

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/54446>

Please be advised that this information was generated on 2021-09-18 and may be subject to change.

NJ 2006, 443: Recht van enquête. Vaststelling wanbeleid door ondernemingskamer niet ambtshalve. Betekenis beslissingen in tweede fase enquêteprocedure voor aansprakelijkheidsprocedure tegen personen die deel uitmaken van organen van onderzochte rechtspersoon. Toepasselijkheid art. 284 lid 1 Rv in tweede fase enquêteprocedure.

NJ 2006, 443: Recht van enquête. Vaststelling wanbeleid door ondernemingskamer niet ambtshalve. Betekenis beslissingen in tweede fase enquêteprocedure voor aansprakelijkheidsprocedure tegen personen die deel uitmaken van organen van onderzochte rechtspersoon. Toepasselijkheid art. 284 lid 1 Rv in tweede fase enquêteprocedure.

Instantie: Hoge Raad Datum: 8 april 2005
Magistraten: Mrs. J.B. Fleers, A.M.J. van Buchem-Spapens, E.J. Zaaknr: R04/005HROK109
Numann, J.C. van Oven, F.B. Bakels
Conclusie: A-G Timmerman LJN: AS5010
Roepnaam: - Noot: G. van Solinge
BW art. 2:138; BW art. 2:245; BW art. 2:345; BW art. 2:349a; BW art. 2:355; BW art. 2:356;
BW art. 6:74; BW art. 6:162; Rv art. 284

Essentie
|
Samenvatting
|
Partijen
Snel naar: |
Voorgaande uitspraak
|
Conclusie
|
Noot

Essentie
Naar boven

Recht van enquête. Vaststelling wanbeleid door ondernemingskamer niet ambtshalve. Betekenis beslissingen in tweede fase enquêteprocedure voor aansprakelijkheidsprocedure tegen personen die deel uitmaken van organen van onderzochte rechtspersoon. Toepasselijkheid art. 284 lid 1 Rv in tweede fase enquêteprocedure.

Indien de ondernemingskamer aanleiding ziet een kwestie inzake het beleid en de gang van zaken van de onderzochte rechtspersoon ambtshalve aan de orde te stellen, dient zij partijen in een tussenbeschikking in de gelegenheid te stellen het processuele debat daarover aan te gaan en dient zij zich van een beslissing op dit punt te onthouden als vervolgens blijkt dat partijen dit debat niet wensen te voeren.

Indien personen die deel uitmaken van de organen van de rechtspersoon door derden die als gevolg van wanbeleid schade hebben geleden aansprakelijk worden gesteld in een afzonderlijke, op art. 6:74 en/of art. 6:162 en/of art. 2:138/248 BW gebaseerde, procedure, is de vaststelling van de ondernemingskamer dat van wanbeleid van de onderzochte rechtspersoon sprake is — behoudens cassatie — weliswaar bindend voor diegenen die in de tweede (fase van de) procedure van de enquête zijn verschenen en ofwel tot toewijzing van hetgeen verzocht en/of gevorderd is hebben geconcludeerd ofwel daartegen verweer hebben gevoerd, maar dit impliceert niet de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de

organen van de rechtspersoon voor dat wanbeleid. De door de ondernemingskamer vastgestelde feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure ook niet op voorhand vast, zelfs niet behoudens tegenbewijs. Het oordeel van de ondernemingskamer dat van wanbeleid sprake is geweest, kan daarin onder omstandigheden wel de bewijsrechtelijke betekenis hebben, dat de rechter, mede gelet op de inhoud van het door de onderzoekers opgestelde verslag en het daarover in de tweede (fase van de) procedure van de enquête gevoerde debat, voorshands bewezen acht dat de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon zijn taak niet heeft vervuld op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen. De aard van de tweede (fase van de) procedure van de enquête brengt mee dat een uitzondering moet worden gemaakt op de hoofdregel van art. 284 lid 1 Rv (toepasselijkheid op de verzoekschriftprocedure van de bewijsrechtelijke regels van art. 149–207 Rv).

Samenvatting

Naar boven

UB Holding en Lijmar hebben zich in een procedure tegen Laurus en Casino gewend tot de ondernemingskamer en primair verzocht een nader onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Laurus door andere onderzoekers te bevelen en subsidiair te bepalen dat sprake is van wanbeleid van Laurus en op de voet van art. 2:356 BW voorzieningen te treffen. De commissarissen hebben zich eveneens als belanghebbenden gewend tot de ondernemingskamer en haar onder meer verzocht om, indien de ondernemingskamer op het verzoek van UB Holding en Lijmar zou uitspreken dat uit het verslag van het onderzoek van wanbeleid is gebleken, daarbij te verstaan dat zulks geen betrekking heeft op het functioneren van de raad van commissarissen. Laurus heeft het verzoek bestreden en Casino heeft zich gerefereerd aan het oordeel van de ondernemingskamer. De ondernemingskamer heeft bij beschikking onder meer verstaan dat uit het verslag van het onderzoek blijkt van wanbeleid van Laurus N.V. in de periode van 1 januari 2000 tot medio augustus 2001 (fase I), het bedrag dat het aanvullend onderzoek ten hoogste mag kosten vastgesteld, en bepaald dat deze kosten ten laste van Laurus komen. Iedere verdere beslissing werd aangehouden. In deze beschikking heeft de ondernemingskamer eveneens een onderzoek bevolen betreffende het tijdvak van 1 januari 2000 tot 22 mei 2002. In dit tijdvak, dat door de ondernemingskamer fase I wordt genoemd, vond de zogeheten ‘operatie Groenland’ plaats. Daarmee werd de integratie aangeduid van de zes supermarktformules waarmee Laurus op de Nederlandse markt actief was. In fase II verloor Laurus na 22 mei 2002 haar zelfstandigheid en is zij onderdeel geworden van het Franse Casino-concern. Onbestreden is de rechtsoverweging van de ondernemingskamer dat er mét de onderzoekers van wordt uitgegaan dat de strategische keuze voor één formule voor alle supermarkten van Laurus in Nederland in beginsel verantwoord was en het daartoe opgestelde businessplan in beginsel op zichzelf niet onhaalbaar. Van meet af aan was echter duidelijk dat het plan uiterst ambitieus was, zowel financieel als operationeel. De ondernemingskamer heeft geoordeeld dat de hoofddirectie bij de uitvoering van het businessplan onverantwoorde risico's heeft genomen, waarbij uiteindelijk ook het voortbestaan van Laurus op het spel is komen te staan. Het door de hoofddirectie van Laurus gevoerde beleid dient te worden gekwalificeerd als wanbeleid. Wat betreft de vraag of ook de raad van commissarissen verantwoordelijkheid draagt voor dit wanbeleid, overwoog de ondernemingskamer dat voorop staat dat deze in beginsel mag afgaan op informatie die hem door het bestuur wordt verstrekt. Niettemin mocht van de raad van commissarissen ook en juist in de periode voorafgaand aan de omvorming van de eerste winkels een scherper toezicht verwacht worden dan bij voortzetting van een bestendig beleid gebruikelijk zou zijn geweest. In de gegeven omstandigheden was uiterlijk per eind maart 2001 het moment aangebroken waarop een scherper toezicht had moeten worden uitgeoefend,

en is de raad van commissarissen door zulks na te laten, in zoverre medeverantwoordelijk voor het geconstateerde wanbeleid.

De inhoud van het verzoekschrift en het daarop gevolgde verloop van het processuele debat laten geen andere uitleg toe, dan dat het verzoek geen betrekking had op het beleid van Laurus in fase I. Indien de ondernemingskamer niettemin aanleiding zag deze kwestie ambtshalve aan de orde te stellen, had zij partijen in een tussenbeschikking in de gelegenheid moeten stellen het processuele debat daarover aan te gaan en had zij zich van een beslissing op dit punt dienen te onthouden als vervolgens zou blijken dat partijen dit debat niet wensten te voeren (vgl. HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460). Het in de wet vastgelegde stelsel van het recht van enquête houdt twee afzonderlijke procedures in (in HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 486 ook aangeduid als: twee fasen). Wat betreft de tweede procedure, waarin de ondernemingskamer, indien uit het verslag van de door haar benoemde onderzoekers van wanbeleid is gebleken (art. 2:355 BW), de in art. 2:356 BW genoemde voorzieningen kan treffen, heeft de Hoge Raad in zijn beschikking van 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, overwogen dat de vaststelling van de ondernemingskamer dat van wanbeleid sprake is — behoudens cassatie — bindend is, ook in andere procedures, voor diegenen die in de tweede procedure zijn verschenen en ófwel tot toewijzing van hetgeen verzocht en/of gevorderd is hebben geconcludeerd ófwel daartegen verweer hebben gevoerd, zonder dat daarmee tevens is vastgesteld of en in hoeverre dit wanbeleid aan die individuele verweerder kan worden verweten en deze daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld. Indien personen die deel uitmaken van de organen van de rechtspersoon door derden die als gevolg van wanbeleid schade hebben geleden aansprakelijk worden gesteld in een afzonderlijke, op art. 6:74 en/of art. 6:162 en/of art. 2:138/248 BW gebaseerde, procedure, is de vaststelling van de ondernemingskamer dat van wanbeleid van de onderzochte rechtspersoon sprake is — behoudens cassatie — weliswaar bindend voor diegenen die in de tweede procedure van de enquête zijn verschenen en ofwel tot toewijzing van hetgeen verzocht en/of gevorderd is hebben geconcludeerd ofwel daartegen verweer hebben gevoerd, maar dit impliceert niet de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de organen van de rechtspersoon voor dat wanbeleid. De door de ondernemingskamer vastgestelde feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure ook niet op voorhand vast, zelfs niet behoudens tegenbewijs. Het oordeel van de ondernemingskamer dat van wanbeleid sprake is geweest, kan daarin onder omstandigheden wel de bewijsrechtelijke betekenis hebben dat de rechter, mede gelet op de inhoud van het door de onderzoekers opgestelde verslag en het daarover in de tweede procedure van de enquête gevoerde debat, voorshands bewezen acht dat de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon zijn taak niet heeft vervuld op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen. Onder deze omstandigheden en mede gelet op de aard van de tweede procedure van de enquête, waarin de wetgever eveneens spoed geboden achtte, moet worden aangenomen dat de ondernemingskamer niet is gehouden in te gaan op een aanbod tot bewijslevering. Daarom komt aan commissarissen, hoezeer zij ook blijkens het hiervoor overwogene belang hebben bij het desbetreffende oordeel van de ondernemingskamer, in de tweede procedure van de enquête ook niet het recht toe tegenbewijs te leveren tegen voor hen nadelige bevindingen van de door de ondernemingskamer benoemde onderzoekers. In zoverre brengt de aard van de zaak dus mee dat een uitzondering moet worden gemaakt op de hoofdregel van art. 284 lid 1 Rv.[1]

