

De SNS-beschikking van 8 juli 2015: een pragmatische keuze

*Mr. I. Tax**

1 Inleiding

Op 8 juli 2015 heeft de Ondernemingskamer zich uitgesproken over de vraag of de onteigende aandeelhouders van SNS Reaal N.V. (hierna: SNS) enquêtegerechtigd zijn gebleven. De belangrijkste barrière voor het aannemen van een dergelijke bevoegdheid is dat de onteigende aandeelhouders, naar de letter van de wet, als gevolg van de onteigening niet langer enquêtebevoegd zijn: de wet kent die bevoegdheid niet toe aan de gewezen aandeelhouders (wel, onder voorwaarden, aan de huidige aandeelhouders). Vanwege deze complicatie heeft de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) (die stelde namens ongeveer 1,3% van de onteigende aandeelhouders op te treden) in eerste instantie aan de Staat, in zijn hoedanigheid van (huidig) aandeelhouder van SNS, verzocht om medewerking aan het enquêteverzoek in de vorm van een volmacht.¹ Deze medewerking is geweigerd. De VEB heeft vervolgens, tezamen met een aantal individuele onteigende aandeelhouders, zelf een enquêteverzoek ingediend.

In de enquêteprocedure heeft SNS, zoals te verwachten viel, bepleit dat de onteigende aandeelhouders enquêtebevoegdheid ontberen. Zij heeft daarbij niet alleen een beroep gedaan op de limitatieve kring van enquêtegerechtigden, maar tevens op de aard en de strekking van de Interventiewet (de Wet op het financieel toezicht), die de wettelijke basis vormt voor de onteigening. In dat verband heeft SNS onder meer betoogd dat de Interventiewet ten doel heeft om rust te creëren – zodat de financiële onderneming gestabiliseerd en gereorganiseerd kan worden. Daarmee is onverenigbaar dat onteigende aandeelhouders enquêterecht toekomt, aldus SNS. De VEB heeft zich daartegenover op het standpunt gesteld dat de onteigende aandeelhouders tot het moment van onteigening enquêtebevoegd waren, dat die bevoegdheid hun niet door de onteigening is ontnomen en dat het enquêteverzoek juist betrekking heeft op de oorzaken van de onteigening. Een redelijke en op de praktijk toegespitste wetstoepassing, die recht doet aan de aard en strekking van het enquêterecht, dient ertoe te leiden dat de onteigende aandeelhouders bevoegd zijn tot het indienen van de enquête, aldus de VEB.

De Ondernemingskamer volgt de VEB in haar betoog en heeft geoordeeld dat de onteigende aandeelhouders van SNS inderdaad bevoegd zijn (gebleven) tot het indienen van een enquêteverzoek.

2 Uitspraak

Bij de beoordeling van de vraag of de onteigende aandeelhouders van SNS de bevoegdheid om een enquêteverzoek in te dienen hebben verloren als gevolg van de onteigening, grijpt de Ondernemingskamer eerst terug op het doel en de strekking van het enquêterecht. Op grond daarvan oordeelt de Ondernemingskamer dat, in dit geval, de enkele omstandigheid dat geen sprake meer is van ‘aandeelhouderschap’ niet tot verlies van enquêtebevoegdheid leidt. Dit oordeel is als volgt gemotiveerd:

‘Doel en strekking van het enquêterecht brengen mee dat aandeelhouders die niet langer voldoen aan de kapitaaleis van artikel 2:346 lid 1 aanhef en sub c BW tengevolge van een gebeurtenis, waaromtrent zij stellen dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan het beleid en de gang van zaken van de betrokken vennootschap en waarop hun enquêteverzoek mede betrekking heeft, in gevallen als het onderhavige bevoegd kunnen zijn tot het indienen van zodanig verzoek. De Ondernemingskamer neemt voorts in aanmerking dat het enquêterecht mede strekt ter bescherming van aandeelhouders tegen onjuist beleid dat hun (rechts)positie zodanig ondermijnt, dat een door hen ongewenst verlies van hun hoedanigheid van aandeelhouder het gevolg is. Dat is niet anders nu dat verlies – anders dan in gevallen waarin het verlies van aandeelhouderschap het gevolg is van besluitvorming die kan worden teruggedraaid – ten gevolge van de Onteigening onomkeerbaar is.’

