

## Woord vooraf

Dit boek is het resultaat van het promotieonderzoek van Floor Eikelboom. Het gaat over de (onmiddellijke) voorzieningen die de ondernemingskamer kan treffen in het kader van de enquêteprocedure. Huub Willems en Martin van Olffen waren de promotoren. De openbare verdediging van dit proefschrift vond plaats op 26 juni 2017.

De leidraad van dit onderzoek is dat (onmiddellijke) voorzieningen dienen om onverantwoord gedrag van rechtspersonen tegen te gaan. Er is dan ook veel aandacht voor de vraag hoe een juridische constructie als de rechtspersoon gedrag kan vertonen. Nadat de factoren waaruit dit gedrag ontstaat, zijn beschreven, wordt uitgelegd hoe deze kunnen worden gemanipuleerd door middel van (onmiddellijke) voorzieningen. Personen, die het gedrag van rechtspersonen kunnen bepalen, kunnen (tijdelijk) worden vervangen en regels die het (ontstaan van) het gedrag van rechtspersonen vormgeven, kunnen (tijdelijk) worden gewijzigd. Het idee is dat daardoor beter gedrag ontstaat.

Deze vorm van gedragstherapie voor rechtspersonen is echter niet zonder complicaties. Achter de factoren die het gedrag van rechtspersonen bepalen, gaan namelijk ideeën en belangen schuil. De aandeelhouders(vergadering) kunnen (kan) bijvoorbeeld veelal bepalen wie de bestuurders zijn, omdat vertrouwen tussen de aandeelhouders en het bestuur als essentieel wordt gezien. Dat vertrouwen kan verdwijnen als de ondernemingskamer de zittende bestuurders buitenspel zet en tijdelijke vervangers aanstelt. Dit onderzoek zet uiteen hoe dergelijke omstandigheden meewegen in de belangenafweging die moet plaatsvinden alvorens (onmiddellijke) voorzieningen kunnen worden getroffen.

Om te beschrijven hoe (onmiddellijke) voorzieningen doorwerken in (het gedrag van) de rechtspersoon en welke complicaties dat meebrengt, gaat Eikelboom in op een veelheid aan rechtsvragen, leerstukken en rechtsgebieden, variërend van ondernemingsrecht tot goederenrecht tot mensenrechten, van concordantiebeginsel tot wilsautonomie en van (staats)aansprakelijkheid tot reële executie en giraal effectenverkeer. Het brede scala aan potentiële (onmiddellijke) voorzieningen wordt aldus geplaatst in de gevarieerde context waarin deze ingrijpen. Deze context bestaat deels uit nationale wetgeving, die enerzijds de belangen van stakeholders (zoals crediteuren, werknemers en (minderheids)aandeelhouders) beoogt te beschermen en de economie poogt te bevorderen, maar anderzijds ook de ruimte biedt aan gebruikers van rechtspersonen om naar eigen inzicht persoonlijke of ideële belangen te dienen. Daarnaast spelen ook internationale regelingen een rol. Het gaat daarbij om mensenrechten die voorwaarden stellen aan (onmiddellijke) voorzieningen die ‘raken aan de

## WOORD VOORAF

portemonnee', of het recht van burgers om zich te organiseren zonder overheidsbemoeienis. Ook het EU-recht stelt paal en perk aan (onmiddellijke) voorzieningen op terreinen waarop het recht van de lidstaten is geharmoniseerd.

Aldus benadert dit onderzoek (onmiddellijke) voorzieningen vanuit de dogmatiek. Daarin onderscheidt het zich van veel andere publicaties over enquête-recht. Dat neemt niet weg dat in dit onderzoek veel aandacht is voor de praktijk. In kaart wordt gebracht wat de aandeelhouder en (al dan niet geschorste) bestuurders ondervinden als (onmiddellijke) voorzieningen worden getroffen, alsmede hoe tijdelijk door de ondernemingskamer aangestelde functionarissen in de praktijk functioneren en met welke moeilijkheden zij zich geconfronteerd zien. Tevens is er aandacht voor de vraag hoe effectief de oplossingen zijn die (onmiddellijke) voorzieningen bieden.

Naast een beschrijving van de jurisprudentie behandelt Eikelboom ook een aantal in de rechtspraak (en literatuur) nog onbeantwoorde rechtsvragen. Een voorbeeld daarvan is hoofdstuk 12 waarin uiteen wordt gezet welke rechtsgevolgen het heeft als een beschikking waarin een (onmiddellijke) voorziening is getroffen, wordt vernietigd. Een ander voorbeeld is paragraaf 13.3, die de vraag beantwoordt in hoeverre aandeelhouders door middel van de (onmiddellijke) voorziening 'tijdelijk afwijken van de statuten' kunnen worden gebonden aan verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard.

Bij dit alles geeft Floor Eikelboom blijk van een originele kijk op de behandelde materie en schuwt hij de controverse niet. Dit onderzoek vormt daarmee een mooie basis voor verdere discussie en rechtsontwikkeling.

Graag nemen wij dit proefschrift op in de reeks van Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen en de Erasmus Universiteit Rotterdam.

M.J. Kroeze  
J.B. Wezeman

# Inhoud

<b>Woord vooraf</b>	V
<b>Hoofdstuk 1. Inleiding</b>	1
1.1 Wat wordt onderzocht (en wat niet)	1
1.1.1 Het onderwerp van dit onderzoek	1
1.1.2 Beperkingen van dit onderzoek	2
1.1.2.1 Beperkte bespreking bepaalde (onmiddellijke) voorzieningen	2
1.1.2.2 NV en BV	2
1.1.2.3 Geen procesrechtelijke aspecten	2
1.1.2.4 Het beoordelen van beleid	3
1.2 Methode van onderzoek	4
1.2.1 Algemeen	4
1.2.2 Enige toetsingskaders	5
1.2.2.1 Inbedding in het nationale recht	5
1.2.2.2 Inbedding in internationale en interregionale verhoudingen	5
1.2.2.3 Absolute bevoegdheid	6
1.2.3 Enige overige onderzoeksinstrumenten	6
1.2.3.1 Vergelijking met redelijkheid en billijkheid	6
1.2.3.2 Primaire, secundaire, tertiaire gevolgen	7
1.3 Geraadpleegde bronnen	8
1.3.1 Geraadpleegde bronnen	8
1.3.2 Voorbehoud ten aanzien van de bevindingen in dit onderzoek	9
1.3.3 Betrokkenheid als advocaat	10
1.3.4 Voortborduren op eerdere publicaties	10
1.3.5 Verwijzingen naar EHRM rechtspraak	11
1.4 Indeling	11
1.4.1 Algemeen/eerste luik	11
1.4.2 Tweede luik	12
1.4.2.1 Onderwerp	12
1.4.2.2 Hoofdstuk 4	13
1.4.2.3 Hoofdstukken 5, 6 en 7	13
1.4.3 Derde luik	15
1.4.3.1 Onderwerpen	15
1.4.3.2 Hoofdstuk 8	15
1.4.3.3 Hoofdstuk 9	16

## INHOUD

1.4.3.4	Hoofdstuk 10	16
1.4.3.5	Hoofdstuk 11	17
1.4.3.6	Hoofdstuk 12	18
1.4.4	Vierde en vijfde luik	18
1.4.4.1	Onderwerp en opbouw	18
1.4.4.2	Hoofdstuk 13	19
1.4.4.3	Hoofdstuk 14	19
1.4.4.4	Hoofdstuk 15	19
1.4.4.5	Hoofdstuk 16	19
1.4.4.6	Hoofdstuk 17	20
1.4.4.7	Afsluiting	20
<b>Eerste luik</b>		
<b>Hoofdstuk 2. De enquêteprocedure</b>		23
2.1	Inleiding	23
2.2	De doelstellingen en kern van het enquêterecht	23
2.2.1	Doeleinden en strekking enquêterecht	23
2.2.2	Herstel persoonlijke verhoudingen is geen doel op zich	26
2.2.3	Het onderzoek als de kern van het enquêterecht	27
2.2.4	Gemengde geschillen	29
2.2.5	Hoe bijzonder is de enquêteprocedure?	30
2.2.6	Tussenconclusie	32
2.3	De ondernemingskamer	33
2.3.1	Samenstelling en absolute bevoegdheid	33
2.3.2	De ondernemingskamer is minder lijdelijk dan de gewone civiele rechter	33
2.4	Een grove schets van enquêtegeschillen	36
2.4.1	Typen enquêtes	36
2.4.2	Een illustratie van de misstanden waartegen de ondernemingskamer optreedt	36
2.5	Het voorwerp van de enquêteprocedure	39
2.5.1	De rechtspersonen waarop het enquêterecht van toepassing is	39
2.5.2	Toerekening van wanbeleid en de rol van de organen	40
2.6	Procespartijen en bevoegdheden	43
2.6.1	Categorieën procespartijen	43
2.6.2	Enquêtegerechtigden	45
2.6.2.1	Bevoegdheden	45
2.6.2.2	Rechtstreeks uit de wet blijvende enquêtegerechtigden	45
2.6.2.3	In de jurisprudentie aangenomen verruimingen van enquêtegerechtigdheid	46
2.6.2.4	Enquêtegerechtigdheid en de concernenquête	48
2.6.3	Belanghebbenden	48
2.6.3.1	Bevoegdheden belanghebbenden	48
2.6.3.2	Wie is belanghebbende	49