Partij(en)

Naar boven

1. Laurus N.V., te 's-Hertogenbosch,
2. W.M. de Grefte, te Nijkerk,
3. J.M. Hessels, te Wassenaar,

4. R.J. Laan, te Parijs, Frankrijk,
 5. J.M.M. Maeijer, te Heilig Landstichting, gemeente Groesbeek,
 6. A.H.J. Risseeuw, te Loenen aan de Vecht, gemeente Loenen,
 7. K.J.S., te Aerdenhout, gemeente Bloemendaal,
 8. M. Ververs, te Hattem, verzoekers tot cassatie, adv. mr. P. van Schilfgaarde,
- tegen

1. UB Holding B.V.,
2. Lijmar B.V., te Roosendaal, verweersters in cassatie, adv. mr. J.W.H. van Wijk, en
3. Casino Guichard Perrachon S.A., te Saint-Etienne, Frankrijk, belanghebbende in cassatie, niet verschenen.

Uitspraak

Naar boven

Hof:

3. De gronden van de beslissing

3.1

Verzoeksters hebben betoogd dat het verslag van het onderzoek hen aanleiding heeft gegeven om primair te verzoeken tot het instellen van een nader onderzoek —meer in het bijzonder met betrekking tot fase II— en subsidiair tot het vaststellen van wanbeleid en het treffen van maatregelen op de voet van artikel 2:356 BW. Hoewel het verzoekschrift —evenals de overige van verzoeksters afkomstige stukken— zich vooral richt op fase II, wordt —op pagina 25— in het verzoekschrift met zoveel woorden gesteld dat ‘ het onderzoeksrapport (...) voldoende aanknopingspunten biedt om ter zake het Konmar debacle tot wanbeleid te concluderen’ . Voorts hebben verzoeksters —op pagina 29 van het verzoekschrift— in algemene zin gesteld dat —naar de Ondernemingskamer begrijpt: door (het gevoerde beleid van) Laurus— de rechten van aandeelhouders met voeten zijn getreden en dat niet sprake is van een incidentele beleidsfout maar van het stelselmatig en bij herhaling negeren van de belangen van de aandeelhouders en zelfs van misleiding, en hebben zij in het petitum verzocht dat de Ondernemingskamer bepaalt dat van wanbeleid is gebleken en een of meer van de in artikel 2:356 BW genoemde voorziening(en) treft die de Ondernemingskamer geraden acht, zonder dat zij daarin enige beperking hebben aangebracht in de periode waarop of in de onderwerpen met betrekking tot welke haar stelling onderscheidenlijk het verzochte ziet. Bij pleidooi ter terechtzitting van 19 juni 2003 is namens verzoeksters met betrekking tot het eerste deel van het verslag verwezen naar het verzoekschrift en hebben verzoeksters zich gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer.

3.2

Anders dan commissarissen blijktens onderdeel 7 van hun verweerschrift hebben betoogd, staat naar het oordeel van de Ondernemingskamer aan ontvankelijkheid van het verzoek, voorzover het fase I betreft, niet in de weg dat verzoeksters —naast de zojuist geciteerde verwijzing naar het verslag van het onderzoek— verder ‘ geen duidelijke omschrijving hebben gegeven van het verzoek en de gronden daarvan’ . Die verwijzing naar het —juist omtrent fase I zeer uitvoerige— verslag, de hiervoor vermelde stelling in het verzoekschrift en de formulering van het petitum, maken het voorwerp van de rechtsstrijd voldoende duidelijk. Niet kan worden gezegd dat de commissarissen in het voeren van verweer zijn geschaad door de wijze waarop verzoeksters haar verzoek —waar het betreft fase I— aan de orde hebben gesteld. Verdergaande eisen kunnen aan het verzoek niet worden gesteld. Zodanige eisen vermag de Ondernemingskamer ook niet te lezen in de door de vennootschap ter terechtzitting ingeroepen beschikking van de Hoge Raad van 18 april 2003 (*ARO* 2003, 80, *JOR* 2003/110, *NJ* 2003, 286) inzake Rodamco North America NV De Ondernemingskamer verwerpt mitsdien het hier beoordeelde beroep op niet ontvankelijkheid van verzoeksters.

3.3

De Ondernemingskamer zal eerst —in de hierna volgende rechtsoverwegingen 3.4 tot en met 3.9— ingaan op fase I, waarna het verzoek voorzover het het beleid van Laurus in fase II betreft zal worden beoordeeld.

3.4

De Ondernemingskamer gaat er —met de onderzoekers— van uit dat de strategische keuze voor één formule voor alle supermarkten van Laurus in Nederland in beginsel verantwoord was en het businessplan in beginsel op zichzelf niet onhaalbaar. Tegelijk was evenwel van meet af aan duidelijk dat het plan uiterst ambitieus was, zowel financieel als operationeel, en dat het alleen zou kunnen slagen als werd voldaan aan de in het businessplan omschreven randvoorwaarden. Uit het verslag van de onderzoekers blijkt evenwel dat aan cruciale voorwaarden op het punt van financiering, administratieve organisatie, managementinformatie en logistiek op geen enkel moment is voldaan, hetgeen de hoofddirectie in een vroeg stadium heeft kunnen en moeten onderkennen. Door ondanks alle negatieve signalen de uitvoering van het businessplan voort te zetten voorbij een punt waarbij geen aanvaardbare weg terug meer mogelijk was, heeft de hoofddirectie onverantwoorde risico's genomen waarbij uiteindelijk ook het voortbestaan van Laurus op het spel is komen te staan, met alle nadelige gevolgen van de betrokken belangen van dien. Moge voor het doorgaan op een onverantwoorde koers nog een psychologische verklaring denkbaar zijn —een zeer sterke focus op en geloof in het succes van de vernieuwde winkels—, rationeel kan daarvoor geen enkele rechtvaardiging worden gegeven, omdat de aantrekkingskracht van de nieuwe winkelformule —laat staan de haalbaarheid van de gehele ombouwoperaties— niet aan enige serieuze test is onderworpen. Het had dan ook reeds snel duidelijk moeten zijn geweest dat voormelde focus op een illusie berustte.

3.5

Het oordeel kan dan ook slechts luiden dat het ter zake van de operatie Groenland door de hoofddirectie van Laurus gevoerde beleid dient te worden gekwalificeerd als wanbeleid.

3.6

Bij de beantwoording van de vraag of —ook— de raad van commissarissen verantwoordelijkheid draagt voor dit wanbeleid, stelt de Ondernemingskamer voorop dat volgens het Nederlandse wettelijke systeem van bestuur en toezicht en de in Nederland gangbare opvattingen van 'corporate governance', de raad van commissarissen in beginsel mag afgaan op de informatie die hem, gevraagd of ongevraagd, door het bestuur wordt verstrekt. Uit het verslag is gebleken dat de hoofddirectie zich bij voortdurende —en tegen beter weten in— positief is blijven uitlaten over de operatie-Groenland. Voorts staat vast dat de raad van commissarissen in juli-augustus 2001 resoluut en daadkrachtig heeft ingegrepen teneinde de continuïteit van Laurus, althans haar onderneming, veilig te stellen. Tegen deze achtergrond komt de vraag op of de raad van commissarissen zodanige signalen heeft kunnen opvangen dat hij eerder had moeten ingrijpen dan hij heeft gedaan.

3.7

De Ondernemingskamer kan het verweer van belanghebbenden onder 1 tot en met 7 in zoverre aanvaarden dat een ingreep van commissarissen in mei 2001 bij of aanstonds na de —met veel interne en externe publiciteit omgeven— opening van de eerste 'nieuwe Konmars', onverantwoord zou zijn geweest met het oog op de enorme imagoschade en vertrouwensschade die van zo een ingreep het gevolg zou zijn geweest. De Ondernemingskamer verenigt zich op dit punt met de bevindingen van de onderzoekers op de pagina's 28 en 29 van hun verslag.