De Ondernemingskamer behandelt vervolgens de (vervolg)vraag of het doel en de strekking van de Interventiewet in de weg staan aan het aannemen van enquêtebevoegdheid. De Ondernemingskamer overweegt dat de wetgever zich bij de totstandkoming van de Interventiewet noch over het verlies, noch over het behoud van enquêtebevoegdheid van onteigende aandeelhouders heeft uitgesproken en dat met de Interventiewet niet wordt beoogd meer rechten en bevoegdheden aan te tasten of aan onteigende aandeelhouders te ontnemen dan strikt noodzakelijk is voor het doel waartoe in de Interventiewet de mogelijkheid tot onteigening is gegeven. Volgens de

* Mr. I. Tax is advocaat bij Quint Legal te Rotterdam. Met dank aan mr. M.J. Siegers en mr. R.F. Hofstede (Quint Legal) voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. Zie <www.veb.net/artikel/04403/veel-gestelde-vragen-actie-sns> en <<http://nos.nl/artikel/470345-veb-doet-beroop-op-dijsselbloem.html>>.

Ondernemingskamer valt niet in te zien dat de uitoefening van de enquêtebevoegdheid door de onteigende aandeelhouders een zodanig ernstige belemmering vormt voor de minister in zijn streven SNS te stabiliseren en te reorganiseren, dat het zou opwegen tegen het recht om een enquête te verzoeken.

Een ander argument dat door SNS in dit kader naar voren is gebracht, is dat de Interventiewet voorziet in volledige schade-loosstelling van onteigende aandeelhouders, en dat de wetgever onteigende aandeelhouders niet op enige andere wijze heeft willen compenseren voor het verlies van aandeelhouders-rechten. De Ondernemingskamer is echter van oordeel dat deze voorziening geen beletsel vormt voor een enquêteprocedure.

Ten aanzien van het verweer van SNS dat verzoekers geen belang hebben bij een enquête omdat de Commissie ENS (de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS REAAL) al onderzoek heeft gedaan naar de gang van zaken 'in aanloop' naar de onteigening, en in het bijzonder naar aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, en daarover een 416 pagina's tellend rapport heeft uitgebracht, overweegt de Ondernemingskamer dat zij dat verweer, dat erop neerkomt dat verzoekers onvoldoende belang hebben bij hun enquêteverzoek, zo nodig in het vervolg van de procedure zal behandelen, namelijk indien in het kader van een belangenafweging aan de orde komt of een enquête daadwerkelijk moet worden bevolen.

3 Een nieuwe categorie van uitbreidingen op de kring van enquêtegerechtigden

De bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête komt slechts toe aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend (art. 2:346 en 2:347 van het Burgerlijk Wetboek, BW). In artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b en c BW wordt de enquêtebevoegdheid verleend aan aandeelhouders en certificaathouders die alleen of gezamenlijk voldoen aan de daarin opgenomen kapitaaleis. In hoofdlijnen komt die kapitaaleis erop neer dat bij een BV of een NV met een geplaatst kapitaal van minder dan EUR 22,5 miljoen een verzoeker (alleen of gezamenlijk) ten minste 10% van het kapitaal dient te vertegenwoordigen, en bij een geplaatst kapitaal van meer dan EUR 22,5 miljoen (zoals bij SNS het geval was) 1%. Voor de vraag of aan de kapitaaleis is voldaan, is het tijdstip van indienen van het verzoekschrift bepalend.² De kapitaaleis vindt zijn rechtvaardiging in de omstandigheid dat het instellen van een enquête om diverse redenen bezwarend is voor de desbetreffende vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarom wordt voor de toepassing van artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b en c BW een minimale steun van het verzoek verlangd, gemeten

aan het bezit van aandelen of certificaten van aandelen van de vennootschap.³

In eerdere jurisprudentie zijn al diverse uitbreidingen op de in artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b en c BW bedoelde enquêtebevoegdheid aanvaard. Voor de onteigende aandeelhouders van SNS is in dit verband in de eerste plaats van belang de uitbreiding die de Hoge Raad in de Slotervaart-beschikking⁴ heeft aanvaard. In die zaak heeft de Hoge Raad (in een overweging ten overvloede) overwogen dat verwaterde aandeelhouders die op het moment van indiening van het enquêteverzoek niet langer voldoen aan de kapitaaleis van artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b BW als gevolg van een emissie die aanleiding vormt voor het verzoek om een enquête, hun enquêtebevoegdheid *niet* verliezen. De relevante overweging luidt als volgt:

