezind was.

De Ondernemingskamer oordeelt eerst dat geschillen over de overeenkomsten eerst moeten worden opgelost binnen de door partijen zelf contractueel vastgelegde governance. Vervolgens gaat de Ondernemingskamer in op het geschil tussen de aandeelhouders over de exit. Volgens de Ondernemingskamer ziet dit primair op rechten en plichten die volgen uit de aandeelhoudersovereenkomst. De enquêteprocedure leent zich niet voor de vaststelling van die rechten en verplichtingen of voor de vraag of de aandeelhouders al dan niet in overeenstemming daarmee handelen. De Ondernemingskamer is dan ook niet bereid een onderzoek in te stellen.

Het verschil tussen *Strauss Coffee*-beschikking en *Global Publishing Group*-beschikking is opvallend. In de *Global Publishing Group*-beschikking was de Ondernemingskamer immers wel bereid de klachten (deels) inhoudelijk te behandelen, ondanks een contractueel arbitragebeding en vermogensrechtelijke aspecten. Ik verwacht dat het verschil er voor een belangrijk deel in zit dat de regeling van geschilbeslechting in de *Strauss*-zaak nog specifiekere was en dat de situatie binnen de onderneming minder urgent leek te zijn. Voor de Ondernemingskamer zal het makkelijker zijn een

zaak niet op te pakken als de te verwachten gevolgen voor de onderneming op de korte termijn te overzien lijken. In ieder geval blijkt dat de inhoud van de overeenkomsten de mogelijkheden tot het houden van een enquêteprocedure beïnvloedt.

#### Enraf

Enraf<sup>13</sup> is een joint venture die onder meer behandelafels voor fysiotherapie maakt. Nadat de voorganger van Enraf failliet was gegaan, hebben twee managers haar vanuit faillissement doorgestart met behulp van een metaalwarenfabriek, die de belangrijkste toeleverancier was. De voormalige managers verkregen daarbij twee derde van de aandelen en de metaalwarenfabriek één derde. Beide kampen leverden bestuurders.

Bij het aangaan van de samenwerking is afgesproken dat de metaalwarenfabriek de positie van preferred supplier zou innemen. Deze positie werd uitgewerkt in een conceptovereenkomst, waarover partijen van mening verschillen of deze geldig overeengekomen was. Beslissingen over leveranties door de metaalwarenfabriek konden volgens de statuten bovendien slechts unaniem genomen worden.

Na een aantal jaar besluiten de voormalige managers dat zij voordeligere behandelafels in het assortiment moeten opnemen, omdat de verkopen terugliepen. Zonder overleg met de metaalwarenfabriek (of 'haar' bestuurder) wordt het plan gemaakt om voordeligere behandelafels te gaan aanbieden die ook zijn samen te stellen met onderdelen van voordeligere leveranciers dan de metaalwarenfabriek. Wanneer de metaalwarenfabriek bij toeval achter de plannen komt, raken partijen met elkaar in geschil. Volgens de metaalwarenfabriek druisen de plannen in tegen de afspraken over haar beschermde positie. Volgens het kamp van de twee managers is dat niet het geval, omdat zij de reikwijdte van het begrip preferred supplier beperkter uitleggen. Zij verwijten de metaalwarenfabriek juist een niet constructieve houding en ontslaan uiteindelijk de door de metaalwarenfabriek benoemde bestuurder.

De Ondernemingskamer stelt voorop dat er op zichzelf bezien sprake is van een vermogensrechtelijk geschil nu de zaak met name draait om de uitleg en reikwijdte van het begrip preferred supplier en de status van de conceptovereenkomst. Zij verklaart verzoeker echter toch ontvankelijk, omdat er sprake is van diepgaande meningsverschillen en het gaat om een onderwerp waarover collegiaal bestuurs-overleg gevoerd had moeten worden. Hierdoor is er volgens de Ondernemingskamer geen sprake meer van een zuiver vermogensrechtelijk geschil.

Het geconstateerde gebrek aan transparantie in combinatie met het gebrek aan deugdelijk bestuursoverleg vormen een gegronde reden om aan een juist beleid bij Enraf te twijfelen. Volgens de Ondernemingskamer was het bovendien de bedoeling van partijen dat de metaalwarenfabriek in het bestuur zou zijn vertegenwoordigd, zodat het ontslag van de bestuurder ook een gegronde reden opleverde. Deze bedoeling leidde de Ondernemingskamer af uit de conceptover-