3.8

Dat houdt evenwel nog niet in dat een actiever optreden op enig aan 6 mei 2001 —de dag van de bijeenkomst in de Amsterdam Arena— voorafgaand moment niet mogelijk was en zelfs

geboden zou zijn geweest. Naar ook de raad van commissarissen zich bewust moet zijn geweest, hield de keuze voor het businessplan een zeer ambitieuze doelstelling in en werd met de uitvoering daarvan op een scherpe koers gevaren. Bekend was onder meer dat de financiering afhankelijk was van een vlotte desinvestering van non-core activiteiten en van winstgroei als gevolg van de omvorming zelf. Voorts is van belang dat —zoals de onderzoekers hebben vastgesteld —het businessplan wat betreft de voortgang van de uitvoering niet voorzag in controlemomenten waarop die uitvoering tijdig kon worden bijgesteld en zo nodig worden gestopt. Tegen deze achtergrond is de Ondernemingskamer van oordeel dat van de raad van commissarissen ook en juist in de periode voorafgaande aan de omvorming van de eerste winkels een scherper toezicht verwacht mocht worden dan bij voortzetting van een bestendig beleid gebruikelijk zou zijn geweest. Dat was te meer van belang omdat onlangs een nieuwe voorzitter van de hoofddirectie was benoemd, die geen ervaring had met winkelformules.

3.9

Dat oordeel doet de Ondernemingskamer voorts steunen op de volgende bevindingen van de onderzoekers:

‘ Geconstateerd moet worden dat, ondanks de onderkende grote risico's, door de raad van commissarissen geen concrete en harde voorwaarden zijn bedongen ter voorkoming dat de raad in geval van dreigend misgaan van de operatie Groenland, daarmee pas zou worden geconfronteerd op een moment dat er reeds van een de continuïteit van Laurus bedreigende situatie sprake zou zijn. Aan de enquêteurs konden geen noodscenario's (...) worden getoond (pagina 22);

Nooit is getest in hoeverre de na hun omvorming te heropenen winkels bedrijfsklaar zouden blijken te zijn, zowel wat betreft bestellen en bevoorrading enerzijds als het afrekenen aan de kassa anderzijds. Dat alles zou derhalve pas blijken op het moment dat de eerste klanten in de heropende winkels stonden (pagina 27);

De werkelijkheid komt er derhalve op neer dat reeds bij de aanvang van de uitvoering van het businessplan in begin 2001 zowel de resultatenontwikkeling als de financiering van het plan in belangrijke mate negatief afweken van wat in het businessplan was aangenomen (pagina's 40 en 41);

De KPMG presentaties lieten aan duidelijkheid niets te wensen over en bevatten niet mis te verstane waarschuwingen, zowel aan de audit commissie als aan de raad van commissarissen als geheel, dat de uitvoering van het businessplan problemen zou kunnen opleveren (pagina 51);

Op het moment dat de resultaten over 2000 bekend werden (het jaarverslag kwam uit op 20 maart 2001, Ondernemingskamer), moet het duidelijk geweest kunnen zijn dat Laurus reeds was afgedenkt naar de toestand die in het businessplan als worst case scenario was voorgesteld. (...) Op dat moment was er nog geen zich op spoedige verkoop van de non-core onderdelen zoals in het businessplan voorzien (pagina 51);

Uit de presentatie (in de vergadering van de raad van commissarissen van 20 maart 2001, Ondernemingskamer) blijkt dat het in het businessplan voorziene bedrag van f 566 mln als cash-out voor store investments in 2001 inmiddels was opgelopen tot f 680 mln. Hiervan zou f 440 mln worden uitgegeven in de periode tot medio augustus 2001 voor de eerste 155 om te vormen winkels. Tot vragen of opmerkingen van de commissarissen heeft deze forse overschrijding blijkens de notulen niet geleid (pagina 42);

Kodde is vertrokken (de derde vertrekkende CFO in een tijdsbestek van nog geen half jaar) kort na de presentatie aan de raad van commissarissen van Framework 2001 (op 20 maart 2001, Ondernemingskamer), welke presentatie wees op een groot aantal financiële problemen bij de uitvoering van de operatie Groenland (pagina 51);

Uit de notulen van de vergaderingen van de raad van commissarissen blijkt gebrek aan enige

door de directie verstrekte, inhoudelijke en concrete informatie over uitvoering, voortgang, fasering, checkpoints en de mogelijkheid de operatie Groenland alsnog verantwoord te kunnen stoppen, althans opschorten (pagina 51);

De raad van commissarissen heeft blijkens de notulen van zijn vergaderingen nooit kritische vragen gesteld, althans heeft nooit doorgevraagd, over onderdelen of aspecten van het businessplan die van doorslaggevende betekenis waren voor het succes ervan (pagina 52).'

3.10

Op grond van vorenvermelde vaststellingen en bevindingen, die in het verweerschrift van de commissarissen onvoldoende —gemotiveerd— zijn weersproken, is de Ondernemingskamer van oordeel dat —ook al zou de raad van commissarissen aanvankelijk het voordeel van de twijfel hebben mogen geven aan de hoofddirectie —uiterlijk per eind maart 2001 het moment was aangebroken waarop een scherper toezicht had moeten worden uitgeoefend, en dat de raad van commissarissen door zulks na te laten in zoverre medeverantwoordelijk is voor het geconstateerde wanbeleid. De Ondernemingskamer neemt hierbij nog in aanmerking dat —naast de meer dan normale alertheid die van de raad reeds mocht worden verwacht in verband met de gedurfdheid van het businessplan —het in snel tempo elkaar opvolgen van een drietal *chief financial officers*, het zonder overleg verplaatsen van het hoofdkantoor naar —het Van Nelle-gebouw in —Rotterdam, de door die verplaatsing veroorzaakte uitstroom van gekwalificeerd personeel, en het ontbreken van draagvlak bij de franchisenemers, de raad van commissarissen bewust had horen maken van de risico's die hij nam door de hoofddirectie niet korter aan de teugel te nemen.

3.11

Voorzover hetgeen verzoeksters hebben aangevoerd omtrent door hen geconstateerde lacunes in het —verslag van het —onderzoek voorzover dat betrekking heeft op Fase I moet worden begrepen als —mede —in te houden het —blijkbaar ten behoeve van Albada Jelgersma in zijn hoedanigheid van commissaris gedane —verzoek dat omtrent de in dit verband vermelde punten nader onderzoek plaatsvindt, overweegt de Ondernemingskamer als volgt. De Ondernemingskamer heeft in verband met de door haar vastgestelde medeverantwoordelijkheid van de raad van commissarissen voor het geconstateerde wanbeleid niet —ook —een oordeel gegeven omtrent de rol van iedere commissaris afzonderlijk. Het verslag van het onderzoek biedt daartoe geen althans onvoldoende grond. Mede in aanmerking nemende dat een procedure als de onderhavige niet althans niet in de eerste plaats strekt tot de vaststelling van individuele verantwoordelijkheid voor vastgesteld wanbeleid en dat verzoeksters niet dan wel onvoldoende hebben aangevoerd dat en welk nadeel zou worden geleden indien het hier beoordeelde verzoek niet zou worden toegewezen, zal de Ondernemingskamer dat verzoek afwijzen.

3.12

Met betrekking tot fase II hebben verzoeksters de Ondernemingskamer primair verzocht een nader onderzoek te gelasten op een groot aantal punten. Laurus en belanghebbende Casino hebben hiertegen verweer gevoerd van —kort gezegd —de strekking dat er na de neerlegging ter griffie van de Ondernemingskamer van het verslag van het onderzoek geen wettelijke grondslag is voor een —verder —onderzoek.

3.13

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer verzet de tekst noch de systematiek van de wettelijke regeling inzake het recht van enquête zich ertegen dat de Ondernemingskamer na de neerlegging van het verslag in zijn initiële vorm, al of niet op verzoek van partijen, de onderzoeker verzoekt het verslag op een of meer punten aan te vullen of haar te voorzien van bescheiden waarop de bevindingen van de onderzoeker berusten en die niet bij het verslag zijn gevoegd of niet door partijen in het geding zijn gebracht. De bevoegdheid daartoe ziet de Ondernemingskamer als het sequeel van de haar in artikel 2:345 lid 1 BW gegeven

bevoegdheid tot het benoemen van onderzoekers teneinde een onderzoek in te stellen en op het algemene uitgangspunt met betrekking tot rechterlijke oordelen dat de rechter kennis dient te nemen van feiten die voor zijn oordeel van belang zijn. Op —kort gezegd— de bevoegdheden van de onderzoeker zijn ook bij een ‘nader onderzoek’ als hier bedoeld de artikelen 2:351 en 2:352 BW van toepassing. Op de neerlegging ter griffie van de Ondernemingskamer van het verslag van het onderzoek blijft artikel 2:353 BW toepasselijk en voor de —verdere— procedure geldt opnieuw de regeling van de artikelen 2:354 tot en met 2:359 BW, met dien verstande dat alsdan het verslag en het nadere verslag gezamenlijk ter discussie staan en gezamenlijk de grondslag vormen voor het oordeel of —al of niet— sprake is van wanbeleid en voor de beslissing omtrent een eventueel verzoek tot het treffen van voorzieningen.

3.13

Artikel 2:355 BW brengt mee dat de Ondernemingskamer op verzoek van een of meer zich daartoe kwalificerende partij(en) kan verstaan dat uit het verslag van wanbeleid is gebleken. Zoals volgt uit rechtsoverweging 3.13 van de eerder genoemde beschikking van de Hoge Raad inzake Rodamco North America NV, kan niet de eis worden gesteld dat bedoeld oordeel uitsluitend wordt gebaseerd op de feitelijke vaststellingen in het verslag. Dat oordeel kan ook —mede— worden gemotiveerd met gronden die worden ontleend aan hetgeen in de procedure —overigens— feitelijk is komen vaststaan, met dien verstande evenwel dat het —onderwerp van het— onderzoek het kader van het debat van partijen dient te vormen.