'De strekking van het enquêterecht brengt mee dat een aandeelhouder of certificaathouder, die als gevolg van een uitgifte van (certificaten van) aandelen niet langer voldoet aan de in art. 2:346 lid 1 aanhef en onder b BW bedoelde kapitaaleis, bevoegd is tot het indienen van een verzoek om een enquête in te stellen, mits het verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar die uitgifte en de verzoeker stelt dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte. Het enquêterecht strekt immers mede ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid.'⁵

De tussenbeschikking inzake SNS berust op dezelfde beschermingsgedachte. Met de SNS-beschikking gaat de Ondernemingskamer echter nog een stap verder. In de SNS-beschikking wordt enquêtebevoegdheid aangenomen (1) van partijen die *in het geheel* geen aandelen of certificaten meer hebben in de vennootschap waartegen het enquêteverzoek zich richt, (2) terwijl al vaststaat dat het verlies van dit aandeelhouderschap is gegrond op een rechtmatig en onomkeerbaar besluit. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft het beroep tegen het besluit tot onteigening van de aandeelhouders van SNS immers verworpen bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing. Dat heeft tot gevolg dat de Ondernemingskamer bij de onteigening van de aandeelhouders van SNS *moet* uitgaan van de rechtmatigheid en onomkeerbaarheid van die onteigening (op grond van de leer

2. Een uitzondering hierop geldt indien een van de verzoekers zijn verzoek nadien intrekt, als gevolg waarvan ten aanzien van de overige verzoekers niet meer is voldaan aan de kapitaaleis. In dat geval is er geen plaats voor een verdere beoordeling van het enquêteverzoek, zie HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0505, NJ 2011/306 (Hottinguer/Emba).

3. Zie HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0505, NJ 2011/306 (Hottinguer/Emba).
4. HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:BY7833, NJ 2014/296 (Slotervaartziekenhuis).
5. De Ondernemingskamer had eerder al een vergelijkbaar oordeel gegeven over de positie van verwaterde aandeelhouders in haar beschikkingen inzake Leather Design Van der Eerden (Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AG3795, JOR 2000/125) en inzake Amtrada (Hof Amsterdam (OK) 14 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP5179, ARO 2011/37).

van de formele rechtskracht⁶). De onteigende aandeelhouders zullen, ongeacht de uitkomst van de enquêteprocedure en ongeacht het antwoord op de vraag of sprake was van wanbeleid in de aanloop naar de onteigening, de onteigening niet ongedaan kunnen maken.

Deze verschillen maken dat de ‘onteigende aandeelhouders van SNS’ minder goed bij de letterlijke tekst van artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b of c BW en de ratio van de kapitaal aansluiten dan de ‘verwaterde aandeelhouders’ uit de Slotervaart-beschikking. Immers: artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b of c BW stelt zowel eisen aan de hoedanigheid van de verzoekende partij (het zijn van aandeelhouder/certificaathouder) als eisen aan de omvang van diens belang (de kapitaal-eis). In geval van onteigening is aan geen van deze vereisten voldaan, terwijl de verzoekende partij in een verwaterings-situatie de hoedanigheid van aandeelhouder of certificaathouder nog wel heeft behouden. Een naar mijn mening belangrijker verschil is dat ten aanzien van verwaterde aandeelhouders sprake is van een situatie die kan worden teruggedraaid (na eventuele vernietiging van het emissiebesluit – een definitieve voorziening die de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure mag treffen). In dat geval is sprake van een situatie waarin – achteraf bezien – alsnog gesproken kan worden van een enquêteverzoek dat gesteund wordt door een relevant deel van de kapitaalverstrekkers (de ratio van de kapitaal-eis). Bij SNS zal die situatie zich niet kunnen voordoen. In dit licht zou ook kunnen worden gesteld dat de belangen van de onteigende aandeelhouders van SNS bij de verzochte enquête, anders dan die van de verwaterde aandeelhouders in de Slotervaart-beschikking, louter vermogensrechtelijk van aard zijn. Volgens vaste jurisprudentie valt een puur vermogensrechtelijk geschil buiten de reikwijdte van de enquêteregeling.⁷