## INHOUD

2.6.4	Tijdelijke bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen	50
2.6.5	Conclusie ten aanzien van partijen en hun bevoegdheden	51
2.7	De enquêteprocedure	51
2.7.1	De fases van de enquêteprocedure	51
2.7.2	De enquêteprocedure als samenstel van verzoekschriftprocedures	53
<b>Hoofdstuk 3. Wetsgeschiedenis</b>		55
3.1	Indeling	55
3.2	De rol van (onmiddellijke) voorzieningen in de ontwikkeling van het enquêterecht	55
3.3	De invoering van de mogelijkheid van eindvoorzieningen	57
3.3.1	Doelstellingen van het enquêterecht en eindvoorzieningen	57
3.3.2	Vennootschaps- of ondernemingskamer?	58
3.3.3	De in 1971 gecreëerde eindvoorzieningen	60
3.3.4	Intermezzo: de stand van het recht in 1971 en de daarop volgende aanpassingen	61
3.4	De uitbreiding van art. 2:356 BW met aandelenoverdracht ten titel van beheer	62
3.4.1	Voorziening jegens aandeelhouders als logisch sluitstuk wijzigingen in 1971	62
3.4.2	Een summier toegelicht wetsvoorstel	62
3.4.3	Een weinig doordacht wetsvoorstel	63
3.4.4	Onduidelijkheden rond de overdracht	64
3.5	Invoering van onmiddellijke voorzieningen	64
3.6	Aanpassing van het enquêterecht 2013	65
3.7	Wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek en (onmiddellijke) voorzieningen	66
3.8	Tussenconclusie	68
<b>Tweede luik</b>		
<b>Hoofdstuk 4. De factoren die het gedrag van rechtspersonen bepalen</b>		73
4.1	Inleiding	73
4.2	Gedrag van de rechtspersoon = regels x personen	73
4.2.1	Hoe gedrag van rechtspersonen ontstaat	73
4.2.2	De deelrechtsorde	75
4.2.3	Organen en bevoegdheden	75
4.2.3.1	Organen	75
4.2.3.2	Bevoegdheden van organen	77
4.2.3.3	De verdeling van bevoegdheden over de organen	77
4.2.3.4	De blauwdruk van de wetgever	78
4.2.4	Het nemen van beslissingen binnen organen	79
4.2.4.1	Besluitvorming bij meerderheid	79
4.2.4.2	Waarborgen ten aanzien van de partijautonomie	80

## INHOUD

4.2.5	Het verkrijgen en behouden van stemrechten in een orgaan	82
4.2.5.1	Inleiding	82
4.2.5.2	Het verkrijgen van stemrecht in de aandeelhoudersvergadering	82
4.2.5.3	Het verkrijgen van stemrecht in de raad van bestuur en commissarissen	84
4.2.5.4	Tussenconclusie par. 4.2.5	85
4.2.6	De gang van zaken in de vennootschap is afhankelijk van de binnen de rechtspersoon aanwezige regels en personen	86
4.2.6.1	Tussenconclusie par. 4.2.3 en 4.2.5	86
4.2.6.2	Daadwerkelijke personen in de organen van de rechtspersoon	87
4.2.6.3	Beïnvloeding orgaanleden door regels	89
4.2.7	Typen gedragsnormen en stakeholdersmodel	90
4.2.7.1	Inleiding	90
4.2.7.2	Algemene gedragsnormen, eigen belang en stakeholdersmodel	91
4.2.7.3	Specifieke (rechtspersoonrechtelijke) gedragsnormen	93
4.2.7.4	Contractuele gedragsnormen	95
4.2.7.5	Gedragsnorm en normadressaat	96
4.2.7.6	Relativering van gedragsnormen	97
4.2.8	Het handhaven van gedragsnormen	98
4.2.8.1	Het handhaven van gedragsnormen door middel van zelfregulering binnen de vennootschap	98
4.2.8.2	Sancties op het overtreden van gedragsnormen	99
4.2.9	Vennootschap en werknemersvertegenwoordiging	100
4.3	De regels van de deelrechtsorde	100
4.3.1	De aard van de regels van de deelrechtsorde	101
4.3.1.1	Inleiding	101
4.3.1.2	De (hiërarchie van) rechtspersoonrechtelijke regels	101
4.3.1.3	De verhouding tussen de rechtspersoonrechtelijke regels en contractuele regels van de deelrechtsorde	101
4.3.2	De werking van de hiërarchie van het rechtspersonenrecht	105
4.3.2.1	Inleiding	105
4.3.2.2	Regels van internationaal rechtspersonenrecht	105
4.3.2.3	De dwingendrechtelijke bepalingen van Boek 2 BW	107
4.3.2.4	De lagere regels van de deelrechtsorde	108
4.3.2.5	Ongeschreven recht	108
4.4	De regels van de deelrechtsorde en (de grenzen van de) partijautonomie	112
4.4.1	Inleiding	112
4.4.2	Dwingendrechtelijke bepalingen van het internationale recht	113
4.4.3	Dwingende bepalingen van nationaal recht	114
4.4.3.1	Inleiding en wetsgeschiedenis	114
4.4.3.2	Waarborgfunctie	115
4.4.3.3	Doelgebonden rechtsbetrekking	117
4.4.3.4	Doelmatigheid	119
4.4.3.5	Eigen gezicht/wezenskenmerken type rechtspersoon	121

## INHOUD

4.4.4	Inrichtingsvrijheid	122
4.4.4.1	De aard van de inrichtingsvrijheid	122
4.4.4.2	Historische ontwikkeling en opvatting wetgever	124
4.4.4.3	Het vertrouwensbeginsel	127
4.4.4.4	De inrichtingsvrijheid in de enquêterechtspraak	128
4.4.5	Wilsautonomie	129
4.5	De werking van de redelijkheid en billijkheid binnen de deelrechtsorde	131
4.5.1	Hoe werkt de redelijkheid en billijkheid?	131
4.5.1.1	Het fenomeen van de redelijkheid en billijkheid	131
4.5.1.2	Toepassingsbereik	133
4.5.1.3	De functies van de redelijkheid en billijkheid	134
4.5.1.4	De rol van de rechter	136
4.5.2	Wat is redelijk en billijk?	137
4.5.2.1	Open norm en willekeur	137
4.5.2.2	Art. 3:12 BW	137
4.5.2.3	De concrete rechtsverhouding tussen partijen	139
4.5.2.4	In de jurisprudentie ontwikkelde gezichtspunten	142
4.5.3	De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid	143
4.6	Analyse	144
4.6.1	Tussenconclusie	144
4.6.2	Rechtszekerheid en enquêterecht	145
 <b>Hoofdstuk 5. Mensenrecht van ongestoord genot van eigendom</b>		 147
5.1	Inleiding	147
5.2	De betekenis van art. 1 EP	147
5.2.1	Het mensenrecht van ongestoord genot van eigendom in een notendop	147
5.2.2	Toegevoegde waarde art. 1 EP	149
5.3	Wanneer is art. 1 EP van toepassing bij het treffen van (onmiddellijke) voorzieningen	151
5.3.1	Geen verplichting tot ambtshalve toepassen art. 1 EP	151
5.3.2	Eigendom in de zin van art. 1 EP	151
5.3.3	Inmenging in het recht van eigendom: algemeen	153
5.3.3.1	Wanneer is sprake van een inmenging?	153
5.3.3.2	Uitzondering: geen economisch nadeel	154
5.3.3.3	De werking van het privaatrecht als inmenging	155
5.3.4	Categorieën inmengingen	155
5.3.5	Inmengingen in art. 1 EP in het kader van de enquêteprocedure	156
5.3.5.1	Aandelen als eigendomsrecht	157
5.3.5.2	Inmengingen eigendomsrechten van aandeelhouders	158
5.3.5.3	Eigendom en het zijn van bestuurder en commissaris	160
5.3.5.4	Het eigendom van vennootschap die voorwerp is van enquête	161
5.3.5.5	Samenloop eigendomsrechten vennootschap en aandeelhouders	162

## INHOUD

5.3.5.6	Eigendomsrechten van personen die niet bij de organisatie van de vennootschap zijn betrokken	162
5.3.5.7	Ontneming of regulering?	163
5.4	De toets van art. 1 EP	164
5.4.1	Het voorzien-bij-wet-vereiste	164
5.4.2	Het algemeen belang vereiste	165
5.4.2.1	De rechtspraak van het EHRM	165
5.4.2.2	Algemeen belang vereiste en (onmiddellijke) voorzieningen	167
5.4.3	Het proportionaliteitsvereiste	169
5.4.3.1	Wanneer is een inmenging (dis)proportioneel?	169
5.4.3.2	Proportionaliteit en bewarende maatregelen	170
5.4.3.3	Compensatie als voorwaarde voor proportionaliteit	171
5.4.3.4	Duur van de inmenging?	173
5.5	Waarborgen tegen rechtsinbreuken	174
5.5.1	Inleiding	174
5.5.2	Overzicht van rechtspraak	175
5.5.2.1	Inleiding	175
5.5.2.2	Positieve verplichtingen en gevaarlijke activiteiten	176
5.5.2.3	Positieve verplichtingen en geschillen tussen private partijen	177
5.5.2.4	Het <i>Zolotas</i> -arrest	179
5.5.3	Analyse	180
<b>Hoofdstuk 6.</b>	<b>De vrijheid van vereniging</b>	<b>183</b>
6.1	Opbouw en verhouding tot hoofdstuk 4 en 5	183
6.2	De vrijheid van vereniging	184
6.2.1	De geboden bescherming	184
6.2.2	De toets van art. 11 lid 2 EVRM	185
6.3	Het toepassingsbereik van art. 11 EVRM	185
6.3.1	Vereniging in de zin van art. 11 EVRM	185
6.3.2	Commerciële rechtspersonen	189
6.3.3	Tussenconclusie	190
6.4	Necessary in a democratic society	191
6.4.1	Nodig of noodzakelijk?	191
6.4.2	Wanneer is een inmenging necessary in a democratic society?	192
6.4.3	Commerciële activiteiten: art. 11 EVRM, of art. 1 EP?	192
6.4.4	De margin of appreciation in enquêteprocedures	194
6.5	Inmengingen in de vrijheid van vereniging en enquêterecht	194
6.5.1	Inleiding	194
6.5.2	Inrichtingsvrijheid en (onmiddellijke) voorzieningen	195
6.5.2.1	Inrichtingsvrijheid en art. 11 EVRM	195
6.5.2.2	Inrichtingsvrijheid en (onmiddellijke) voorzieningen	196
6.5.3	Benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen	198