3.14

De Ondernemingskamer acht het derhalve mogelijk dat bij de behandeling van een verzoek naar aanleiding van het verslag van een onderzoek in zijn initiële vorm zodanige feiten worden gesteld onderscheidenlijk dat zodanige stellingen worden geponeerd, dat de Ondernemingskamer het in het kader van haar oordeelsvorming over de vraag of —al of niet— sprake is van wanbeleid, geraden acht de onderzoeker te verzoeken het verslag op het (de) desbetreffende punt(en) aan te vullen.

3.15

Verzoeksters hebben gesteld dat de fairness letter van Morgan Stanley een kritische factor vormde voor de oordeelsvorming van de aandeelhouders ten aanzien van de Casino-transactie. Deze stelling is onbetwist gebleven en komt de Ondernemingskamer ook overigens aannemelijk voor. Verzoeksters hebben uitvoerig en gemotiveerd kritiek uitgeoefend op de wijze van totstandkoming van de fairness letter. Daarbij hebben zij met name de gang van zaken rond de ‘risk adjusted advised forecast’ aan de orde gesteld.

3.16

Verzoeksters hebben —voorts— gesteld dat het businessplan van Casino inzake Spanje een belangrijke rol heeft gespeeld bij de (prijs)onderhandelingen en dat de inhoud van dit plan in dit geding niet verifieerbaar is geweest voor aandeelhouders.

3.17

Op grond van —onder meer— de hier aangehaalde stellingen hebben verzoeksters betoogd dat niet begrijpelijk is de conclusie van de onderzoekers dat de aan de certificaathouders ter beschikking gestelde stukken voldoende informatie bevatten om hen in staat te stellen zich een beeld te vormen van de positie waarin Laurus zich bevond en van de (on)wenselijkheid van goedkeuring van de Casino-transactie.

3.18

De onderzoekers hebben vastgesteld dat de gang van zaken rondom de totstandkoming van de ‘risk adjusted revised forecast’ in hoge mate slordig is geweest. In de stellingen —op pagina 28 van het verweerschrift en herhaald in punt 46 van de pleitnotities— van de commissarissen, ligt de erkenning besloten dat de emissieprijs van € 0,90 mede —doch niet uitsluitend— was gebaseerd op te verwachten verliezen en kosten verbonden aan de

herstructurering van Spanje, zij het dat ook andere factoren, zoals de snel verslechterende situatie in België en noodzakelijke investeringen in ICT-systemen een rol speelden.

3.19

Aan hun weergave —op de pagina's 60 tot en met 69 van het verslag van het onderzoek — van de gang van zaken rondom de —totstandkoming van de —fairness letter hebben de onderzoekers de conclusie verbonden dat uit niets aannemelijk is geworden dat Morgan Stanley de ' revised forecast' onder ogen heeft gehad voordat zij de ' risk adjusted revised forecast' hadden ontvangen. Zij hebben dan ook geen aanleiding gezien voor de gerechtvaardigdheid van de verdenking van Albada Jelgersma dat de ' risk adjusted revised forecast' is opgesteld teneinde Morgan Stanley in staat te stellen een fairness opinion te geven op de koers van € 0,90 per aandeel. Wat daarvan zij —verzoeksters hebben deze conclusie betwist bij pleidooi ter terechtzitting van 19 juni 2003 —, daarmee is nog niet afdoende de vraag beantwoord of de ' fairness letter' —die van groot belang was voor de oordeelsvorming van de aandeelhouders en certificaathouders over de bij de Casino-transactie gehanteerde emissieprijs —was gebaseerd op juiste, volledige en evenwichtige informatie. De Ondernemingskamer neemt hierbij nog in aanmerking dat niet duidelijk is geworden of Morgan Stanley bekend was met het verschil in karakter tussen de ' revised forecast' (die mede ' bottom-up' tot stand was gekomen) en de ' risk adjusted revised forecast' (een ' top-down' opgesteld stuk).

3.20

Voormelde vragen verliezen haar betekenis niet door de omstandigheid dat —volgens de onderzoekers —de ' risk adjusted revised forecast' achteraf dichter bij de werkelijkheid was dan de ' revised forecast'. Voor de beoordeling van genoemde vraag zijn immers van belang de gegevens en het inzicht zoals die bestonden ten tijde van de totstandkoming van de fairness letter, medio mei 2002.

3.21

De Ondernemingskamer zal dan ook de onderzoekers verzoeken hun verslag aan te vullen met de huns inziens van belang zijnde documentatie betreffende de —totstandkoming van —de fairness letter, waaronder de verstrekte opdracht en de bevestiging daarvan, door Laurus aan Morgan Stanley ter beschikking gestelde stukken (eventueel met begeleidende correspondentie, relevante faxberichten en elektronische berichten), door Morgan Stanley aan Laurus gestelde vragen en de daarop gegeven antwoorden, en voorts om de vraag onder ogen te zien of die nadere informatie hen al of niet tot een nader oordeel brengt over de aan de aandeelhouders en certificaathouders verstrekte informatie ter gelegenheid van de algemene vergadering van aandeelhouders over de Casino-transactie.

3.22

Op pagina 83 van het verslag hebben de onderzoekers geschreven dat Morgan Stanley zich wat ' Spanje' betreft, zonder dat in de fairness letter te vermelden, heeft gebaseerd op het op dat moment reeds recente bod van CVC Capital Partners, dat zij dat bod heeft gewaardeerd op € 167 miljoen negatief en dat Morgan Stanley blijkens de fairness letter niet de beschikking heeft gehad over een herstructureringsplan voor Spanje. De Ondernemingskamer zal de onderzoekers daarom tevens verzoeken aan te geven of het hier genoemde herstructureringsplan het hiervoor in 2.70 genoemde plan-Van Rooten dan wel enig ander plan en zo ja welk betrof. Voorts acht de Ondernemingskamer het gewenst documentatie te bezien van de door Morgan Stanley aan haar fairness letter ten grondslag gelegde documenten, ook voorzover zij van anderen dan Laurus afkomstig zijn. Zij zal dan ook de onderzoekers verzoeken hun verslag met ook deze documentatie, voorzover naar hun opvatting van belang, aan te vullen.

3.23

Ten slotte zal de Ondernemingskamer de onderzoekers verzoeken zich uit te laten over de —

op pagina 19 van de als productie 6 bij het verzoekschrift gevoegde notitie met bijlagen van mr. Soerjatin aan de onderzoekers van 14 augustus 2002 vervatte —stelling van verzoeksters van de strekking dat onder de van —adviseurs van —Casino afkomstige stukken de business cases van Casino inzake ‘ Spanje ’ behoren.

3.24

Het vorenoverwogene leidt tot de slotsom dat de Ondernemingskamer aan de beoordeling van de overige stellingen van verzoeksters en van het subsidiaire verzoek van verzoeksters voorzover die betrekking hebben op fase II thans —nog —niet toekomt. De beslissing dienaangaande zal zij dan ook aanhouden.

4.De beslissing

De Ondernemingskamer:

Verstaat dat uit het verslag van het onderzoek blijkt van wanbeleid van Laurus NV in de periode 1 januari 2000 tot medio augustus 2001 (fase I) in voege zoals hiervoor in de rechtsoverwegingen 3.4 tot en met 3.10 is omschreven.

Verzoekt de in deze zaak eerder benoemde onderzoekers hun verslag aan te vullen en uit te breiden in voege zoals hiervoor in de rechtsoverwegingen 3.18 tot en met 3.23 is omschreven.

Stelt het bedrag dat het aanvullende onderzoek ten hoogste mag kosten vast op € 30 000, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen.

Bepaalt dat deze kosten ten laste van Laurus NV komen en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoekers vooraf zekerheid dient te stellen.

Houdt iedere verdere beslissing aan.

Cassatiemiddelen:

Tegen de beslissing van de OK voeren verzoekers als middel van cassatie aan: schending van het recht en/of verzuim van vormen die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven. Het middel wordt hieronder uitgewerkt in een aantal ook in onderling verband te lezen onderdelen. Hierbij mag worden aangetekend dat de onderdelen 6 en 7 uitsluitend worden aangevoerd door de Commissarissen, derhalve niet door Laurus.

Onderdeel 1

16

De Commissarissen (verzoekers 2 t/m 8 in cassatie) hebben in de feitelijke instantie gemotiveerd betoogd dat UB Holding en Lijmar niet ontvankelijk behoorden te worden verklaard in hun verzoek tot vaststelling van wanbeleid c.a., voorzover dat betrekking heeft op de in deel I van het Verslag bedoelde periode (verzoekschrift Commissarissen d.d. 12 juni 2003, nr. 7 en 8). In strijd met het recht en onbegrijpelijk gemotiveerd heeft de OK in r.o. 3.1 en 3.2 dit beroep op niet-ontvankelijkheid verworpen, heeft althans de OK het verzoek van UB Holding en Lijmar, voorzover het betrekking heeft op de in deel I van het Verslag bedoelde periode, niet afgewezen.

Toelichting

17

Artikel 278 lid 1 Rv bepaalt in de eerste zin van het eerste lid:

‘ Het verzoekschrift vermeldt ... een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust’ .’

18

De procedure ex artikel 2:355 BW, die heeft geleid tot de in cassatie aangevochte beschikking, is ingeleid door een verzoekschrift van UB Holding en Lijmar d.d. 19 februari 2003. Het petitum van dat verzoekschrift werd onder 2 hiervoor geciteerd. Van het 30 pagina's tellende verzoekschrift zijn er 24 gewijd aan het primaire verzoek (het bevelen van een nader onderzoek, meer in het bijzonder met betrekking tot fase II, vgl. r.o. 3.1 en punt 13 hiervoor). Aan het subsidiaire verzoek (gericht op het vaststellen van wanbeleid en het treffen

van maatregelen) zijn de pagina's 25– 30 van het verzoekschrift gewijd. Zoals uit de tekst van deze pagina's 25– 30 blijkt wordt dit verzoek onderbouwd door een aantal uitgewerkte stellingen, genummerd (i) t/m (v), die alle betrekking hebben op fase II. Deze stellingen kunnen gelden als ‘ de gronden waarop het (subsidiare) verzoek berust’ in de zin van artikel 278 lid 1 Rv. Ten aanzien van fase I bevat het verzoekschrift geen enkele uitgewerkte stelling. Volstaan wordt met de op p. 25 verwoorde ‘ aantekening’ :

‘ ... dat het onderzoeksrapport ... voldoende aanknopingspunten biedt om ter zake het Konmar debacle tot wanbeleid te concluderen.’