Het verlies van het aandeelhouderschap in SNS is echter, net als de verwatering die bij het verzoek tot een enquête bij het Slotervaartziekenhuis aan de orde was, mogelijk het gevolg van wanbeleid binnen de vennootschap, zij het dat in de situatie bij SNS slechts sprake is van een eventuele *indirecte* causaliteit, te weten: het mogelijke wanbeleid dat aanleiding was voor de toepassing van de Interventiewet. Deze bijzondere omstandigheid biedt een valide rechtvaardiging voor de conclusie dat de enkele omstandigheid dat de onteigende aandeelhouders in SNS geen aandeelhouder meer waren ten tijde van het indienen van het verzoek, niet reeds maakt dat zij hun enquêtebevoegdheid hebben verloren.

4 Verdere verankering nieuw enquête-doel

Diezelfde bijzondere omstandigheid maakt naar mijn mening ook dat geen sprake is van een situatie waarin sprake is van een louter vermogensrechtelijk geschil: het verzoek tot een enquête bij SNS past binnen de doeleinden van het enquêterecht. Traditioneel worden als doeleinden voor de enquête genoemd: opening van zaken, sanering van de onderneming, herstel van gezonde verhoudingen, vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid rust voor mogelijk wanbeleid en de preventieve werking die van een enquête uit kan gaan.⁸ Uit recentere rechtspraak, en in het bijzonder de hiervoor aangehaalde Slotervaart-beschikking, blijkt dat inmiddels ook (onder voorwaarden) de bescherming van aandeelhouders aan dat rijtje kan worden toegevoegd. In de Slotervaart-beschikking werd overwogen dat het enquêterecht mede dient ‘ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid’.⁹ Ook de SNS-beschikking gaat uit van datzelfde ‘nieuwe’ enquête-doel, dat daarmee verder wordt verankerd. In die beschikking overweegt de Ondernemingskamer immers uitdrukkelijk dat ‘het enquêterecht mede strekt ter bescherming van aandeelhouders tegen onjuist beleid dat hun (rechts)positie zodanig ondermijnt, dat een door hen ongewenst verlies van hun hoedanigheid van aandeelhouder het gevolg is’. ‘Machtsmisbruik door de meerderheid’ is uiteraard niet hetzelfde als een ‘onjuist beleid dat [de] (rechts)positie [van aandeelhouders] zodanig ondermijnt, dat een door hen ongewenst verlies van hun hoedanigheid van aandeelhouder het gevolg is’, maar in beide situaties is mogelijk sprake van wanbeleid.¹⁰ En dat is cruciaal: zonder mogelijk wanbeleid is er geen reden voor een enquête. En zonder mogelijk wanbeleid ontbreekt de rechtvaardiging voor het feit dat de vennootschap in beginsel de kosten van het onderzoek draagt (art. 2:350 lid 3 en 2:354 BW).

De omstandigheid dat bij SNS het verlies van aandeelhouderschap mogelijk het (indirecte) gevolg is van wanbeleid, maakt ook dat de positie van onteigende aandeelhouders van SNS *niet* kan worden gelijkgesteld met de positie van de verzoekende aandeelhouder in de Vlasveld-beschikking uit 1987.¹¹ In de Vlasveld-beschikking had de verzoeker zich op het moment van indienen van het enquêteverzoek reeds verplicht tot overdracht van zijn aandelenbelang en was de akte van levering bovendien al getekend. Onder die omstandigheden was de verzoeker volgens de Ondernemingskamer niet meer enquêtebevoegd, mede omdat de ‘positie van aandeelhouder in de

6. Op grond van de leer van de formele rechtskracht dient de rechter ervan uit te gaan dat het onteigeningsbesluit zowel wat betreft zijn inhoud als wat betreft de wijze van totstandkoming met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen in overeenstemming is, zie HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1802, NJ 2011/89 (All Round Shipping/Staat).