## INHOUD

6.5.4	Het recht om zich niet te verenigen	198
6.5.4.1	De beslotenheid van de vereniging in de zin van art. 11 EVRM	198
6.5.4.2	Art. 11 EVRM en vijandige overnames	200
6.5.5	Ontbinding van een rechtspersoon	201
6.6	Tot slot	202
 <b>Hoofdstuk 7. EU-recht</b>		 203
7.1	Inleiding	203
7.2	Uit EU-richtlijnen voortvloeiende verplichtingen	204
7.2.1	EU-richtlijnen en nationale regelgeving	204
7.2.2	Richtlijn conforme toepassing van art. 2:349a lid 2 BW en art. 2:355/6 BW	205
7.2.3	Richtlijnconforme uitleg van statuten, reglementen en aandeelhoudersovereenkomsten	206
7.2.4	Richtlijnconforme uitleg van onverplicht geharmoniseerd BV-recht	207
7.3	Handvest en de vrijheid van ondernemerschap	209
7.3.1	Inleiding	209
7.3.2	De vrijheid van ondernemerschap	210
7.3.3	De werking van het Handvest	211
7.3.4	Gebruikers van de BV hebben potentieel minder mensenrechten	212
7.4	Afwijken van EU-richtlijnen	212
7.4.1	Inleiding	212
7.4.2	Complicaties in de verhouding EU-recht en art. 2:8 BW, in het bijzonder lid 2	213
7.4.3	Afwijken van EU-recht op grond van EU-recht	214
7.5	Prejudiciële vragen	217
7.5.1	De verplichting tot het stellen van prejudiciële vragen	217
7.5.2	Het dilemma bij het stellen van prejudiciële vragen in spoedeisende gevallen	217
7.6	Twee voorbeelden van het EU-recht in de rechtspraak van de Ondernemingskamer	218
7.6.1	De <i>Cryo-Save</i> -beschikking	218
7.6.2	Noodzaakfinanciering	220
7.6.2.1	Verleggen emissiebevoegdheid	220
7.6.2.2	Passeren voorkeursrecht	222
7.6.2.3	De achterdeur van tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer	223
7.6.2.4	Handvest	223
7.6.2.5	Derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid	224

## INHOUD

### Derde luik

<b>Hoofdstuk 8.</b>	Waarop zijn (onmiddellijke) voorzieningen gericht en wat zijn de rechtsgevolgen	229
8.1	Opbouw	229
8.2	Ruime bevoegdheden, beperkingen en het verbod van willekeur	230
8.2.1	Vrijheden en beperkingen bij het treffen van (onmiddellijke) voorzieningen	230
8.2.2	Verbod van willekeur	230
8.3	Eindvoorzieningen	231
8.3.1	Waarop zijn eindvoorzieningen gericht?	231
8.3.2	Welke eindvoorzieningen zijn mogelijk en wat zijn hun gevolgen?	232
8.3.2.1	De limitatieve opsomming in de wet	232
8.3.2.2	De essentie van de rechtsgevolgen van eindvoorzieningen	232
8.3.2.3	Vervolg: primaire, secundaire en tertiaire gevolgen	233
8.3.2.4	Vergelijking met de redelijkheid en billijkheid	235
8.3.2.5	Eindvoorzieningen en aandeelhoudersbevoegdheden	237
8.3.3	Hoe eindvoorzieningen wanbeleid (niet) kunnen verhelpen	238
8.3.3.1	Maatregelen van reorganisatorische aard	238
8.3.3.2	Een praktijkvoorbeeld	239
8.3.3.3	Het geven van vingerwijzingen is in de praktijk onvermijdbaar	240
8.3.3.4	Geen gedwongen reorganisatie als de betrokken rechtspersoon zelf ingrijpt	240
8.3.3.5	De ondernemingskamer kan slechts tijdelijk ingrijpen	241
8.3.3.6	Het beperkte nut van het reorganiseren van de (vennootschappelijke) organisatie	243
8.3.3.7	Intermezzo: iets over het kiezen van interpretaties van de wet	246
8.3.4	De onderneming van de betrokken rechtspersoon	247
8.3.5	Wanbeleid verhelpen in ruime zin	248
8.4	Onmiddellijke voorzieningen	249
8.4.1	Inleiding	249
8.4.2	Tijdelijk karakter en onomkeerbare gevolgen	249
8.4.2.1	Tijdelijk karakter	249
8.4.2.2	Onomkeerbare gevolgen	250
8.4.3	De doelstellingen van onmiddellijke voorzieningen als beperkende factor	252
8.4.3.1	Inleiding	252
8.4.3.2	Onmiddellijke voorzieningen in verband met de toestand van de rechtspersoon	253
8.4.3.3	Onmiddellijke voorzieningen in het belang van het onderzoek	257

## INHOUD

8.4.3.4	Zijn er wel twee gronden voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen?	259
8.4.3.5	Geen zuiver ordenende onmiddellijke voorzieningen	260
8.4.4	Verhouding tot art. 3:296 BW	261
8.4.4.1	Invloed op vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen	261
8.4.4.2	Instructies aan tijdelijk aangestelde functionarissen	263
8.4.5	Een tweetal randgevallen	263
8.4.5.1	De <i>Bonne Route</i> -beschikking	263
8.4.5.2	De <i>VLVDL</i> -beschikking	265
8.5	Het regelen van de gevolgen van voorzieningen	267
8.5.1	Inleiding	267
8.5.2	Geregelde versus niet geregelde (rechts)gevolgen	268
8.5.2.1	Inleiding	268
8.5.2.2	Primaire, secundaire en tertiaire gevolgen	268
8.5.3	Wetsgeschiedenis	269
8.5.4	Literatuur	271
8.5.5	Vragen naar aanleiding van het in de literatuur gehuldigde standpunt	272
8.5.6	Rechtspraak	273
8.5.7	Inspiratie uit vermogensrechtelijke bepalingen	275
8.6	Dwangsom, lijfswang en reële executie	276
8.6.1	Inleiding	276
8.6.2	Dwangsom	277
8.6.3	Lijfswang	278
8.6.4	Reële executie	278
8.6.4.1	Inleiding	278
8.6.4.2	Reële executie: algemeen	279
8.6.4.3	Reële executie en geboden in het kader van de enquêteprocedure	281
8.6.4.4	Dwangvertegenwoordiging	282
8.6.4.5	Verhouding tussen dwangvertegenwoordigers en andere tijdelijk aangestelde functionarissen	282
8.7	Partijperikelen	283
8.7.1	Inleiding	283
8.7.2	Veroorzaking en toerekening van wanbeleid	283
8.7.3	Voor welke partijen kunnen (onmiddellijke) voorzieningen rechtsgevolgen hebben	284
8.7.3.1	Eindvoorzieningen	284
8.7.3.2	Het regelen van de gevolgen van voorzieningen	286
8.7.3.3	Onmiddellijke voorzieningen	287

## INHOUD

<b>Hoofdstuk 9.</b>	<b>Het proportionaliteitsvereiste</b>	<b>289</b>
9.1	Inleiding	289
9.1.1	De opbouw van dit hoofdstuk	289
9.1.2	Verhouding tussen proportionaliteits- en subsidiariteitsvereiste	289
9.2	Eindvoorzieningen en het proportionaliteitsvereiste	290
9.2.1	Geldt het proportionaliteitsvereiste bij het treffen van eindvoorzieningen?	290
9.2.1.1	Inleiding	290
9.2.1.2	Wetsgeschiedenis	290
9.2.1.3	De rechtspraak ten aanzien van onmiddellijke voorzieningen	291
9.2.1.4	De aard van eindvoorzieningen	292
9.2.1.5	De aard van de bevoegdheid om eindvoorzieningen te treffen	293
9.2.2	De toepassing van het proportionaliteitsvereiste	294
9.2.2.1	Primaire, secundaire en tertiaire gevolgen	294
9.2.2.2	Welke belangen? De wettekst en de <i>Versatel-II</i> - en <i>Novero I</i> -beschikkingen	297
9.2.2.3	Vervolg: de belangen die worden geraakt door eindvoorzieningen	298
9.2.2.4	Een theoretisch voorbeeld: de proportionaliteit van het wijzigen van de samenstelling van het bestuur	299
9.2.2.5	Een praktijkvoorbeeld van de proportionaliteitsoverwegingen: Hoge Raad	301
9.2.2.6	Een praktijkvoorbeeld van de proportionaliteitsoverwegingen: ondernemingskamer	303
9.2.2.7	Een bijzonder partijbelang: redres bij vernietiging van eindbeschikkingen	305
9.2.2.8	Vergelijking met art. 2:276 CBW	306
9.2.2.9	Motivering	308
9.2.3	De verhouding tot art. 1 EP en art. 11 EVRM	309
9.3	Proportionaliteit en onmiddellijke voorzieningen	310
9.3.1	Inleiding: de verhouding met eindvoorzieningen	310
9.3.2	Onmiddellijke voorzieningen en de verwachte uitkomst van de derde fase	310
9.3.3	Proportionaliteit en onmiddellijke voorzieningen “met onomkeerbare gevolgen”	313
9.3.4	Proportionaliteit en de mogelijkheid van een procedure voor de gewone civiele rechter	314
9.4	Proportionaliteit en het regelen van de gevolgen van (onmiddellijke) voorzieningen	315
9.5	Proportionaliteit en wijzigen, aanvullen of beëindigen van (onmiddellijke) voorzieningen	315

<b>Hoofdstuk 10.</b> Dwingend recht en (onmiddellijke) voorzieningen	319
10.1 Inleiding	319
10.2 Overzicht van rechtspraak	319
10.2.1 De <i>Hoffman Bedrijfsrecherche</i> -beschikking	319
10.2.2 De <i>Zwagerman-I</i> -beschikking	319
10.2.3 De <i>Versatel-II</i> -beschikking	320
10.2.4 De <i>Inter Access</i> -beschikking	321
10.2.5 De <i>Novero-I</i> -beschikking	323
10.3 Analyse en kritiek	324
10.3.1 Analyse rechtspraak	324
10.3.1.1 Is een algemene regel af te leiden uit de rechtspraak?	324
10.3.1.2 Vergelijking met redelijkheid en billijkheid	326
10.3.1.3 Inpassing rechtspraak Hoge Raad in art. 1 EP en art. 11 EVRM	327
10.3.2 Kritiek op onderscheid eindvoorzieningen en onmiddellijke voorzieningen	328
10.3.2.1 Procedurele aspecten	328
10.3.2.2 Afwijken van dwingend recht en eindvoorzieningen	329
10.4 Welke regels kan art. 2:8 lid 2 BW buiten toepassing stellen?	329
10.4.1 Inleiding	329
10.4.2 Niet afwijken van internationaal recht	330
10.4.3 Regels die gelden ‘tussen de rechtspersoon en bij zijn organisatie betrokkenen als zodanig’	331
10.4.4 Geen afwijking van absolute bevoegdheidsgrenzen	331
10.5 In welke gevallen kan worden afgeweken van dwingend recht?	333
<b>Hoofdstuk 11.</b> Overeenkomst, procuratie en (onmiddellijke) voorzieningen	335
11.1 Opbouw	335
11.2 De invloed van overeenkomsten op de selectie en werking van (onmiddellijke) voorzieningen	335
11.2.1 De aandeelhoudersovereenkomst als leidraad voor (onmiddellijke) voorzieningen	335
11.2.2 Proportionaliteit en (aandeelhouders)overeenkomst	336
11.2.3 Binding tijdelijke functionarissen aan aandeelhoudersovereenkomsten	338
11.3 De aandeelhoudersovereenkomst als obstakel voor het verhelpen van wanbeleid	341
11.3.1 Inleiding	341
11.3.2 Algemeen: geen beslechting van vermogensrechtelijke geschillen	341
11.3.3 De achterdeur van het preliminaire oordeel	342
11.3.4 Een verbod aan de vennootschap tot nakoming overeenkomst is mogelijk	343
11.3.5 Een verbod aan de vennootschap tot nakoming overeenkomst tast het recht op nakoming in beginsel niet aan	345