Als een voldoende specifieke stelling kan ook niet gelden de op p. 29 van het verzoekschrift onder ‘ 5. Maatregelen’ te vinden passage:

‘ De rechten van de aandeelhouders zijn met de voeten getreden. Er is niet sprake van een incidentele beleidsfout maar van het stelselmatig en bij herhaling negeren van de belangen van de aandeelhouders en zelfs van misleiding.’

daargelaten nog dat in deze passage kennelijk wordt gerefereerd aan de hiervoor bedoelde stellingen (i) t/m (v), die alle betrekking hebben op fase II. Als een voldoende specifieke stelling kan evenmin gelden hetgeen in het petitum is opgenomen.

19

Aldus bevat het ingediende verzoekschrift ten aanzien van fase I, voorzover het gaat om het (subsidiar voorgedragen) verzoek tot het vaststellen van wanbeleid c.a., niet een duidelijke omschrijving van het verzoek en zeker niet de gronden waarop het berust. Het verzoekschrift voldoet derhalve niet aan artikel 278 lid 1 Rv, hetgeen tot niet-ontvankelijk verklaring, althans tot afwijzing in zoverre had moeten leiden.

20

Bij het bovenstaande wordt niet uit het oog verloren dat mogelijk de regel van artikel 278 lid 1 Rv in deze zin moet worden geïnterpreteerd dat het de verzoeker tot op zekere hoogte vrijstaat zijn verzoek te verbeteren of aan te vullen zo dat wel aan de eisen van artikel 278 lid 1 Rv wordt voldaan. In casu dateerde het verzoekschrift van Commissarissen, waarin het beroep op niet-ontvankelijkheid werd gedaan, van 12 juni 2003. Een week na de indiening van dit verzoekschrift, te weten op 19 juni 2003, is de zaak door partijen bepleit. Uit de pleitnotities van de advocaten van UB Holding en Lijmar blijkt dat UB Holding en Lijmar de gelegenheid tot aanvulling of verbetering *bewust* niet hebben aangegrepen. Met zoveel woorden stellen zij in die pleitnotities onder 17:

‘ Met betrekking tot deel 1 van het verslag volstaan verzoekers met een verwijzing naar hetgeen zij in het verzoekschrift van 19 februari 2003 hebben gesteld en refereren zij zich aan het oordeel van de Ondernemingskamer’

waarop zij laten volgen:

‘ Het gaat verzoekers hier om de kern, te weten het wanbeleid dat door Laurus is gevoerd inzake de Casino-transactie.’

Duidelijker dan op deze wijze hadden UB Holding en Lijmar, de ‘ persoonlijke vennootschappen’ van voormalig commissaris Albada Jelgersma, niet kunnen aangeven dat zij hun verzoek tot het vaststellen van wanbeleid c.a., voorzover dat betrokken zou kunnen worden op fase I, niet verder wensten te onderbouwen en dat zij in wezen niet geïnteresseerd waren in een oordeel over eventueel wanbeleid in fase I. In elk geval geldt dat het door Commissarissen gedaan beroep op niet-ontvankelijkheid door UB Holding en Lijmar niet is bestreden, zodat de OK alleen al om die reden dat beroep had moeten honoreren, althans het verzoek in zoverre had moeten afwijzen.

21

De beslissing van de OK in r.o. 3.1 en 3.2 is in beginsel een rechtsbeslissing. Voor zover zij mede feitelijk is en berust op uitleg van de gedingstukken is zij onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd. Onbegrijpelijk is dat de OK in r.o. 3.1 mede in aanmerking neemt

de op p. 29 van het verzoekschrift opgenomen, hiervoor onder 18 geciteerde passage, aanvangende met ‘ De rechten van de aandeelhouders ...’ . Deze passage, waarvan de OK oordeelt dat zij ‘ in algemene zin’ is gesteld (dus niet voldoende specifiek is en zeker niet voldoende specifiek op fase I gericht is), heeft in feite, blijkens het daaraan voorafgaande, betrekking op fase II. Die passage kan althans niet, zonder nadere motivering welke ontbreekt, mede geacht worden op fase I betrekking te hebben. Onbegrijpelijk is voorts dat de OK voor de beslissing dat aan artikel 278 lid 1 Rv is voldaan mede in aanmerking neemt dat ‘ zij in het petitum (hebben) verzocht dat de Ondernemingskamer bepaalt dat van wanbeleid is gebleken en een of meer van de in artikel 2:356 BW genoemde voorziening(en) treft die de Ondernemingskamer geraden acht, zonder dat zij daarin enige beperking hebben aangebracht in de periode waarop of in de onderwerpen met betrekking tot welke haar stelling onderscheidenlijk het verzochte ziet.’

In dat petitum worden immers geen gronden van het verzoek genoemd. Anders dan men zou verwachten (gelet op de eerste zinsnede van artikel 2:355 Boek 2), wordt in het petitum in het geheel niet naar het Verslag verwezen. Mede gelet op de aan het petitum voorafgaande gronden (i) t/m (v) kan van het petitum dus ook niet worden gezegd dat het ‘ een duidelijke omschrijving van het verzoek’ bevat of daartoe bijdraagt.

22

Onjuist althans onbegrijpelijk en in strijd met de strekking van artikel 278 Rv is voorts het oordeel van de OK in r.o. 3.2:

‘ Niet kan worden gezegd dat de commissarissen in het voeren van verweer zijn geschaad door de wijze waarop verzoeksters haar verzoek —waar het betreft fase I—aan de orde hebben gesteld. Verdergaande eisen kunnen aan het verzoek niet worden gesteld.’

Commissarissen hebben in hun verweerschrift van 12 juni 2003 sub 7 en 8 een gemotiveerd beroep op artikel 278 Rv gedaan, zulks met verwijzing naar de hierna onder 28 nog te noemen beschikking van de Hoge Raad inzake Vie d’Or (en niet naar die inzake Rodamco, zoals de OK in r.o. 3.2 abusievelijk meent). De kennelijke bedoeling van die bepaling is dat een verweerder moet weten tegen welke specifieke stellingen van de verzoeker hij verweer moet voeren. Wordt aan artikel 278 Rv niet voldaan dan is de verweerder ipso iure, althans in beginsel in het voeren van zijn verweer geschaad. Onder bepaalde omstandigheden kan dat anders liggen, bijvoorbeeld wanneer de verzoeker zijn stellingen alsnog behoorlijk specificiert. UB Holding en Lijmar hebben dat bewust niet gedaan (punt 20 hiervoor). Onder deze omstandigheden is onbegrijpelijk en moet in cassatie voor onjuist worden gehouden dat Commissarissen in het voeren van verweer niet zijn geschaad door de wijze waarop UB Holding en Lijmar hun verzoek —waar het betreft fase I—aan de orde hebben gesteld. Voor onjuist moet ook worden gehouden dat ‘ verdergaande eisen’ aan het verzoek niet kunnen worden gesteld.

23

Indien en voorzover de OK bedoelt dat Commissarissen voor hun verweer zich hadden kunnen oriënteren op het Verslag van de onderzoekers (en dat ook hebben gedaan), mag het volgende worden aangevoerd:

Artikel 278, lid 1 Rv stelt eisen aan de inkleding van het verzoek. Gelet op artikel 2:355 BW moet de verzoeker uitgaan van het onderzoeksrapport maar dat ontslaat hem niet van de verplichting aan te geven wat de gronden van zijn verzoek zijn en een duidelijke omschrijving van zijn verzoek te geven. De verweerder moet weten tegen welke stellingen van de verzoeker hij zich moet verweren. Het gaat om een rechtsstrijd tussen hem en de verzoeker, niet om een rechtsstrijd met de onderzoekers. Hierbij mag in aanmerking worden genomen dat het de verzoeker vrij staat aan onderdelen van het onderzoeksrapport voorbij te gaan, dan wel eigen interpretaties of aanvullingen te geven.

Commissarissen konden in hun verweerschrift en bij pleidooi niet ingaan op enige concrete

stelling van UB Holding en Lijmar. Zij hebben niettemin, in het belang van een goede voorlichting van de OK, hun opmerkingen over het Verslag gemaakt, ook voor wat betreft fase I. Uitdrukkelijk hebben zij gesteld dat zij die opmerkingen, gelet op het gevoerde niet-ontvankelijkheidsverweer ‘subsidiair’ aanvoerden (verweerschrift onder 9 en 74). Uit het feit dat zij deze opmerkingen hebben gemaakt kan niet worden afgeleid —indien en voor zover de OK dat bedoelt —dat zij in het voeren van verweer niet zijn geschaad door de wijze waarop UB Holding en Lijmar hun verzoek —voor wat betreft fase I —aan de orde hebben gesteld.

24

Ook voor Laurus geldt dat zij er vanuit gegaan is dat het verzoek van UB Holding en Lijmar tot het vaststellen van wanbeleid uitsluitend betrekking kon hebben op fase II op basis van de vijf door UB Holding en Lijmar aangevoerde en toegelichte gronden (pleitaantekeningen Mr M.W. den Boogert d.d. 19 juni 2003, nr. 16 e.v.). UB Holding en Lijmar hebben dit niet weersproken.