7. Zie HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, JOR 2005/295 (Unilever).

8. HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/465 (Ogem).

9. Ook in de Amtrada-zaak uit 2011 (Hof Amsterdam (OK) 14 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP5179, ARO 2011/37) had de Ondernemingskamer geoordeeld dat het enquêterecht mede strekt ter bescherming van minderheidsaandeelhouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid.

10. Zie Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:BD5633, JOR 2006/211 (Bonne Route), waaruit blijkt dat het handelen van een aandeelhouder onder omstandigheden ook valt aan te merken als beleid van de vennootschap.

11. Hof Amsterdam (OK) 9 juli 1987, ECLI:NL:GHAMS:1987:AC0956, NJ 1989/269 (Vlasveld).

betrokken vennootschap na de overdracht van de aandelen nimmer meer zal herleven’.

De Vlasveld-beschikking is omstreden en uit latere beschikkingen blijkt dat aandeelhouders die zich voorafgaand aan het indienen van het enquêteverzoek reeds hebben verbonden tot verkoop van hun belang in beginsel wél enquêtebevoegd zijn.¹² Maar los daarvan is in de Vlasveld-zaak, anders dan bij de onteigende aandeelhouders van SNS het geval was, sprake van een *vrijwillig* verlies van aandelen, en aldus niet een verlies dat mogelijk het gevolg is van wanbeleid.

Met het oordeel dat de enkele omstandigheid dat de onteigende aandeelhouders hun aandeelhouderspositie definitief hebben verloren *op zichzelf* niet reeds tot verlies van het enquêterecht heeft geleid, maakt de Ondernemingskamer een pragmatische keuze ten gunste van de onteigende aandeelhouders. Voor deze keuze zijn, zoals hiervoor uiteengezet, valide argumenten aan te voeren, maar de wettelijke basis voor deze keuze blijft erg mager en deze keuze strookt ook niet goed met de ratio van de kapitaaleis. Op even valide gronden had de Ondernemingskamer de onteigende aandeelhouders van SNS niet-ontvankelijk kunnen verklaren in hun enquêteverzoek.

Desalniettemin kan ik mij goed vinden in de door de Ondernemingskamer gemaakte keuze. Daarbij neem ik ook in aanmerking dat juist in die gevallen waarin de aandeelhouderspositie is aangetast door gebeurtenissen die mogelijk te wijten zijn aan de vennootschap, behoefte is aan het enquêterecht. Temeer nu andere – adequate – rechtsmiddelen om het beleid van de vennootschap te laten toetsen door een rechter ontbreken. Het onderzoek door de Commissie ENS kwalificeert immers niet als een rechterlijke toetsing. En de rechtsgangen die de Interventiewet bieden, strekken niet tot toetsing van het beleid van de vennootschap, terwijl de gevolgen van dat beleid mogelijk wel de (feitelijke) reden vormden voor het onteigeningsbesluit. Een partij behoort de reden waarom zij bepaalde rechten (onvrijwillig) heeft verloren naar mijn mening altijd te kunnen laten toetsen door een rechter, en zij dient dus niet om die reden niet-ontvankelijk te worden verklaard.

5 Doel en strekking van de Interventiewet: geen beletsel voor ontvankelijkheid

Na het maken van de bedoelde keuze was het nog maar een kleine stap naar het (vervolg)oordeel dat ook het doel en de strekking van de Interventiewet niet in de weg staan aan de enquêtebevoegdheid van de onteigende aandeelhouders van SNS. De Interventiewet zelf zwijgt over het antwoord op de vraag of de onteigende aandeelhouders enquêtegerechtigd blij-