11 Zie over kort geding en arbitrage nader: L.C.M. Berger en S.M. Campmans, 'Kort geding en arbitrage', *Bb* 2017/16.

12 Hof Amsterdam (OK) 24 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4951 (*Strauss*).

13 Hof Amsterdam (OK) 6 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1243 (*Enraf*).

eenkomst en de historische benoemingen van bestuurders door de metaalwarenfabriek. De Ondernemingskamer stelt aldus een onderzoek in en benoemt een nieuwe bestuurder. Met de *Enraf*-beschikking toont de Ondernemingskamer dat indien het beleid van de onderneming in het gedrang is, een contractueel geschil in de enquêteprocedure kan worden geadresseerd. In feite brengt de Ondernemingskamer de bezetting van het bestuur van Enraf met deze beschikking in lijn met de situatie zoals partijen die voor zover zij kan nagaan (contractueel) hadden beoogd. De Ondernemingskamer neemt daarbij ten aanzien van de vertegenwoordiging van de metaalwarenfabriek in het bestuur van Enraf een verregaande beslissing, gezien de onderbouwing daarvan. De Ondernemingskamer baseert haar beslissing namelijk op de bedoeling van partijen die zij afleidt uit een overeenkomst, waarvan het nog maar de vraag is of die geldig tot stand gekomen is. Let wel, een voorzieningenrechter in kort geding zal doorgaans slechts een beroep op een contractuele bepaling honoreren indien zowel de geldigheid van een overeenkomst als de inhoud daarvan voldoende zeker is. Anderzijds is het de rol van de Ondernemingskamer om een goede gang van zaken binnen een onderneming te bewaken. De bedoeling van partijen ten aanzien van de inrichting van de vennootschap is daarvoor van belang, ongeacht uit welke bron die kan worden afgeleid. Een ondertekende overeenkomst is daarvoor (kennelijk) niet vereist.<sup>14</sup>

#### Ambient

Ambient<sup>15</sup> investeerde in extreem beveiligde datacenter services in voormalige koude-oorlog atoombunkers. De investeringen die de verzoekster van de enquête op haar beurt in Ambient had gedaan, liepen helaas uit op een teleurstelling. Het verzoek tot enquête zag op twee gronden, ten eerste waren er verwijten over misleiding voorafgaand aan de investeringen en daarnaast waren er na het doen van de investeringen vermeende onregelmatigheden rondom een aandelenruil.

Verzoekster vroeg ter zitting om het onderzoek te beperken tot de misleiding voorafgaand aan de investeringen. De Ondernemingskamer overwoog daarop dat een onderzoek

naar misleiding niet toewijsbaar was,<sup>16</sup> omdat dit zag op een periode dat verzoekster nog geen aandeelhouder was, maar slechts nog financier. Omdat dit een zuiver vermogensrechtelijk geschil betreft, viel het buiten de reikwijdte van de enquêteprocedure. Door de beperking bleef in feite ook weinig meer van de zaak over dan een opmaat naar een aansprakelijkheidsprocedure.

Afwijzing van het verzoek leek overigens niet onvermijdelijk te zijn geweest, want de Ondernemingskamer overwoog ook dat de aandelenruil vragen opwierp. Dit viel na de zitting echter buiten het onderwerp van de verzochte enquête.

#### Intergamma

Intergamma<sup>17</sup> is de gezamenlijke inkoop- en marketingorganisatie voor franchisenemers die Gamma- of Karwei-bouwmakten exploiteren. In deze zaak gaat het om geschillen die voortkomen uit de voorgenomen overname door Intergamma van één van de belangrijke aandeelhouders. Naast Intergamma was eerder ook een andere aandeelhouder (namelijk verzoeker) in de race om deze andere aandeelhouder over te nemen. Die overnamegesprekken liepen echter vast en vervolgens bereikte Intergamma wel overeenstemming over de transactie.

In de beschikking komen vele bezwaren aan de orde, die door de Ondernemingskamer stuk voor stuk worden behandeld. Één verwijt is dat Intergamma in het kader van de onderhandelingen onrechtmatig zou hebben gehandeld ten opzichte van de verzoeker. De Ondernemingskamer achtte dit een vermogensrechtelijk geschil waarvoor het enquêterecht zich niet leent en gaat daar verder niet op in. Daaruit kan worden afgeleid dat de governance van Intergamma niet in het geding was bij de gang van zaken toen zij en haar aandeelhouder zich beiden inspanden om een andere aandeelhouder uit te kopen. Of dienaangaande onvoldoende was gesteld, of dat de Ondernemingskamer het gestelde te mager vond, blijkt niet uit de beschikking.