## INHOUD

11.3.6	Afwijken van overeenkomsten	346
11.3.7	Geen reden voor concordantie	349
11.3.8	Krachtens de statuten geldende contractuele regelingen	350
11.4	Afwijken van volmachten	351
<b>Hoofdstuk 12.</b> De gevolgen van de vernietiging van een beschikking waarin (onmiddellijke) voorzieningen zijn getroffen		353
12.1	Inleiding	353
12.1.1	Onderwerp en opbouw	353
12.1.2	De praktijk	354
12.1.3	Literatuur	356
12.2	Gevolgen vernietiging civielrechtelijke rechterlijke uitspraken	356
12.2.1	Inleiding	356
12.2.2	Terugwerkende kracht	357
12.2.2.1	Geen algemene wettelijke regeling	357
12.2.2.2	Leges specialis	358
12.2.2.3	Rechtspraak	360
12.2.2.4	Analyse en tussenconclusie	361
12.2.3	Aansprakelijkheid	362
12.2.3.1	Inleiding	362
12.2.3.2	Staatsaansprakelijkheid	362
12.2.3.3	Aansprakelijkheid eisende partij en executant	364
12.2.3.4	Aansprakelijkheid van toezichthouders	365
12.2.3.5	Analyse en tussenconclusie	367
12.3	Terugwerkende kracht en (onmiddellijke) voorzieningen	369
12.3.1	Inleiding	369
12.3.2	Wat betekent terugwerkende kracht in de praktijk?	369
12.3.2.1	Primaire, secundaire en tertiaire gevolgen	369
12.3.2.2	De gevolgen van de vernietiging	370
12.3.2.3	Tertiaire gevolgen vernietiging van een wijziging in organen	372
12.3.2.4	Analyse en tussenconclusie	374
12.3.3	Bescherming tegen de gevolgen van de terugwerkende kracht	374
12.3.3.1	Inleiding	374
12.3.3.2	Enige algemene observaties	374
12.3.3.3	Enige specifieke voorbeelden van derdenbescherming	376
12.3.3.4	Derdenbescherming bij tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer	378
12.3.4	Het ontzeggen van terugwerkende kracht	379
12.3.4.1	Art. 2:359 lid 2 BW	379
12.3.4.2	Overige mogelijkheden	379
12.3.4.3	Compensatie	380
12.4	Schadevergoeding	383
12.4.1	Inleiding	383
12.4.2	Art. 2:350 lid 2 BW en art. 2:354 BW	384
12.4.3	Onrechtmatige daad	385

## INHOUD

12.4.3.1	Inleiding	385
12.4.3.2	Is het onrechtmatige daadsleerstuk van toepassing	385
12.4.3.3	Art. 6:162 lid 2 BW: inbreuk op een recht?	385
12.4.3.4	Art. 6:162 lid 2 BW: schending verkeersnorm en geboden en verboden	387
12.4.3.5	Art. 6:162 lid 2 BW: schending verkeersnorm en andere situaties	388
12.4.3.6	Onrechtmatige daad en afgeleide schade	388
12.4.4	Jegens wie is onrechtmatig gehandeld mede in het licht van het Poot/ABP-arrest?	389
12.4.4.1	Inleiding	389
12.4.4.2	Schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen	390
12.4.4.3	Ingrijpen in bestuur en toezicht	391
12.4.4.4	Strijd over de uitoefening van aandeelhoudersbevoegdheden	393
12.4.4.5	Noodzaakfinanciering	396
12.4.4.6	Vernietiging besluit en tijdelijk afwijken van statuten	397
12.4.4.7	Verbod tot nakoming van een overeenkomst	397
12.4.5	Toerekening onrechtmatige daad	398
12.4.5.1	Inleiding	398
12.4.5.2	Toerekening en de verhouding tussen de gewone civiele rechter en enquêterechter	399
12.4.5.3	Toerekening aan verzoeker	400
12.4.5.4	Toerekening aan de Staat	403
12.4.5.5	Toerekening aan degene die heeft gehandeld alsof de desbetreffende (onmiddellijke) voorzieningen van kracht zijn	404
12.4.5.6	De gelaedeerde heeft pech	407
12.4.5.7	Geen gemakkelijke (rechtspolitieke) keuze	408
12.5	Proportionaliteit	412

### Vierde luik

<b>Hoofdstuk 13.</b>	<b>Tijdelijke afwijking van door de ondernemingskamer aangegeven bepalingen van de statuten</b>	417
13.1	Inleiding	417
13.2	Het toepassen van de (onmiddellijke) voorziening	418
13.2.1	Wijzigen, schrappen en toevoegen	418
13.2.2	Formaliteiten	419
13.2.3	Door de ondernemingskamer aangegeven bepalingen van de statuten	419
13.3	Het wijzigen van rechten en plichten	420
13.3.1	Inleiding	420
13.3.2	Art. 2:121/231 lid 1 t/m 3 BW	421
13.3.3	Art. 2:122/232 BW	422

## INHOUD

13.3.4	Instemmingsrechten van aandeelhouders	423
13.3.4.1	De NV: art. 2:81 BW, art. 2:87a BW en art. 2:87b BW	423
13.3.4.2	De BV: art. 2:192 BW, art. 2:228 lid 4 BW en art. 2:231 lid 4 BW	424
13.3.5	Instemmingsrechten en (onmiddellijke) voorzieningen	425
13.3.5.1	Inleiding	425
13.3.5.2	Een verplichting tot instemming?	426
13.3.5.3	Instemming bij wijze van het regelen van de gevolgen van (onmiddellijke) voorziening?	427
13.3.5.4	De achterdeur van tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer	428
13.3.5.5	Art. 2:8 lid 2 BW en instemmingsrechten	429
13.4	Proportionaliteit	430
13.4.1	Vrijheid en verantwoordelijkheid	430
13.4.2	Factoren in de proportionaliteitsafweging	431
13.5	Toepassingen	432
13.5.1	Inleiding	432
13.5.2	De statuten zijn (bron van) wanbeleid	433
13.5.2.1	Tijdelijk ter zijde stellen intrinsiek slechte statutaire bepalingen	433
13.5.2.2	Statutaire bepaling leidt tot impasse, of andere ongewenste gevolgen	433
13.5.3	Verwijderen mogelijk obstakel voor voorzieningen	435
13.5.4	Regelen gevolgen (onmiddellijke) voorzieningen	436
13.5.5	Noodzaakfinanciering	436
13.5.5.1	Verhoudingen tot overige hoofdstukken	436
13.5.5.2	De noodzaakfinancieringscasus	437
13.5.5.3	De grondslag van noodzaakfinancieringsbeschikkingen bij de BV	438
13.5.5.4	Proportionaliteit	439
13.5.6	Schorsing en ontneming van stemrecht en winstrecht	440
13.5.6.1	Inleiding	440
13.5.6.2	Is schorsing van stemrecht proportioneel?	441
13.5.6.3	Schorsing van stemrecht bij de NV	443
13.5.6.4	Schorsing van stemrecht bij de BV	443
13.5.6.5	Ontnemen van winstrecht	444
13.5.7	Toekennen stemrecht aan houders van stemrechtloze aandelen	444
13.5.8	Het in het leven roepen van bijzondere organen en het wijzigen van de leden daarvan	445
13.5.9	Statutaire geschillenregeling	446
13.5.9.1	Inleiding	446
13.5.9.2	Het idee van de tijdelijke statutaire geschillenregeling	447
13.5.9.3	De inrichting van de tijdelijke statutaire geschillenregeling	448



## INHOUD

13.5.9.4	Wijze van overdracht	450
13.5.9.5	Proportionaliteit	452
13.5.9.6	Verhouding tot art. 1 EP	454
13.5.9.7	De <i>TRP PVE</i> -beschikking	454
<b>Hoofdstuk 14.</b> Het schorsen en vernietigen van besluiten		457
14.1	Inleiding	457
14.1.1	Onderwerp en opbouw	457
14.2	Het toepassen van de (onmiddellijke) voorziening	458
14.2.1	Onmiddellijke voorziening en eindvoorziening	458
14.2.2	Specificatie van het vernietigde besluit	458
14.2.3	Welke besluiten komen voor schorsing en vernietiging in aanmerking?	459
14.2.3.1	Besluit in de zin van art. 2:356 sub a BW	459
14.2.3.2	Schorsing en vernietiging van besluiten van alle organen	461
14.2.3.3	Besluiten met interne en externe werking en derden	461
14.2.4	Aard van het schorsen en vernietigen van besluiten in de enquêteprocedure	463
14.2.4.1	Vergelijking met de redelijkheid en billijkheid	463
14.2.4.2	Vergelijking met vernietiging op grond van art. 2:15 BW	465
14.2.4.3	Vergelijking met vernietiging op grond van Titel 3:2 BW	467
14.3	Rechtsgevolgen vernietiging	469
14.3.1	Werking erga omnes	469
14.3.2	Primaire, secundaire en tertiaire gevolgen	469
14.3.3	Regelen gevolgen vernietiging	470
14.3.3.1	Inleiding	470
14.3.3.2	Regelen primaire gevolgen	471
14.3.3.3	Regelen secundaire gevolgen	471
14.3.3.4	Regelen tertiaire gevolgen	472
14.3.3.5	Een praktijkvoorbeeld: de <i>Butôt</i> -beschikking	475
14.4	Proportionaliteit	476
14.4.1	Factoren in de proportionaliteitsafweging	476
14.4.2	Aanwijzingen uit de wetsgeschiedenis	477
14.4.2.1	Is art. 2:356 sub a BW de minst ingrijpende eindvoorziening?	477
14.4.2.2	Belangen van derden te goeder trouw	478
14.4.2.3	Het belang van de rechtszekerheid	478
14.4.3	Art. 1 EP en art. 11 EVRM	482
14.4.3.1	Art. 1 EP	482
14.4.3.2	Art. 11 EVRM	482