ven na de onteigening. De Staat der Nederlanden heeft in zijn positie als belanghebbende in de enquêteprocedure betoogd dat met de Interventiewet niet is beoogd dat onteigende aandeelhouders een enquête kunnen verzoeken waarvan de kosten (indirect) voor rekening van de Staat komen. Een dergelijk standpunt van de Staat der Nederlanden als privaatrechtelijke partij (belanghebbende) in een enquêteprocedure kan bezwaarlijk worden aangemerkt als een uitlating van de wetgever over het doel en de strekking van de Interventiewet. Hoe dan ook geldt dat indien het uitgangspunt van de Ondernemingskamer juist is dat de onteigende aandeelhouders in beginsel enquêtegerechtigd zijn gebleven, het tevens juist is aan te nemen dat dit recht niet wordt ingeperkt door een mogelijke bedoeling van de wetgever die niet kenbaar is uit de wet of wetgeschiedenis. Indien de Ondernemingskamer voor een ander uitgangspunt had gekozen, zou ook het antwoord op deze (vervolg)vraag waarschijnlijk anders zijn uitgevallen.

Het feit dat de onteigende aandeelhouders van SNS de mogelijkheid hebben om op grond van de Interventiewet een schadeloosstellingsprocedure te entameren, vormt – zoals de Ondernemingskamer naar mijn mening terecht heeft geoordeeld (r.o. 3.25) – in ieder geval geen beletsel voor een enquêteprocedure. Een enquêteprocedure heeft immers, zoals hiervoor is toegelicht, een andere strekking en reikwijdte dan de rechtsgang die de Interventiewet biedt. Een enquête strekt niet tot het verkrijgen van een schadevergoeding, maar wel tot – onder meer – het verkrijgen van openheid van zaken en de bescherming van aandeelhouders tegen een onjuist beleid dat tot de situatie heeft geleid dat de aandeelhouder niet langer voldoet aan de kapitaaleis. Bovendien ziet een eventueel toe te kennen schadeloosstelling louter op de vergoeding van de werkelijke waarde van de onteigende aandelen op het tijdstip *onmiddellijk voorafgaande aan de onteigening*, en aldus niet op de mogelijke schade die het gevolg is van het – daaraan voorafgaande – beleid dat tot de onteigening heeft geleid, in welk verband de aandeelhouders er belang bij kunnen hebben dat in een enquête wordt vastgesteld bij wie de verantwoordelijkheid rust voor mogelijk blijvend wanbeleid in de periode voorafgaand aan de onteigening, hetgeen een ander valide enquête-doel is.¹³

De voorwaarden die in de SNS-beschikking en in de Slotervaart-beschikking zijn gesteld aan het toekennen van enquêtebevoegdheid aan aandeelhouders die – als gevolg van een onteigening respectievelijk aandelenemissie – niet meer voldoen aan de kapitaaleis, zijn vergelijkbaar. Kapitaalverstrekkers die op het moment van indiening niet meer voldoen aan de kapitaaleis kunnen, blijkens deze beschikkingen, in beginsel gebruik blijven maken van het enquêterecht, mits (1) zij voorafgaand aan een gebeurtenis die mogelijk kwalificeert als – of

12. Zie o.m. Hof Amsterdam (OK) 13 juni 1991, ECLI:NL:GHAMS:1991:AC3122, NJ 1991/669 (DHDH), Hof Amsterdam (OK) 31 maart 1994, ECLI:NL:GHAMS:1994:AD2084, NJ 1995/418 (Kluf DustriFood), Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AG3882, JOR 2001/208 (Merwerde Holding) en Hof Amsterdam (OK) 28 december 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV5759, JOR 2006/67 (Broerse Beleggingen).

13. Het is, gelet op het leerstuk van de afgeleide schade, overigens nog maar zeer de vraag of onteigende aandeelhouders gerechtigd zouden zijn om in een eventuele vervolprocedure een vordering in te stellen tegen bijv. voormalig bestuurders van SNS tot vergoeding van schade die het gevolg is van wanbeleid dat tot de onteigening heeft geleid.

het gevolg is van – wanbeleid voldeden aan de voorwaarden van artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b of c BW, (2) het verzoek mede betrekking heeft op een onderzoek naar die gebeurtenis en (3) gesteld wordt dat de gang van zaken rondom die gebeurtenis een feitelijke grond vormt voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de betrokken vennootschap. Indien de SNS-beschikking standhoudt, zullen deze voorwaarden ook kunnen worden toegepast in situaties waarin het enquêteverzoek wordt ingediend door kapitaalverstrekkers van banken en vermogensinstellingen die op basis van de recente Europese richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Bank Recovery and Resolution Directive¹⁴) worden onteigend: ook deze richtlijn voorziet in de toepassing van nationalisatie als ultimum remedium.