‘Zie in verband met het bovenstaande en onderdeel 2 ook R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure, Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002–2003* (Deventer 2003), p. 155.’

Onderdeel 2

25

De OK heeft in het dictum van haar beschikking, eerste alinea, geoordeeld:

‘Verstaat dat uit het verslag van het onderzoek blijkt van wanbeleid van Laurus NV in de periode 1 januari 2000 tot medio augustus 2001 (fase I) in voege zoals hiervoor in de rechtsoverwegingen 3.4 tot en met 3.10 is omschreven.’

Door zo te oordelen is de OK buiten de door partijen afgebakende rechtsstrijd getreden en heeft de OK artikel 24 Rv geschonden.

Toelichting

26

Dit onderdeel 2 sluit aan bij onderdeel 1 en overlapt dat onderdeel in zoverre dat grotendeels dezelfde materiële vragen vanuit een andere gezichtshoek worden gezien.

27

Artikel 24 Rv bepaalt:

‘De rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit.’

28

Van belang is in dit verband —ook in verband met onderdeel 1 van dit verzoekschrift —HR 31 mei 2000, *NJ* 2000, 555 (Vie d’Or). Het ging in die zaak om een vordering van de PG bij het Amsterdamse Hof om vast te stellen dat op een aantal punten sprake was geweest van wanbeleid c.a. De vordering werd door de OK toegewezen maar de beschikking van de OK is door de Hoge Raad vernietigd. Van belang is vooral r.o. 3.4.1. Aan het slot van de eerste alinea overweegt de Hoge Raad:

‘Het onderdeel dat terecht tot uitgangspunt neemt dat de Ondernemingskamer slechts een oordeel mag geven over hetgeen haar door de vordering van de PG in het kader van dit geding is voorgelegd, treft gedeeltelijk doel. Daartoe wordt als volgt overwogen.’

De Hoge Raad overweegt vervolgens aan het slot van r.o. 3.4.1:

‘Het desbetreffende rekest laat geen andere conclusie toe dan dat de PG niet in zijn vordering heeft opgenomen dat de Verzekeringskamer onzorgvuldig heeft gehandeld met betrekking tot de afrekening van de ML-contracten. De Ondernemingskamer is door desondanks het oordeel te geven dat de Verzekeringskamer te dezer zake onzorgvuldig heeft gehandeld, buiten de rechtsstrijd getreden.’

Het gaat in de nu voorliggende zaak om het in deze overwegingen vervatte rechtsoordeel van de Hoge Raad dat de OK slechts een oordeel mag geven over hetgeen haar door de vordering van de PG (in casu: het verzoek van UB Holding en Lijmar) in het kader van het geding aan de OK is voorgelegd. Uit bedoelde r.o. 3.4.1 blijkt voorts dat sprake moet zijn van bepaalde concrete stellingen en dat een vage of algemene verwijzing naar het onderzoeksrapport niet voldoende is. In casu is door de verzoekers UB Holding en Lijmar in hun verzoekschrift geen enkele concrete stelling met betrekking tot vermeend wanbeleid in fase I aan de OK voorgelegd. De OK had derhalve over eventueel wanbeleid in fase I geen oordeel mogen geven.

29

Bij het bovenstaande wordt niet uit het oog verloren dat artikel 2:355 BW uitdrukkelijk naar het onderzoeksrapport (‘ verslag’) verwijst. Ook in dit verband geldt immers —zoals betoogd onder 23 hiervoor —dat het gaat om de rechtsstrijd tussen partijen, d.w.z. om de rechtsstrijd zoals deze door partijen in hun concrete stellingen is afgebakend.

In HR 23 oktober 1992, *NJ* 1992, 811 kwam de vraag aan de orde hoe de zaken liggen wanneer een partij in een civiele procedure een voor die procedure van belang zijnd strafdossier in het geding brengt. De Hoge Raad overwoog (r.o. 3.5):

‘ ...

Het onderdeel miskent dat, ook al is een voor een civiele procedure van belang zijnd strafdossier in het geding gebracht, dit het hof niet noopte alle daarin vermelde feiten en omstandigheden zonder meer als door partijen aan hun standpunten ten grondslag gelegde stellingen aan te merken. De partij die een beroep wil doen op zodanige feiten en omstandigheden, dient dit op een zodanige wijze te doen dat voor de rechter duidelijk is welke stellingen hem ter beoordeling worden voorgelegd en dat voor de wederpartij duidelijk is waartegen hij zich dient te verweren. Een andere opvatting zou in strijd komen met de eisen van een behoorlijke rechtspleging.’

Onderdeel 3

30

De OK heeft het door Commissarissen gedaan beroep op niet-ontvankelijkheid als bedoeld in onderdeel 1 verworpen en geoordeeld als in onderdeel 2 weergegeven. De OK heeft dat gedaan ofschoon UB Holding en Lijmar, nadat zij kennis hadden genomen van het tot niet-ontvankelijkverklaring strekkende betoog van Commissarissen, zich te dier zake hadden uitgelaten als hiervoor onder 20 weergegeven en niet hadden gereageerd op de stellingname van Laurus als hiervoor onder 24 weergegeven. De OK heeft voorts zo geoordeeld zonder UB Holding en Lijmar uit te nodigen zich nader over hun standpunt uit te laten en zonder verzoekers in cassatie in de gelegenheid te stellen daarop te reageren. Door aldus te oordelen heeft de OK in strijd met fundamentele regels van procesrecht, althans met te stellen eisen van goede procesorde, een ‘ verrassingsbeslissing’ gegeven.

Toelichting

31

Onder 20, slot, is betoogd dat de OK het beroep op niet-ontvankelijkheid had moeten honoreren, althans de vordering in zoverre als daar bedoeld had moeten afwijzen, omdat dit beroep op niet-ontvankelijkheid door UB Holding en Lijmar niet is bestreden. Voor het geval deze stelling de Hoge Raad te ver gaat, wordt in dit onderdeel 3 aangevoerd dat er in elk geval sprake is van een ‘ verrassingsbeslissing’ , die in strijd met fundamentele regels van procesrecht, althans met te stellen eisen van goede procesorde is gegeven. De gedachtegang is dat Commissarissen, na de reactie van UB Holding en Lijmar als beschreven en het stilzwijgen daarop van de OK, ervan uit mochten gaan dat het beroep op niet-ontvankelijkheid zou worden gehonoreerd, dat althans de OK in artikel 24 Rv een belemmering zou zien om zonder nader onderzoek naar het standpunt van UB Holding en

Lijmar (op de voet van artikel 22 Rv of anderszins) en zonder verdere gedachtewisseling met partijen te oordelen zoals zij heeft gedaan. Voor Laurus geldt —mutatis mutandis— hetzelfde. Nu UB Holding en Lijmar hebben gereageerd zoals zij hebben gedaan en de OK daarop in het geheel niet reageerde bestond voor Commissarissen en Laurus geen aanleiding met het oog op een eventueel ander oordeel van de OK hun standpunt nader toe te lichten of een nader gespecificeerd bewijsaanbod te doen (voor zover nodig, vgl. nr. 69 hierna), hetgeen betekent dat zij op ontoelaatbare wijze in hun processuele positie zijn benadeeld.

32

De jurisprudentie over ‘verrassingsbeslissingen’ is nogal casuïstisch en betreft sterk uiteenlopende gevallen. Zij biedt daarom weinig houvast. Voor het onderhavige geval lijkt vooral relevant HR 2 februari 1990, *NJ* 1990, 795, r.o. 3.5.3 en in het bijzonder de noot van Vranken daaronder sub 4. Van de meer recente literatuur kan worden genoemd E. Tjong Tjin Tai, *NJB* 2000, 5, p. 259 e.v.

Onderdeel 4

33

In r.o. 3.10 overweegt de OK:

‘3.10 Op grond van vorenvermelde vaststellingen en bevindingen, die in het verweerschrift van de commissarissen onvoldoende —gemotiveerd— zijn weersproken, is de Ondernemingskamer van oordeel dat —ook al zou de raad van commissarissen aanvankelijk het voordeel van de twijfel hebben mogen geven aan de hoofddirectie— uiterlijk per eind maart 2001 het moment was aangebroken waarop een scherper toezicht had moeten worden uitgeoefend, en dat de raad van commissarissen door zulks na te laten in zoverre medeverantwoordelijk is voor het geconstateerde wanbeleid. ...’

Door zo te overwegen heeft de OK artikel 24 Rv geschonden en in strijd met het recht artikel 278, lid 1 Rv veronachtzaamd, althans een rechtens ontoelaatbare ‘verrassingsbeslissing’ gegeven.

Toelichting

34

Dit onderdeel 4 sluit aan op onderdelen 1 t/m 3. De gedachtegang is de volgende.