## INHOUD

14.5	Derdenbescherming	483
14.5.1	Inleiding	483
14.5.2	Het uitblijven van vernietiging of het regelen van de gevolgen daarvan	484
14.5.3	Regelen gevolgen vernietiging	486
14.5.4	Art. 2:16 lid 2 BW en andere vormen van derdenbescherming	487
14.6	Verval, verjaring en rechtsverwerking	490
14.6.1	Inleiding	490
14.6.2	Complicaties bij de toepassing van verval, verjaring en rechtsverwerking	490
14.6.2.1	Individuele vernietigingsacties, ambtshalve vernietiging en tijdsverloop	490
14.6.2.2	Complicaties rond het begin en het eind van termijnen	491
14.6.3	Verval	493
14.6.3.1	Geldt art. 2:15 lid 5 BW ook voor de enquêteprocedure?	493
14.6.3.2	Art. 3:55 lid 2 BW	494
14.6.4	Verjaring	495
14.6.4.1	Inleiding	495
14.6.4.2	Art. 3:52 lid 1 sub d BW	496
14.6.4.3	Afstand van verjaring	497
14.6.4.4	Ambtshalve toepassen van verjaring	497
14.6.5	Rechtsverwerking	497
14.7	Bevestiging	498
14.7.1	Art. 3:55 lid 1 BW	498
14.7.2	Art. 2:15 lid 6 BW	499
14.8	Schorsing	500
<b>Hoofdstuk 15.</b>	<b>Het besluitvormingsproces en (onmiddellijke) voorzieningen</b>	<b>503</b>
15.1	Inleiding	503
15.2	Het afdwingen van besluiten in de enquêteprocedure	504
15.2.1	Besluiten en (onmiddellijke) voorzieningen	504
15.2.1.1	Primaire en tertiaire gevolgen	504
15.2.1.2	Het besluit als primair gevolg van (onmiddellijke) voorzieningen	504
15.2.1.3	Het besluit als tertiaire gevolg van (onmiddellijke) voorzieningen en reële executie	504
15.2.2	Rechter en ondernemersstoel	505
15.2.2.1	Niet op de stoel van de ondernemer...	505
15.2.2.2	...maar in de praktijk kan dit niet altijd worden vermeden	507
15.2.2.3	Optreden tegen onjuist beleid of het voorschrijven van een gedragslijn?	508
15.2.2.4	Nadere inkleuring taak tijdelijke functionarissen	509
15.2.2.5	Enige mogelijke uitzonderingen	511

15.3	Het voorkomen van besluiten	513
15.3.1	Methoden om besluiten te voorkomen	513
15.3.2	Rechtsgevolgen verbod om een besluit te nemen	514
15.3.3	Verbod op vergadering	515
15.4	Bijeenroepen vergaderingen	516

**Vijfde luik**

<b>Hoofdstuk 16.</b>	<b>Schorsing, ontslag en tijdelijke aanstelling van bestuurders</b>	<b>519</b>
16.1	Inleiding	519
16.2	Het toepassen van de (onmiddellijke) voorziening	520
16.2.1	Onmiddellijke voorziening of eindvoorziening	520
16.2.2	Toepasselijkheid regels Boek 2 BW omtrent schorsing, ontslag en het benoemen van bestuurders	520
16.2.3	Specificering (onmiddellijke) voorziening	521
16.2.4	Uitvoerende, niet-uitvoerende en andere typen bestuurders	522
16.3	De aard van de (onmiddellijke) voorzieningen	523
16.3.1	Redenen schorsing, ontslag en tijdelijk aanstellen bestuurders	523
16.3.2	Wijziging van een wezenlijk element van de deelrechtsorde en de redelijkheid en billijkheid	524
16.3.3	Tijdelijk karakter aanstelling	525
16.3.4	De aard van het tijdelijke bestuurderschap	527
16.3.5	De rol van de tijdelijk bestuurder in de geschillen rond de vennootschap	529
16.3.6	Wisselingen in het bestuur als drukmiddel	531
16.4	De rechtsgevolgen van schorsing en ontslag van bestuurders	532
16.4.1	De vennootschapsrechtelijke gevolgen	532
16.4.1.1	Primaire, secundaire en tertiaire gevolgen en het regelen van de gevolgen daarvan	532
16.4.1.2	Degradatie van betrokkenheid en art. 2:343 BW	533
16.4.1.3	Schorsing en ontslag met terugwerkende kracht	535
16.4.2	Vermogensrechtelijke gevolgen	535
16.4.2.1	Schorsing en ontslag buiten de enquêteprocedure	535
16.4.2.2	Schorsing en ontslag in de enquêteprocedure	536
16.5	Rechtsgevolgen tijdelijke aanstelling van bestuurders	539
16.5.1	Primaire, secundaire en tertiaire gevolgen en het regelen daarvan	539
16.5.2	Aandeelhouders verliezen grip op het bestuur en de strategie	540
16.5.3	Bestuur door de tijdelijke bestuurder	541
16.5.3.1	Enige variabelen	541
16.5.3.2	Bekendheid met de materie waarmee de (aan de desbetreffende vennootschap verbonden) ondernemingen zich bezighouden	541
16.5.3.3	Angst voor aansprakelijkheid	542
16.5.3.4	Onbedoeld neveneffect	546
16.5.4	Beloning	549

## INHOUD

16.6	Proportionaliteit	550
16.6.1	Proportionaliteit van ingrepen in het bestuur	550
16.6.2	Proportionaliteit van schorsing en ontslag	551
16.6.2.1	Doorwerking in vermogensrechtelijke verhoudingen	551
16.6.2.2	Diffamerend karakter schorsing	552
16.6.3	Proportionaliteit van tijdelijke aanstelling bestuurders en ontslagverzoeken	552
16.7	Vragen rond aansprakelijkheid, rekening en verantwoording en décharge	553
16.7.1	Inleiding	553
16.7.2	Aansprakelijkheid	554
16.7.2.1	Aansprakelijkheidsnorm, -risico en de beïnvloeding daarvan door de ondernemingskamer	554
16.7.2.2	Enige specifieke kwesties omtrent interne aansprakelijkheid en tijdelijke bestuurders	556
16.7.3	Décharge	559
16.7.4	Rekening en verantwoording	560
16.7.4.1	Rekening en verantwoording aan de aandeelhoudersvergadering	560
16.7.4.2	Verantwoording en toezicht binnen het bestuur	561
16.7.5	Kosten van verweer tegen aansprakelijkstellingen	564
16.8	Het inkleden van de positie van de tijdelijke bestuurder	564
16.8.1	Inleiding	564
16.8.2	Statutaire goedkeuringsrechten van aandeelhouders bij verregaande bestuursbesluiten	565
16.8.3	Vertegenwoordigingsbevoegdheid	566
16.8.4	Een meerhoofdig bestuur, het beginsel van collegiaal bestuur en besluitvorming	567
16.8.4.1	Inleiding	567
16.8.4.2	Deelname aan besluitvorming	568
16.8.4.3	Stemrecht	570
<b>Hoofdstuk 17.</b>	<b>Tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer</b>	<b>573</b>
17.1	Inleiding	573
17.2	Het toepassen van de voorziening	574
17.2.1	Soorten aandelen	574
17.2.2	Specificatie (onmiddellijke) voorziening	575
17.2.3	Beheerder en tijdstip overdracht	576
17.2.4	Omschrijven beheeropdracht	577
17.2.5	Aanvaarding (onmiddellijke) voorziening door tijdelijke beheerder	577
17.3	Aard van de voorziening	578
17.3.1	Wat wordt beoogd met art. 2:356 sub e BW	578
17.3.2	Belangenbehartiging door de beheerder	580
17.3.3	Overdracht ten titel van beheer als dwangvertegenwoordigingsregime	582
17.3.4	Vergelijking met de redelijkheid en billijkheid	584
17.3.5	Alleen tegen impasses?	584

## INHOUD

17.4	Inpassing in het systeem van het vermogensrecht	586
17.4.1	Inleiding	586
17.4.2	Beperkte rechten en beslag op aandelen	586
17.4.3	Overdracht ten titel van beheer en het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten	587
17.4.3.1	Het fiduciaverbod	587
17.4.3.2	Tijdelijk karakter	588
17.4.3.3	De vier mogelijkheden binnen het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten	589
17.4.4	Vordering tot teruglevering?	593
17.4.5	De beheeropdracht	594
17.5	De overdracht en erkenning	596
17.5.1	Inleiding	596
17.5.2	Niet-girale aandelen	596
17.5.2.1	Overdracht buiten de enquêteprocedure	596
17.5.2.2	De rechtspraak van de ondernemingskamer	597
17.5.2.3	Overdracht aandelen op naam in de enquêteprocedure	598
17.5.2.4	Toonderaandelen	600
17.5.3	Girale aandelen	601
17.5.3.1	Het stelsel van de Wge	601
17.5.3.2	Enige theoretische vragen rond overdracht van girale aandelen in de enquêteprocedure	602
17.5.3.3	Wie houdt welke aandelen?	604
17.5.3.4	Een praktische benadering van overdracht van girale aandelen	606
17.5.4	Verkrijgingen van aandelen hangende te (onmiddellijke) voorziening	607
17.5.4.1	Inleiding	607
17.5.4.2	Emissie van nieuwe aandelen	607
17.5.4.3	Aankoop van aandelen	608
17.5.5	Erkenning	609
17.5.6	Teruglevering bij einde (onmiddellijke) voorziening	609
17.6	Rechtsgevolgen van tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer	610
17.6.1	Overzicht	610
17.6.2	Rechten, plichten en bevoegdheden	612
17.6.2.1	Bevoegdheden en rechten van de beheerder	612
17.6.2.2	Stortingsplicht	614
17.6.2.3	Overige statutaire plichten	615
17.6.3	De beheeropdracht voor de tijdelijke beheerder	615
17.6.3.1	De inhoud van de beheeropdracht	615
17.6.3.2	Beheren en beschikken	617
17.6.3.3	Doorgeven economische voordelen	617
17.6.3.4	Het tijdelijke karakter van de (onmiddellijke) voorziening	619