De vraag rijst of een verzoeker alsnog niet-ontvankelijk dient te worden verklaard wegens het ontbreken van enquêtebevoegdheid indien – uiteindelijk – geoordeeld wordt dat er geen gronden zijn om te twifelen aan een juist beleid. Ik zou menen dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord: de ontvankelijkheidsvraag gaat vooraf aan het oordeel over de toewijsbaarheid van de verzochte enquête en het dient de rechtszekerheid indien verzoekers die ontvankelijk zijn bevonden deze status behouden, ongeacht de beslissing over de vraag naar wanbeleid in een latere fase van dezelfde procedure. Deze discussie lijkt overigens slechts van theoretisch belang, want voor partijen zelf zal het, in de bedoelde situatie, weinig uitmaken of een enquêteverzoek uiteindelijk strandt op een gebrek aan enquêtebevoegdheid of op een gebrek aan redenen om aan een juist beleid te twifelen.

Een andere vraag die in dit verband kan worden gesteld, is in hoeverre het geven van instemming of goedkeuring aan de externe gebeurtenis die ertoe heeft geleid dat de verzoeker niet langer aan de kapitaaleis voldoet, in de weg staat aan het aannemen van enquêtebevoegdheid – denk aan de situatie dat een aandeelhouder heeft ingestemd met het emissiebesluit dat tot de verwatering onder de relevante kapitaalgrens heeft geleid. Het komt mij voor dat in dat geval hogere eisen aan de stelplicht van de verzoeker mogen worden gesteld, in die zin dat hij tevens onderbouwt dat en waarom, ondanks zijn instemming, toch sprake is van een situatie waarin het niet meer voldoen aan de kapitaaleis het gevolg is van een gebeurtenis die kwalificeert als een feitelijke grond voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de betrokken vennootschap. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de instemming van de verzoeker is verkregen op basis van onvolledige of onjuiste informatie. Het spreekt naar mijn mening voor zich

dat de vraag of is ingestemd met de gebeurtenis waarop het enquêteverzoek is gebaseerd, hoe dan ook een rol zal spelen bij de vraag of verzoekers hun recht om een enquête te verzoeken hebben verwerkt c.q. of zij voldoende belang hebben bij de verzochte enquête, en voorts bij de vraag of sprake is van wanbeleid.¹⁵

6 Andere uitbreidingen op de (in beginsel) gesloten kring van enquêtegerechtigden

Er is in de rechtspraak ook nog een *andere* categorie uitbreidingen op de – in beginsel gesloten – kring van enquêtegerechtigden aanvaard. Die uitbreiding ziet op de (achterliggende) economisch gerechtigden tot aandelen of certificaten. Zij kunnen, op basis van de ‘economische werkelijkheid’, onder omstandigheden ook een beroep doen op de in artikel 2:346 lid 1 aanhef en onderdeel b of c BW bedoelde enquêtebevoegdheid.

De door de ‘economische werkelijkheid’ ingegeven categorie uitbreidingen kan in twee situaties worden onderscheiden. De eerste situatie ziet op de zogenoemde ‘concernenquête’ op grond waarvan – samenvattend – aandeelhouders van een moedermaatschappij tevens een enquête kunnen verzoeken in de dochtermaatschappij indien (1) binnen de (klein)dochtermaatschappij geen sprake is van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid, en (2) zowel ten aanzien van de moedervennootschap als ten aanzien van de (klein)dochtervennootschap(s) sprake is van een situatie waarin gegronde redenen bestaan om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.¹⁶ Ook in de SNS-kwestie is om een concernenquête verzocht: het enquêteverzoek had niet alleen betrekking op SNS, maar tevens op haar 100% dochtervennootschap SNS Bank N.V. en 100% kleindochtervennootschap Propertize B.V. Het verzoek om de enquête uit te breiden naar Propertize B.V. werd door de Ondernemingskamer afgewezen op de grond dat ‘niet kan worden aangenomen dat het bestuursbeleid bij Propertize niet zelfstandig werd bepaald en gevoerd ten opzichte van SNS’. Met betrekking tot de vraag of ten aanzien van 100% dochtervennootschap SNS Bank N.V. is voldaan aan de vereisten voor het gelasten van een concernenquête acht de Ondernemingskamer het debat nog niet voltooid, en die beslissing is aldus aangehouden.