#### Conclusie

Op het eerste oog laat de hierboven besproken rechtspraak een wisselend beeld zien. Met betrekking tot (deels) vermogensrechtelijke kwesties kiest de Ondernemingskamer voor verschillende aanpakken. In sommige beschikkingen staat de Ondernemingskamer uitvoerig stil bij vermogensrechtelijke kwesties en/of leiden deze kwesties ook (mede) tot

14 Ter zijde merk ik op dat dit betekent een rechtszoekende voor sommige (interne) contractuele geschillen beter de Ondernemingskamer om een oplossing kan vragen dan de civiele rechter (in kort geding). In een eventuele vervolprocedure voor de civiele rechter, kan vervolgens worden meegeleefd en voortgebouwd op de gunstige overwegingen van de Ondernemingskamer over de bedoelingen van partijen. Dit zou wellicht weer een extra onbedoeld gunstig neveneffect van een enquêteprocedure kunnen zijn, naast bijvoorbeeld de mogelijkheid om informatie boven water te krijgen die in een gewone civiele procedure door een procespartij niet snel verkregen kan worden. Zie daarover Croiset van Uchelen, *Ondernemingsrecht in tijden van crisis (IVOR nr. 96)* 2014/VII.6 'De praktijk gebruikt 'flankerende procedures' voor bewijsgaring'.

15 Hof Amsterdam (OK) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1448 (*Ambient*).

16 Wat opvalt is dat de Ondernemingskamer het verzoek afwees, ondanks dat de belanghebbenden formeel gezien niet in de procedure waren verschenen. Ambient (als verweerster) en andere belanghebbenden dienden geen verweerschrift in, maar kwamen wel opdagen op de zitting bij de Ondernemingskamer. Onder meer de indirect bestuurder van Ambient kon op die manier ter zitting vragen beantwoorden. Dat er alsnog een afwijzing van het verzoek volgde, valt te verklaren door het feit dat de enquêteprocedure geen procedure op tegenspraak is, zoals de dagvaardingsprocedure, maar eerder het karakter heeft van een verzoekschriftprocedure. In laatstgenoemde categorie procedures heeft de rechter een meer autonome rol om bepaalde zaken ambtshalve te onderzoeken, zoals hier de toewijsbaarheid van het enquêteverzoek. Zie over het ambtshalve onderzoek ook B.F. Assink en M.J. Kroeze, 'Kroniek Enquêterecht 2015' in *Vereeniging Corporate Litigation 2015-2016 (VDHI nr. 134)* 2016/L.2.3.4.

17 Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (*Intergamma*), r.o. 3.38.

toewijzing van het verzoek. In andere beschikkingen doet de Ondernemingskamer deze kwesties zonder veel omhaal af met het oordeel dat deze buiten de reikwijdte van de enquêteprocedure vallen. Bij nadere beschouwing is er echter wel degelijk een lijn te bespeuren.

Het is duidelijk dat de Ondernemingskamer vermogensrechtelijke geschillen niet behandelt, indien de governance in het geheel niet in het gedrang is. In die gevallen is er sprake van een zuiver vermogensrechtelijk geschil en moet het geschil worden voorgelegd aan de gewone civiele rechter. Hiervan was sprake in de zaken *Ambient* en (gedeeltelijk in) *Intergamma*.

Zodra de governance op zijn minst geraakt wordt, ontstaat de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer het geschil wel inhoudelijk behandelt.

De eerste factor die lijkt te bepalen of een enquêteverzoek over een (deels) vermogensrechtelijk onderwerp kansrijk is, is of er sprake is van een geschil over afspraken over de governance. Dit speelt in de zaken *Proov* en *Global Publishing Group*. Indien een beroep wordt gedaan op schending van afspraken over andere onderwerpen dan de governance, dan lijkt de Ondernemingskamer minder snel genegen te zijn de zaak te behandelen. In de zaak *Strauss* ging het overwegend over andere afspraken en slechts in zijn algemeenheid over schending van de aandeelhoudersovereenkomst. Samen met de duidelijk alternatieve, overeengekomen geschillenregeling stond dit toewijzing van een enquêteverzoek in de weg.

Een tweede factor die meespeelt, is in hoeverre de gang van zaken binnen de onderneming daadwerkelijk verstoord is als gevolg van of met betrekking tot een (deels) vermogensrechtelijke kwestie. In de zaak *Enraf* was bijvoorbeeld de besluitvorming over een (deels) vermogensrechtelijke kwestie gebrekkig.

Daarnaast lijkt een rol te spelen dat de Ondernemingskamer eerder bereid is om in te grijpen, indien problemen binnen de onderneming urgent zijn. Dit speelde met name in de zaak *Proov*.

Indien de Ondernemingskamer ingrijpt, dan biedt zij vaak zelfs een (tijdelijke) ondernemingsrechtelijke oplossing voor een geconstateerd vermogensrechtelijk geschil. De slotsom is daarom dat indien sprake is van een urgent vermogensrechtelijk geschil waarbij de governance binnen de onderneming in het gedrang is, de enquêteprocedure soms kan dienen als een (meer) effectief alternatief voor een civiele procedure.