Ook al zou men aannemen dat UB Holding en Lijmar ten aanzien van te constateren wanbeleid in fase I een verzoek hebben gedaan dat voldoet aan de eisen van artikel 278 Rv (hetgeen bestreden wordt in onderdeel 1) en dat het dictum van de OK te rijmen is met artikel 24 Rv (bestreden in onderdeel 2), dan nog moet worden geoordeeld dat de OK door in r.o. 3.10 een specifiek op de raad van commissarissen toegespitst oordeel te geven als daar vermeld, artikel 24 Rv heeft geschonden en in strijd met het recht artikel 278, lid 1 Rv heeft veronachtzaamd, althans een rechtens ontoelaatbare ‘verrassingsbeslissing’ heeft gegeven. Immers: aangenomen al dat de in r.o. 3.1 en 3.2 door de OK aangehaalde passages uit het verzoekschrift van 19 februari 2003 kunnen worden geïnterpreteerd als tezamen vormende een duidelijke omschrijving van een verzoek om ook ten aanzien van fase I te bepalen dat van wanbeleid is gebleken, en als tezamen weergevende een duidelijke omschrijving van de gronden waarop dat verzoek berust, dan nog kan daarin niet worden gelezen een verzoek om specifiek ten aanzien van de raad van commissarissen vast te stellen dat deze medeverantwoordelijk is voor geconstateerd wanbeleid. Het inleidend verzoekschrift d.d. 19 februari 2003 van UB Holding en Lijmar (de ‘persoonlijke vennootschappen’ van voormalig commissaris Albada Jelgersma) en de pleitnotities van UB Holding en Lijmar d.d. 19 juni 2003 bevatten dat verzoek niet. Sterker nog: uit hun aandringen op een nader onderzoek naar de rol van Albada Jelgersma als commissaris (p. 10 van het verzoekschrift, zie ook r.o. 3.11 van de OK), blijkt dat UB Holding en Lijmar vooralsnog een zodanige toedeling van medeverantwoordelijkheid juist niet wensten, althans: dat Commissarissen redelijkerwijs daarvan uit mochten gaan. Door niettemin ongevraagd op dit punt een oordeel

te geven heeft de OK niet alleen in strijd met het recht artikel 278 lid 1 Rv genegeerd maar heeft de OK ook artikel 24 Rv geschonden.

Het hier aangevoerde raakt niet alleen aan het fundamentele procesrechtelijke beginsel dat het partijen zijn die de omvang van de rechtsstrijd bepalen maar ook aan een fundamenteel procesrechtelijk belang. In casu zijn zeven van de acht commissarissen als belanghebbende verschenen. De achtste —Albada Jelgersma—, die in de raad van commissarissen als (indirect) aandeelhouder van Laurus een bijzondere positie innam (zie Verslag p. 3 en hiervoor onder 1), is niet persoonlijk als belanghebbende verschenen. Ook afgezien van dit bijzondere geval is goed denkbaar dat een commissaris zijn beslissing om al of niet in de procedure als belanghebbende te verschijnen, laat afhangen van de vraag of het ingediende verzoekschrift mede het verzoek omvat om vast te stellen dat de raad van commissarissen (mede-)verantwoordelijk is voor eventueel te constateren wanbeleid. Is daarvan geen sprake dan zal hij eerder geneigd zijn zich buiten de procedure te houden. Wanneer dan toch —ongevraagd— een oordeel over de (mede-)verantwoordelijkheid van de raad van commissarissen gegeven staat hij —ook in cassatie— buiten spel.

35

Bij het bovenstaande verliezen Commissarissen niet uit het oog dat volgens HR 10 januari 1990, 466 (OGEM) de wetgever als doeleinden van het enquêterecht mede heeft aangemerkt de vaststelling bij wie verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid. Evenzo HR 4 juni 1997, *NJ* 1997, 671 (Text Lite), waarin de Hoge Raad aan de geciteerde overweging toevoegt:

‘ waarbij in de eerste plaats is te denken aan de verantwoordelijkheid van de onderscheiden organen van de rechtspersoon.’

In casu gaat het immers niet om de vraag wat in het algemeen de doeleinden zijn van het enquêterecht maar om de vraag wat in een procedure op de voet van artikel 2:355 BW is verzocht en hoe de rechtsstrijd tussen partijen op de basis van dat verzoek door partijen is afgebakend.

Onderdeel 5

36

Door in r.o. 3.10, eerste zin (geciteerd in punt 33), zoals uitgewerkt in de daaraan voorafgaande r.o. 3.6 - 3.9 en de volgende volzinnen van r.o. 3.10, te oordelen zoals zij heeft gedaan, heeft de OK ten aanzien van de vraag of de raad van commissarissen medeverantwoordelijk is voor het geconstateerde wanbeleid een verkeerde maatstaf aangelegd.

Toelichting

37

Uitgangspunt moet hier zijn dat er pas van ‘ wanbeleid’ sprake is wanneer gehandeld is in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap (HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, OGEM) of in ernstige mate tekortgeschoten is bij de taakuitoefening of —meer specifiek— in de nakoming van een zorgvuldigheidsverplichting (HR 1 maart 2002, *NJ* 2002, 296, Zwagerman) of het beleid om een andere reden ernstig tekortschiet. Naar algemeen wordt aangenomen brengen deze maatstaven mee dat de rechter ‘ terughoudend’ of ‘ beperkt’ moet toetsen.

Zie laatstelijk Prof. Mr. L. Timmerman, ‘ Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief’ , *Ondernemingsrecht* 2003, 15, p. 555– 562.

38

Verzoekers in cassatie gaan ervan uit dat de term ‘ medeverantwoordelijk’ in r.o. 3.10 zo moet worden begrepen dat naar het oordeel van de OK de rechtspersoon Laurus zich niet alleen door toedoen van de hoofddirectie (r.o. 3.5) maar ook door toedoen van de raad van commissarissen, heeft schuldig gemaakt aan wanbeleid.

N.B. Denkbaar is dat de OK slechts bedoelt dat de raad van commissarissen ‘ medeverantwoordelijk’ is in formele zin, zonder dat de raad van commissarissen als zodanig een ernstig verwijt treft, ongeveer zoals in het staatsrecht een minister (mede) verantwoordelijk kan zijn voor gedragingen van anderen, zonder dat hem als orgaan of persoonlijk een verwijt treft. Mocht dat zo zijn dan hebben verzoekers in cassatie er belang bij dat dit wordt vastgesteld.

39

De OK geeft niet aan naar welke maatstaf zij heeft beslist dat de raad van commissarissen ‘ medeverantwoordelijk’ is voor het geconstateerde wanbeleid. Uit de geciteerde passage in r.o. 3.10 volgt dat de OK beslissend acht dat de raad van commissarissen heeft nagelaten ‘ scherper toezicht’ uit te oefenen uiterlijk per eind maart 2001. Dat de raad van commissarissen door dit nalaten elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap zou hebben geschonden of in ernstige mate tekort is geschoten in enige verplichting of dat er sprake is van een ernstig tekortschieten in ander opzicht, wordt niet vastgesteld.

40

Volgens artikel 2:140 lid 2 BW heeft de raad van commissarissen tot taak:

‘ toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’ .’

Artikel 2:140 lid 2 BW bepaalt dit zonder aan te geven hoe ‘ scherp’ dat toezicht moet zijn of daarvoor een maatstaf te geven.

41

O.m. uit r.o. 3.6 en 3.7 en impliciet uit de geciteerde passage in r.o. 3.10 volgt dat de OK niet heeft geoordeeld dat de raad van commissarissen de in artikel 2:140 lid 2 BW omschreven taak niet zou hebben vervuld of zou hebben verwaarloosd. Geoordeeld wordt slechts dat dit toezicht uiterlijk per eind maart 2001 ‘ scherper’ had moeten zijn, waarbij de OK in het midden laat hoeveel ‘ scherper’ het toezicht had moeten zijn, hoe dat ‘ scherper’ toezicht gestalte had moeten krijgen of waartoe dat ‘ scherper’ toezicht had moeten leiden.

42

De afstand tussen toezicht en ‘ scherper’ toezicht kan bij redelijke uitleg van die termen niet zo groot zijn dat men zonder nadere invulling van die termen op een wijze als bedoeld aan het slot van 41 tot het oordeel kan komen dat aan de maatstaf voor wanbeleid is voldaan. Tegen de achtergrond van artikel 2:140 lid 2 BW en de onder 37 aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad en mede in aanmerking nemende hetgeen hierna in onderdeel 6 wordt aangevoerd, volgt uit het een en ander dat de OK niet een als juist te beoordelen maatstaf heeft aangelegd.

Onderdeel 6

43

Voor het geval moet worden aangenomen dat de OK een juiste maatstaf heeft aangelegd, moet gelden dat zij haar beslissing niet toereikend heeft gemotiveerd. Hierbij moet in de eerste plaats gelet worden op de inleidende oordelen van de OK in r.o. 3.6 en 3.7:

- ‘ 3. Bij de beantwoording van de vraag of —ook —de raad van commissarissen
6. verantwoordelijkheid draagt voor dit wanbeleid, stelt de Ondernemingskamer voorop dat volgens het Nederlandse wettelijke systeem van bestuur en toezicht en de in Nederland gangbare opvattingen van ‘ corporate governance’ , de raad van commissarissen in beginsel mag afgaan op de informatie die hem, gevraagd of ongevraagd, door het bestuur wordt verstrekt. Uit het verslag is gebleken dat de hoofddirectie zich bij voortdurend —en tegen beter weten in —positief is blijven uitlaten over de operatie-Groenland. Voorts staat vast dat de raad van commissarissen in juli-augustus 2001 resoluut en daadkrachtig heeft ingegrepen teneinde de continuïteit van Laurus, althans haar onderneming, veilig te stellen. Tegen deze achtergrond komt de vraag op of

de raad van commissarissen zodanige signalen heeft kunnen opvangen dat hij eerder had moeten ingrijpen dan hij heeft gedaan.

- 3.7. De Ondernemingskamer kan het verweer van belanghebbenden onder 1 tot en met 7 in zoverre aanvaarden dat een ingreep van commissarissen in mei 2001 bij of aanstonds na de —met veel interne en externe publiciteit omgeven— opening van de eerste ‘nieuwe Konmars’, onverantwoord zou zijn geweest met het oog op de enorme imagoschade en vertrouwensschade die van zo een ingreep het gevolg zou zijn geweest. De Ondernemingskamer verenigt zich op dit punt met de bevindingen van de onderzoekers op de pagina's 28 en 29 van hun verslag.’