De tweede groep door de economische werkelijkheid ingegeven uitbreidingen heeft betrekking op gevallen waarin degene die het enquêteverzoek instelt weliswaar geen aandeelhouder of certificaathouder is, maar wel risicodragend kapitaal heeft

14. Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en Verordeningen (EU) 1093/2010 en (EU) 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173).

15. Uit de Cancun-beschikking (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, JOR 2014/290) blijkt dat ook in situaties waarin de verzoekende aandeelhouder heeft ingestemd met een verwatering van zijn (indirecte) belang, die verwatering grond kan vormen voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de betrokken vennootschap.

16. Zie o.m. HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, NJ 2003/486 (Scheipar), HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6077, NJ 2010/665 (Butôt) en HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7833 (Chinese Workers).

verschafft aan de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft. Hiervoor geldt – samenvattend – het criterium dat sprake moet zijn van een situatie waarin het economisch belang van de verzoeker in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, *gelijk te stellen is* met dat van een (direct) aandeelhouder of certificaathouder.¹⁷ Het enkele feit dat een verzoeker een indirect belang heeft in de betrokken vennootschap, is daarvoor niet voldoende.¹⁸ De VEB heeft bij de onderbouwing van haar enquêteverzoek ook een beroep gedaan op deze laatste door de economische werkelijkheid ingegeven uitbreiding. Betoogd werd dat het economisch belang van de onteigende aandeelhouders van SNS gelijk is te stellen met het belang van een aandeelhouder, althans gelijk valt te stellen met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder in een faillissement. De Ondernemingskamer is aan de beoordeling van deze stelling niet toegekomen omdat zij de enquêtebevoegdheid van de onteigende aandeelhouders van SNS al op andere gronden had aanvaard. Het komt mij voor dat ingeval de Ondernemingskamer bij de vraag naar de enquêtebevoegdheid van de onteigende aandeelhouders van SNS wél doorslaggevende betekenis zou hebben toegekend aan het verlies van aandeelhouderschap (en aldus een andere keuze had gemaakt), een beroep op de ‘economische werkelijkheid’ de onteigende aandeelhouders niet zou hebben kunnen baten. Indien het gebrek aan aandeelhouderschap doorslaggevend zou zijn, dan kan een beroep op de ‘economische gerechtigheid’ tot de aandelen dat gebrek niet helen. Die economische gerechtigheid is, net als het aandeelhouderschap, immers verloren gegaan met de onteigening.

7 Afsluiting

De beslissing van de Ondernemingskamer is een tussenbeschikking. De Ondernemingskamer heeft in haar tussenbeschikking bepaald dat tussentijds cassatieberoep kan worden ingesteld van de tussenbeschikking, en het is, gelet op het principiële karakter van de beschikking, mijn verwachting dat hiervan gebruik zal worden gemaakt. De keuze van de Ondernemingskamer om de onteigende aandeelhouders van SNS wél enquêtebevoegd te achten, spreekt aan en deze keuze kan worden gerechtvaardigd door dezelfde beschermingsgedachte die de Hoge Raad in de Slotervaart-beschikking reeds heeft aanvaard. Dit weegt in mijn visie op tegen de magere wettelijke basis voor deze keuze en de zwakke aansluiting bij de ratio van de kapitaalreis. Hopelijk denkt de Hoge Raad hier ook zo over.

17. Zie o.m. HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899, JOR 2005/58 (Landis) en Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2492, ARO 2014/35 (Polderland Groep Onroerendgoed).

18. HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4943, NJ 2011/338 (TESN) en HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:BY7833, NJ 2014/296 (Slotervaartziekenhuis).