## INHOUD

17.6.3.5	Informatieverschaffing aan de oorspronkelijke aandeelhouder	620
17.6.4	De positie van de oorspronkelijke aandeelhouder	622
17.6.4.1	Vergader- en informatierechten vis-à-vis de vennootschap	622
17.6.4.2	De oorspronkelijke aandeelhouder en art. 2:8 BW	623
17.6.4.3	Ontvangst economische voordelen	624
17.6.5	Onvrijwillig verlies van aandelen door tijdelijke beheerder	624
17.7	Proportionaliteit	626
17.7.1	Factoren in de proportionaliteitstoets	626
17.7.1.1	Inleiding	626
17.7.1.2	Wilsautonomie	627
17.7.1.3	Verlies van andere aandeelhoudersrechten en -plichten	628
17.7.2	Wijziging van de (onmiddellijke) voorziening	629
17.7.3	Art. 1 EP en art. 11 EVRM	630
17.7.3.1	Art. 1 EP	630
17.7.3.2	Art. 11 EVRM	631
17.8	De toepassing van de (onmiddellijke) voorziening in de praktijk	632
17.8.1	Inleiding	632
17.8.2	Aansprakelijkheid en décharge	632
17.8.2.1	Aansprakelijkheid, relativiteit en rechthebbende	632
17.8.2.2	De ernst van de schending van de beheeropdracht	633
17.8.2.3	Décharge	634
17.8.3	Executieverkoop in beheer gegeven aandelen	635
17.8.4	Certificering	636
17.8.4.1	De voordelen van certificering	636
17.8.4.2	De complicaties rond de op de certificering toepasselijke regels	636
17.8.4.3	De complicaties rond de oprichting en het bestuur van de STAK	638
17.8.4.4	Overdracht aan de STAK	639
17.8.4.5	Verhouding tot art. 1 EP	640
17.8.5	Kan de beheerder de aandelen verkopen?	641
17.8.5.1	Inleiding	641
17.8.5.2	Wetsgeschiedenis	642
17.8.5.3	De bezwaren in de literatuur	642
17.8.5.4	Rechtspraak ondernemingskamer	644
17.8.5.5	Verhouding tot art. 1 EP	645
17.8.6	Ruziesplitsing van de vennootschap met medewerking van de tijdelijke beheerder	646
17.8.6.1	Van Nederland naar Curaçao en terug?	646
17.8.6.2	Complicaties bij het formuleren van het splitsingsvoorstel	648
17.8.6.3	Bemoeienis ondernemingskamer en schuldeisersverzet	649
17.8.6.4	Beheeropdracht, proportionaliteit en redelijkheid verdeling	650

INHOUD

<b>Antwoord op onderzoeksvragen</b>	653
<b>Slotwoord</b>	657
<b>Lijst van verkort aangehaalde literatuur</b>	667
<b>Jurisprudentieregister</b>	687
<b>Trefwoordenregister</b>	715

# Hoofdstuk 1. Inleiding

## 1.1 Wat wordt onderzocht (en wat niet)

### 1.1.1 *Het onderwerp van dit onderzoek*

Dit onderzoek gaat over de (onmiddellijke) voorzieningen die de ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam kan treffen in het kader van de enquête-procedure en het regelen van de gevolgen daarvan. Dit onderzoek kent vier onderzoeksvragen:

- 1 Welke maatregelen zijn in beginsel mogelijk als (onmiddellijke) voorzieningen en welke maatregelen zijn nooit mogelijk?
- 2 Wat zijn de (rechts)gevolgen van de (onmiddellijke) voorzieningen die de ondernemingskamer kan treffen?
- 3 Aangenomen dat er aanleiding is om (onmiddellijke) voorzieningen te treffen, aan de hand van welke criteria moet worden bepaald welke (onmiddellijke) voorzieningen in een concreet geval getroffen kunnen worden?
- 4 Welke remedies biedt het Nederlandse recht (niet) indien na de aanwending van een rechtsmiddel komt vast te staan dat ten onrechte (onmiddellijke) voorzieningen zijn getroffen?

De antwoorden op deze vragen hangen met elkaar samen.

Het centrale thema bij onderzoeksvragen 1, 2 en 3 is de wisselwerking tussen enerzijds de (onmiddellijke) voorzieningen en anderzijds de organisatie van de NV of BV waarop deze worden toegepast (en de belangen die daarachter schuil gaan). Het scharnierpunt in die wisselwerking is het feit dat eindvoorzieningen maatregelen van reorganisatorische aard zijn en dat dit bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen voor ogen dient te worden gehouden. De organisatie wordt dus beïnvloed door (onmiddellijke) voorzieningen, maar de organisatie beïnvloedt ook de (onmiddellijke) voorzieningen. Kort gezegd, bepalen de gebreken in de organisatie de keuze van (onmiddellijke) voorzieningen en dienen de met de organisatie gemoeide belangen waar mogelijk te worden ontzien.

Bij de vierde onderzoeksvraag speelt deze wisselwerking niet, maar speelt de beïnvloeding van de organisatie van de NV en BV door (onmiddellijke) voorzieningen niettemin een centrale rol. Het gaat dan om de vraag welke onderdelen



## HOOFDSTUK 1

van de organisatie te lijden hadden onder de ten onrechte getroffen (onmiddellijke) voorzieningen en welke belangen daardoor zijn aangetast. Het antwoord op die vraag bepaalt welke remedies nodig kunnen zijn. Dat leidt vervolgens tot de vraag of deze remedies ook beschikbaar zijn.

### *1.1.2 Beperkingen van dit onderzoek*

#### 1.1.2.1 Beperkte bespreking bepaalde (onmiddellijke) voorzieningen

Dit onderzoek bevat hoofdstukken over (onmiddellijke) voorzieningen in het algemeen (derde luik) en hoofdstukken over specifieke (onmiddellijke) voorzieningen (vierde en vijfde luik). Niet alle (onmiddellijke) voorzieningen hebben een apart hoofdstuk. Geen aparte hoofdstukken zijn gewijd aan (i) het tijdelijk aanstellen van een commissaris, (ii) het schorsen en ontslaan van een commissaris en (iii) de ontbinding van de rechtspersoon. Deze (onmiddellijke) voorzieningen komen ook in de algemene hoofdstukken slechts beperkt aan bod.

De reden hiervoor is praktisch. Gaandeweg dit onderzoek moest ik knarsend accepteren dat dit onderzoek een te grote omvang zou aannemen, als ik ook deze (onmiddellijke) voorzieningen uitvoerig zou bespreken.

#### 1.1.2.2 NV en BV

Het enquêterecht is van toepassing op alle Nederlandse rechtspersonen die worden geacht een onderneming in stand te houden, alsmede op enkele andere rechtspersonen.<sup>1</sup> Vanwege de in par. 1.1.2.1 genoemde redenen is dit onderzoek beperkt tot de NV en BV (in dit onderzoek samen aangeduid als “vennootschap (pen)”). Daarnaast heeft het merendeel van alle enquêteprocedures betrekking op NVs en BVs.

Een aantal onderwerpen die in dit onderzoek aan bod komen, is ook relevant voor andere rechtspersonen. Dit betreft met name de meer algemene onderwerpen. Minder relevant lijken de passages met betrekking tot de rol van de aandeelhouders binnen een rechtspersoon, als het gaat om een vereniging of een stichting.

#### 1.1.2.3 Geen procesrechtelijke aspecten

Een aanzienlijk deel van de literatuur over het enquêterecht ziet op procedurele aspecten, zoals het verloop van de enquêteprocedure, de vraag wie welke verzoeken kan doen en welk bewijsrecht er geldt. Voor het beantwoorden van de onderhavige onderzoeksvragen is het niet nodig om daarop uitvoerig in te gaan. De procedurele aspecten van het treffen van (onmiddellijke) voorzieningen zijn geen zelfstandig voorwerp van onderzoek.

---

1. Zie daarover par. 2.5.1.

Om die reden hanteert dit onderzoek als uitgangspunt dat de enquêteprocedure zonder complicaties verloopt. De procedurele aspecten van de enquêteprocedure komen verder slechts ter sprake voor zover dat nodig is voor de beantwoording van de onderzoeksvragen, of de zelfstandige leesbaarheid van dit onderzoek.

Bijzondere vermelding in dit kader verdient het bewijsrecht en art. 2:355 lid 1 BW. Art. 2:355 lid 1 BW bepaalt dat de ondernemingskamer slechts die eindvoorzieningen kan treffen die zij *op grond van het onderzoeksverslag* geboden acht. De vragen in hoeverre de ondernemingskamer ook andere bewijsmiddelen ten grondslag mag leggen aan haar oordeel dat bepaalde eindvoorzieningen zijn geïndiceerd, in hoeverre partijen in de gelegenheid moeten worden gesteld om dergelijk bewijs te leveren en of in de enquêteprocedure afwijkend bewijsrecht geldt, behoeven slechts beperkte bespreking. Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om uitputtend uit te doeken te doen welk bewijsrecht geldt in de enquêteprocedure. Wel komt ter sprake in hoeverre het afwijkende bewijsrecht in de enquêteprocedure van invloed is op de (onmiddellijke) voorzieningen die de ondernemingskamer kan treffen.

#### 1.1.2.4 Het beoordelen van beleid

Een aanzienlijk deel van de literatuur over het enquêterecht gaat over de beoordeling van het beleid en de gang van zaken van de vennootschap door de ondernemingskamer en de vraag of de ondernemingskamer dit beleid juist heeft beoordeeld. De enquêteprocedure is in belangrijke mate gericht op die beoordeling. Onmiddellijke voorzieningen kunnen worden getroffen, indien naar het (voorlopige) oordeel van de ondernemingskamer sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen<sup>2</sup> en indien dit, gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet of statuten bij de organisatie betrokken zijn, is vereist in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek.<sup>3</sup> Voor het treffen van eindvoorzieningen is vereist dat uit het gedeponeerde onderzoeksverslag blijkt dat sprake is van wanbeleid.

De beoordeling van het beleid en de gang van zaken bij de vennootschap is thans geen zelfstandig voorwerp van onderzoek. Onderzoeksvraag 2 neemt immers tot uitgangspunt dat er aanleiding is om (onmiddellijke) voorzieningen te treffen.

---

2. Zie art. 2:350 lid 1 BW en art. 2:349a lid 3 BW.

3. Art. 2:349a lid 2 BW.

## HOOFDSTUK 1

Dat neemt niet weg dat de redenen waarom wordt ingegrepen, van belang kunnen zijn voor een goed begrip van de te treffen (onmiddellijke) voorzieningen. Met het oog daarop, en op de zelfstandige leesbaarheid van dit onderzoek, zal daarom toch worden ingegaan op de redenen waarom kan worden ingegrepen, zij het slechts in beperkte mate.

### 1.2 Methode van onderzoek

#### 1.2.1 *Algemeen*

Het onderzoek bestaat uit een analyse van de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur. Ten eerste richt dit onderzoek zich op art. 2:349a BW en art. 2:355 t/m 2:359 BW. Ten tweede is onderzoek gedaan naar de rechtsregels die van toepassing zijn op de rechtsverhoudingen waarop (onmiddellijke) voorzieningen zien. Die rechtsregels vormen de context waarin art. 2:349a BW en art. 2:355 t/m 2:359 BW hun werking hebben. Bijvoorbeeld: voor een beter begrip van de (onmiddellijke) voorziening tijdelijke aanstelling van een bestuurder, is onderzoek gedaan naar de regels over de benoeming van bestuurders buiten de enquêteprocedure en de overige bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering met betrekking tot bestuurders die niet door de ondernemingskamer zijn benoemd.

Het merendeel van de publicaties over (onmiddellijke) voorzieningen is overwegend inductief van aard. Het positieve recht wordt beschreven aan de hand van wat de schrijver in de beschikbare rechtspraak aantreft. Bij het verrichten van het onderhavige onderzoek speelde inductie ook een belangrijke rol. Daarnaast was het streven om ook deductief onderzoek te doen. Aan de hand van de rechtsregels die van toepassing zijn op de rechtsverhoudingen waarop (onmiddellijke) voorzieningen zien, werd geanalyseerd welke (rechts)gevolgen (onmiddellijke) voorzieningen (kunnen) hebben. Dat bood ten eerste een toetsingskader voor de rechtspraak van de ondernemingskamer (zie daarover par. 1.2.2). Ten tweede bood dat de mogelijkheid om uitspraken te doen ten aanzien van rechtsvragen waar rechtspraak ontbreekt.

Mijn promotoren vatten het samen door stellen dat dit onderzoek (onmiddellijke) voorzieningen benadert vanuit de dogmatiek. Een woord dat voor hen in deze context geen negatieve connotaties heeft, zo bevestigen zij mij desverzocht.

## 1.2.2 Enige toetsingskaders

### 1.2.2.1 Inbedding in het nationale recht

De methode van onderzoek is in belangrijke mate bepaald door het feit dat (onmiddellijke) voorzieningen steeds zien op een of meer rechtsverhoudingen.<sup>4</sup> Dat biedt een kader voor de analyse van de regels die toepasselijk zijn op (onmiddellijke) voorzieningen.<sup>5</sup>

Met het oog op de rechtseenheid en -zekerheid ligt het namelijk in de lijn der verwachting dat de regels die toepasselijk zijn op (onmiddellijke) voorzieningen, aansluiten bij de regels die van toepassing zijn op de rechtsverhouding waarop de desbetreffende (onmiddellijke) voorzieningen ziet. Nagegaan wordt of dit inderdaad het geval is. Indien bijvoorbeeld een (onmiddellijke) voorziening de overdracht van aandelen tot rechtsgevolg heeft, wordt nagegaan wat het goederenrecht ten aanzien van zo'n overdracht bepaald en of het enquêterecht daarmee in overeenstemming is. In het geval zich (ogenschijnlijk) een discrepantie voordoet, dient de vraag zich aan of daarvoor een verklaring is.<sup>6</sup>

### 1.2.2.2 Inbedding in internationale en interregionale verhoudingen

Een ander kader om de (rechts)gevolgen van (onmiddellijke) voorzieningen te analyseren vloeit voort uit het feit dat het Nederlandse rechtspersonenrecht deels is ingebed in internationale regels, zoals het EVRM en het EU-recht. Dit biedt de mogelijkheid om het lagere nationale recht te toetsen op strijdigheid met de hogere internationale regels. Voorts geldt dat interpretaties van nationaal recht die strijdig zijn met internationale regels, als onjuist van de hand moeten worden gewezen.

- 
4. De rechtsverhoudingen waarop (onmiddellijke) voorzieningen zien, betreffen een of meer rechtsverhoudingen tussen de vennootschap en de bij haar organisatie betrokkenen (zoals aandeelhouders en bestuurders), maar soms ook een rechtsverhouding tussen de vennootschap en derden.
  5. Een belangrijke inspiratiebron hierbij vormde P.M. Storm, 'Kroniek enquêterecht 2007', in M. Holzer e.a. (red.) *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, nr. 97 Deventer: Kluwer 2008.
  6. Die verklaring hoeft niet per se dogmatisch verantwoord te zijn. Idealiter biedt het Nederlandse recht oplossingen die zowel praktisch, rechtvaardig en gewenst als dogmatisch verantwoord zijn, aldus Snijders in zijn noot bij HR 14 augustus 2015, *NJ* 2016/263. Maar als dat niet allemaal tegelijkertijd mogelijk is, is een keuze noodzakelijk. Die keuze verklaart dan eventuele discrepanties tussen het recht dat op (onmiddellijke) voorzieningen van toepassing is en het recht dat van toepassing is op de rechtsverhouding waarop de desbetreffende (onmiddellijke) voorziening ziet.

## HOOFDSTUK 1

Hetzelfde geldt met betrekking tot het concordantiebeginsel. Dat beginsel houdt, kort gezegd, in dat het recht in alle delen van het Koninkrijk zo mogelijk op gelijke wijze wordt geïnterpreteerd, tenzij er op basis van bepaalde criteria<sup>7</sup> aanleiding is om dat niet te doen. Hoewel concordantie meestal inhoudt dat een leemte in het recht van een overzees deel van ons Koninkrijk wordt opgevuld met een in het Rijk in Europa geldende regeling, werkt het ook de andere kant op. Onderzocht wordt of daartoe aanleiding is, mede gezien het feit dat het rechtspersonenrecht van de voormalige Nederlandse Antillen vrij modern is<sup>8</sup> en Curaçao sinds 2012 een eigen enquêterecht kent. Deze rechtsontwikkelingen spelen deels ook in en lopen zelfs voorop op in Nederland ingezette rechtsontwikkelingen, zodat er mogelijk aanleiding is voor wat Van Schilfgaarde “haasje-over concordantie” noemt.<sup>9</sup>

### 1.2.2.3 Absolute bevoegdheid

Een andere (mogelijke) begrenzing van de mogelijke rechtsgevolgen die de ondernemingskamer met haar (onmiddellijke) voorzieningen kan bewerkstelligen, vormt haar absolute bevoegdheid. In hoofdstuk 10 wordt nog wel de vraag gesteld of de ondernemingskamer in noodgevallen de dwingendrechtelijke grenzen van haar absolute bevoegdheid kan doorbreken, maar dat blijkt niet mogelijk. Daarmee vormt haar absolute bevoegdheid een toetsingskader voor de rechtspraak omtrent (onmiddellijke) voorzieningen.

### 1.2.3 *Enige overige onderzoeksinstrumenten*

#### 1.2.3.1 Vergelijking met redelijkheid en billijkheid

In dit onderzoek staan veel vergelijkingen tussen de werking van (onmiddellijke) voorzieningen en de werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>10</sup> De gelijkenissen blijken groot. Dat biedt de mogelijkheid om stelling te nemen op punten waarop het enquêterecht in rechtspraak en literatuur nog niet is uitgekristalliseerd. Hetgeen geldt met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid wordt dan doorgetrokken naar (onmiddellijke) voorzieningen. Dat bevordert de interne consistentie van het recht en daarmee de rechtszekerheid.

---

7. Zie par. 11.3.7.

8. Zie voor een overzicht Van Schilfgaarde 2014, par. 2.

9. Van Schilfgaarde 2014, par. 3(2).

10. Zie onder meer par. 4.5, 8.3.2.4, 9.2.1.5, 9.2.2.2, 10.3.1.2, 13.2.1, 14.2.4.1, 16.3.2 en 17.3.4.

In dit onderzoek had de vraag kunnen worden gesteld of (onmiddellijke) voorzieningen een verschijningsvorm zijn van de redelijkheid en billijkheid. Ik acht het echter niet nodig om die vraag te beantwoorden.<sup>11</sup> Het volstaat om de constateren dat de rechtszekerheid er mee is gediend als de redelijkheid en billijkheid en (onmiddellijke) voorzieningen op gelijke wijze werken. Het verder gelijkschakelen daarvan is misschien vanuit een dogmatisch perspectief interessant. Dat voordeel heeft echter voor de praktijk geen voordelen, maar wel een nadeel.

Dat nadeel is dat een gelijkschakeling het recht dreigt te verstarren, omdat afwijkingen tussen de werking van de redelijkheid en billijkheid en (onmiddellijke) voorzieningen dan dogmatisch wringen. Dogmatische bezwaren vormen dan een obstakel voor het bereiken van een rechterlijke beslissing die recht doet aan het specifieke geval.

### 1.2.3.2 Primaire, secundaire, tertiaire gevolgen

Om de (rechts)gevolgen van (onmiddellijke) voorzieningen meer inzichtelijk te maken, introduceert dit onderzoek een onderscheid tussen “primaire”, “secundaire” en “tertiaire” gevolgen van (onmiddellijke) voorzieningen. Het navolgende voorbeeld maakt duidelijk wat daarmee wordt bedoeld. Als de ondernemingskamer tijdelijk een bestuurder aanstelt, dan is het primaire gevolg daarvan dat deze bestuurder in die functie treedt. Het secundaire gevolg is dat deze bestuurder de aan het bestuurderschap verbonden rechten en bevoegdheden kan uitoefenen en gebonden is aan de daaraan verbonden plichten. Zo is de tijdelijke bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd. De tertiaire gevolgen treden op als de tijdelijke bestuurder vervolgens deze rechten en bevoegdheden gaat uitoefenen, of dat juist niet doet. De tijdelijke bestuurder gaat bijvoorbeeld namens de vennootschap een overeenkomst aan, of kiest er juist voor om een aanbod aan de vennootschap tot het aangaan van een overeenkomst niet te accepteren.

Dit voorbeeld maakt ook duidelijk dat de primaire, secundaire en tertiaire gevolgen van (onmiddellijke) voorzieningen met elkaar in verband staan. De secundaire gevolgen vloeien voort uit de primaire gevolgen en de tertiaire uit de secundaire.

Ook zal worden gesproken over primaire, secundaire en tertiaire gevolgen, als het gaat om de (rechts)gevolgen indien de Hoge Raad een beschikking waarin (onmiddellijke) voorzieningen zijn getroffen, vernietigt. De primaire gevolgen van zo'n vernietiging houden in dat de primaire gevolgen van de

---

11. Feit is dat er in ieder geval één verschil is, namelijk dat een rechterlijke uitspraak niet constitutief is voor de werking van de redelijkheid en billijkheid, maar wel voor het in werking treden van (onmiddellijke) voorzieningen.

## HOOFDSTUK 1

(onmiddellijke) voorzieningen nooit hebben gegolden. Er was dan dus geen sprake van een tijdelijke aanstelling van een bestuurder. De secundaire gevolgen houden in dat door het wegvallen van de primaire gevolgen eveneens een einde komt aan de door deze primaire gevolgen bewerkstelligde secundaire gevolgen. Bijvoorbeeld: de persoon die tijdelijk als bestuurder was aangesteld in de vernietigde beschikking was toch niet bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen. De tertiaire gevolgen houden in hoe de secundaire gevolgen op hun beurt doorwerken in de juridische kwalificatie van hetgeen er is gebeurd nadat de vernietigde beschikking is geweest. Is bijvoorbeeld de vennootschap toch gebonden aan overeenkomsten die namens haar zijn aangegaan door de tijdelijke bestuurder die werd aangesteld in de vernietigde beschikking.

De vraag kan worden gesteld of de primaire en secundaire gevolgen niet net zo goed kunnen worden samengevoegd. Soms is het onderscheid tussen primaire en secundaire gevolgen zelfs wat gekunsteld. Bijvoorbeeld als het gaat om de vernietiging van een besluit (primaire gevolg), waardoor het niet meer bindend is (secundair gevolg). En als een beschikking wordt vernietigd waarin een verbod was uitgesproken, is het gekunsteld om een onderscheid te maken tussen enerzijds het niet gelden van het verbod (primaire gevolg) en anderzijds het feit dat dit verbod toch niet verbindend is (secundair gevolg). Bij het schrijven van dit onderzoek bleek echter dat het gebruik maken van de tussenstap van secundaire gevolgen met betrekking tot de meeste (onmiddellijke) voorzieningen verhelderend werkt.

### 1.3 Geraadpleegde bronnen

#### 1.3.1 *Geraadpleegde bronnen*

In dit onderzoek zijn de gebruikelijke bronnen geraadpleegd. Vermelding verdient het tijdschrift *ARO* waarin alle enquêterechtspraak sinds medio 2002 is gepubliceerd. Een enkele keer is ook gebruik gemaakt van het bestand van rechtspraak tussen 1972 en 2002 dat is aangelegd door Geerts in het kader van zijn proefschrift.

Dit onderzoek profiteerde ook van het feit dat in 2013 van bijna alle ondernemingsrechtelijke handboeken een nieuwe editie verscheen.

Verder had dit onderzoek profijt van de bijeenkomsten van Stichting Rimari. Deze stichting probeert onder meer het functioneren van door de ondernemingskamer benoemde functionarissen te bevorderen. Tijdens bijeenkomsten van Stichting Rimari kon ik kennisnemen van ervaringen van deze functionarissen.

### 1.3.2 Voorbehoud ten aanzien van de bevindingen in dit onderzoek

Dit onderzoek is verricht op basis van beperkte gegevens. Dat heeft verschillende oorzaken.

Het aantal mogelijke (onmiddellijke) voorzieningen en de (potentiële) rechtsgevolgen is groot. Veel van deze mogelijkheden hebben zich slechts een paar keer voorgedaan in de rechtspraak. Een ander deel van de mogelijkheden is nog nooit in de praktijk toegepast.

Het aantal enquêtebeschikkingen dat de ondernemingskamer wijst, is namelijk gering ten opzichte van het aantal hofuitspraken in gewone civiele geschillen. Daarnaast wordt dikwijls geen cassatie ingesteld tegen enquêtebeschikkingen. Ieder jaar is slechts sprake van een handjevol van dergelijke cassatieberoepen. Slechts een deel van deze enquêtebeschikkingen ziet op (onmiddellijke) voorzieningen. En veel van de beschikkingen van de Hoge Raad over (onmiddellijke) voorzieningen behelzen een herhaling van eerdere rechtspraak.

Binnen de enquêterechtspraak van de ondernemingskamer krijgen (onmiddellijke) voorzieningen relatief weinig aandacht. Illustratief dienaangaande zijn de beschikkingen van de ondernemingskamer waarin (onmiddellijke) voorzieningen letterlijk als laatste aan bod komen. Eerst wordt stilgestaan bij het verloop van de procedure, de feiten en eventuele bewijsrechtelijke perikelen, dan volgt de beoordeling van het beleid en de vraag of er noodzaak is om in te grijpen. Pas daarna volgen de (onmiddellijke) voorzieningen, maar de fut lijkt er dan al uit te zijn. Veelal betreft het niet meer dan een of twee korte zinnen waarin de (onmiddellijke) voorzieningen worden benoemd, maar deze worden zelden verder toegelicht. In mijn ervaring is dat met de processtukken die partijen wisselen veelal niet anders.

Ook de literatuur vertoont dit beeld. Er is veel aandacht voor procedurele kwesties en de vraag wanneer er reden is tot ingrijpen en minder voor hoe kan worden ingegrepen en wat de gevolgen daarvan zijn. Daarnaast ligt in de literatuur de nadruk op de beschikbare rechtspraak, terwijl die niet overvloedig is.

Ook de wetsgeschiedenis met betrekking tot (onmiddellijke) voorzieningen is vrij summier, waarover meer in hoofdstuk 3.

In dit onderzoek is getracht om rekening te houden met deze omstandigheid. Dat neemt niet weg dat soms conclusies worden getrokken op basis van beperkte bronnen, zoals een enkele uitspraak van de ondernemingskamer. De lezer zij gewaarschuwd om te veel te leunen op dergelijke conclusies.



## HOOFDSTUK 1

### 1.3.3 *Betrokkenheid als advocaat*

Gedurende dit onderzoek en ook in de periode daaraan voorafgaand was ik werkzaam als advocaat. Mijn praktijk bestond voornamelijk uit aandeelhoudersgeschillen, in welk kader ik ook enquêteprocedures voerde. Een aantal in die procedures gewezen beschikkingen komt ook in dit onderzoek aan bod. Deze omstandigheden hadden hun weerslag op dit onderzoek. De invloed daarvan is mijns inziens overwegend positief. Mijn ervaringen als advocaat leiden tot een beter begrip van hoe het enquêterecht in de praktijk werkt. Een nadeel is dat mijn betrokkenheid bij bepaalde procedures mogelijk ten koste gaat van mijn objectiviteit. Ik ben me daarvan bewust geweest en hield daarmee rekening. Om u als lezer in staat te stellen om zelf een oordeel te vormen over de vraag of ik daarin ben geslaagd, noem ik hierna de enquêteprocedures waarbij ik betrokken was.

Het betreft de *e-Traction*-enquête waarin ik optrad voor de heer en mevrouw Heinen; de *BAE Holding*-enquête waarin ik optrad voor Kolibrie Beheer BV; de *Sensemakers*-enquête waarin ik optrad voor Sensemakers BV en J.G.L. Van den Broek BV; de *Cascal*-enquête waarin ik optrad voor Biwater Investments Limited; de enquêteprocedure met betrekking tot het Slotervaartziekenhuis BV en haar aandeelhouders waarin ik optrad voor de commissarissen van het ziekenhuis; en tot slot de cassatieprocedure met betrekking tot Cordial NV waarin ik optrad voor Mahmoud Haider & Sons Trading & Contracting Co.

### 1.3.4 *Voortborduren op eerdere publicaties*

Een deel van dit onderzoek is een bewerking en soms ook letterlijke herhaling van eerdere publicaties (die op hun beurt veelal weer bewerkingen zijn van eerdere concepten van dit onderzoek). Dit betreft met name de paragrafen over reële executie;<sup>12</sup> aandelenoverdracht ten titel van beheer;<sup>13</sup> de statutaire geschillenregeling;<sup>14</sup> tijdelijke bestuurders;<sup>15</sup> afwijken van dwingend recht;<sup>16</sup> artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees verdrag van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (“EP” en “EVRM”);<sup>17</sup> artikel 11 EVRM;<sup>18</sup>

---

12. Eikelboom 2014B.

13. Eikelboom 2011A en 2014C.

14. Eikelboom 2014C en 2014D.

15. Eikelboom 2012A.

16. Eikelboom 2011B.

17. Eikelboom 2009, 2011A, 2011B, 2012A en 2014C.

18. F. Eikelboom en A.L. Mohr, ‘De vrijheid van vereniging van art. 11 EVRM en het enquêterecht, meer in het bijzonder de (onmiddellijke) voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen’, in Van Veen en Overes (red.), *Met recht betrokken*, liber amicorum voor Tymen van der Ploeg (samen met Alexander Mohr), Deventer: Kluwer 2012.