44

In r.o. 3.10 oordeelt de OK dat uiterlijk per eind maart 2001 het moment was aangebroken waarop een scherper toezicht had moeten worden uitgeoefend. In r.o. 3.7 aanvaardt de OK het verweer van commissarissen dat een ingreep begin mei 2001 onverantwoord zou zijn geweest. In r.o. 3.6 oordeelt de OK dat de raad van commissarissen in juli-augustus 2001 resoluut en daadkrachtig heeft ingegrepen. Het verwijt dat de raad van commissarissen heeft nagelaten scherper toezicht te houden, heeft dus alleen, althans voor zover dat scherper toezicht had kunnen leiden tot concrete maatregelen, betrekking op de maand april 2001.

45

De motivering waarom dit nalaten gedurende die periode moet leiden tot het oordeel dat de raad van commissarissen mede verantwoordelijk is voor geconstateerd wanbeleid, moet worden gevonden in r.o. 3.8, r.o. 3.9 en het hierboven onder 33 niet aangehaalde tweede gedeelte van r.o. 3.10:

- ‘ 3. Dat houdt evenwel nog niet in dat een actiever optreden op enig aan 6 mei 2001 —de 8. dag van de bijeenkomst in de Amsterdam Arena—voorafgaand moment niet mogelijk en zelfs geboden zou zijn geweest. Naar ook de raad van commissarissen zich bewust moet zijn geweest, hield de keuze voor het businessplan een zeer ambitieuze doelstelling in en werd met de uitvoering daarvan op een scherpe koers gevaren. Bekend was onder meer dat de financiering afhankelijk was van een vlotte desinvestering van non-core activiteiten en van winstgroei als gevolg van de omvorming zelf. Voorts is van belang dat —zoals de onderzoekers hebben vastgesteld—het businessplan wat betreft de voortgang van de uitvoering niet voorzag in controlemomenten waarop die uitvoering tijdig kon worden bijgesteld en zo nodig worden gestopt. Tegen deze achtergrond is de Ondernemingskamer van oordeel dat van de raad van commissarissen ook en juist in de periode voorafgaande aan de omvorming van de eerste winkels een scherper toezicht verwacht mocht worden dan bij voortzetting van een bestendig beleid gebruikelijk zou zijn geweest. Dat was te meer van belang omdat onlangs een nieuwe voorzitter van de hoofddirectie was benoemd, die geen ervaring had met winkelformules.

- 3.9. Dat oordeel doet de Ondernemingskamer voorts steunen op de volgende bevindingen van de onderzoekers:

Geconstateerd moet worden dat, ondanks de onderkende grote risico's, door de raad van commissarissen geen concrete en harde voorwaarden zijn bedongen ter voorkoming dat de raad in geval van dreigend misgaan van de operatie Groenland, daarmee pas zou worden geconfronteerd op een moment dat er reeds van een de continuïteit van Laurus bedreigende situatie sprake zou zijn. Aan de enquêteurs konden geen noodscenario's (...) worden getoond (pagina 22);

Nooit is getest in hoeverre de na hun omvorming te heropenen winkels bedrijfsklaar zouden blijken te zijn, zowel wat betreft bestellen en bevoorrading enerzijds als het afrekenen aan de kassa anderzijds. Dat alles zou derhalve pas blijken op het moment dat de eerste klanten in de heropende winkels stonden (pagina 27);

De werkelijkheid komt er derhalve op neer dat reeds bij de aanvang van de uitvoering van het

businessplan in begin 2001 zowel de resultatenontwikkeling als de financiering van het plan in belangrijke mate negatief afweken van wat in het businessplan was aangenomen (pagina's 40 en 41);

De KPMG presentaties lieten aan duidelijkheid niets te wensen over en bevatten niet mis te verstane waarschuwingen, zowel aan de audit commissie als aan de raad van commissarissen als geheel, dat de uitvoering van het businessplan problemen zou kunnen opleveren (pagina 51);

Op het moment dat de resultaten over 2000 bekend werden (het jaarverslag kwam uit op 20 maart 2001, Ondernemingskamer), moet het duidelijk geweest kunnen zijn dat Laurus reeds was afgeleden naar de toestand die in het businessplan als worst case scenario was voorgesteld. (...) Op dat moment was er nog geen zicht op spoedige verkoop van de non-core onderdelen zoals in het businessplan voorzien (pagina 51);

Uit de presentatie (in de vergadering van de raad van commissarissen van 20 maart 2001, Ondernemingskamer) blijkt dat het in het businessplan voorziene bedrag van f 566 mln als cash-out voor store investments in 2001 inmiddels was opgelopen tot f 680 mln. Hiervan zou f 440 mln worden uitgegeven in de periode tot medio augustus 2001 voor de eerste 155 om te vormen winkels. Tot vragen of opmerkingen van de commissarissen heeft deze forse overschrijding blijkens de notulen niet geleid (pagina 42);

Kodde is vertrokken (de derde vertrekkende CFO in een tijdsbestek van nog geen half jaar) kort na de presentatie aan de raad van commissarissen van Framework 2001 (op 20 maart 2001, Ondernemingskamer), welke presentatie wees op een groot aantal financiële problemen bij de uitvoering van de operatie Groenland (pagina 51);

Uit de notulen van de vergaderingen van de raad van commissarissen blijkt gebrek aan enige door de directie verstrekte, inhoudelijke en concrete informatie over uitvoering, voortgang, fasering, checkpoints en de mogelijkheid de operatie Groenland alsnog verantwoord te kunnen stoppen, althans opschorten (pagina 51);

De raad van commissarissen heeft blijkens de notulen van zijn vergaderingen nooit kritische vragen gesteld, althans heeft nooit doorgevraagd, over onderdelen of aspecten van het businessplan die van doorslaggevende betekenis waren voor het succes ervan (pagina 52).'

3.10 Op grond van vorenvermelde vaststellingen en bevindingen, die in het verweerschrift van de commissarissen onvoldoende —gemotiveerd —zijn weersproken, is de Ondernemingskamer van oordeel dat —ook al zou de raad van commissarissen aanvankelijk het voordeel van de twijfel hebben mogen geven aan de hoofddirectie —uiterlijk per eind maart 2001 het moment was aangebroken waarop een scherper toezicht had moeten worden uitgeoefend, en dat de raad van commissarissen door zulks na te laten in zoverre medeverantwoordelijk is voor het geconstateerde wanbeleid. De Ondernemingskamer neemt hierbij nog in aanmerking dat —naast de meer dan normale alertheid die van de raad reeds mocht worden verwacht in verband met de gedurfdheid van het businessplan —het in snel tempo elkaar opvolgen van een drietal *chief financial officers*, het zonder overleg verplaatsen van het hoofdkantoor naar —het Van Nelle-gebouw in —Rotterdam, de door die verplaatsing veroorzaakte uitstroom van gekwalificeerd personeel, en het ontbreken van draagvlak bij de franchisenemers, de raad van commissarissen bewust had horen maken van de risico's die hij nam door de hoofddirectie niet korter aan de teugel te nemen.'

46

Met deze overwegingen heeft de OK haar beschikking niet voldoende naar de eis der wet met redenen omkleed. R.o. 3.8 vangt aan met enkele algemene overwegingen, waaronder de aan het Verslag (p. 52) ontleende vaststelling aangaande het ontbreken van 'controlemomenten'. Zij loopt uit op het oordeel dat van de raad van commissarissen —kort gezegd —een scherper toezicht verwacht mocht worden dan bij voortzetting van een bestendig beleid gebruikelijk zou zijn geweest. Aanleiding tot het oordeel 'wanbeleid'

geeft deze formulering niet. In r.o. 3.9 neemt de OK een aantal bevindingen van de onderzoekers zonder meer over. Tegen elk van deze bevindingen hebben echter de Commissarissen in de feitelijke instantie gemotiveerd verweer gevoerd (zie de subonderdelen hieronder). De OK had dit verweer —essentiële stellingen van de Commissarissen —niet onbehandeld mogen laten dan wel mogen verwerpen met de enkele, niet nader uitgewerkte overweging dat de bevindingen van de onderzoekers ‘ in het verweerschrift van de commissarissen onvoldoende —gemotiveerd —zijn weersproken’ (r.o. 3.10). Zie recentelijk HR 5 december 2003, *RvdW* 2003, 186 (zie: *NJ* 2004, 74; *red.*), r.o. 3.6., vierde zin: ‘ (...) De rechter zal op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moeten ingaan, als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze. (...)’ .

47

Tot slot nog r.o. 10, tweede gedeelte. Het daar gezegde bevat een nadere overweging die op zichzelf niet kan leiden tot het oordeel ‘ wanbeleid’ . Voor zover de OK daarin verwijst naar de uitstroom van gekwalificeerd personeel als gevolg van het verplaatsen van het hoofdkantoor en naar ontbreken van draagvlak bij de franchisenemers, geldt reeds dat uit het Verslag blijkt dat de raad van commissarissen daar vóór begin mei 2001 geen kennis van kon dragen (zie p. 24– 25 van het Verslag voor de franchisenemers en p. 36 voor de uitstroom van medewerkers).

Uitwerking en toelichting

Subonderdeel 6.1

48

De Commissarissen hebben in de feitelijke instantie gemotiveerd betoogd dat het businessplan, anders dan het Verslag op p. 52 vermeldt, voor wat betreft de voortgang van de uitvoering wel degelijk voorzag in controlemomenten waarop de uitvoering tijdig kon worden bijgesteld en zonodig worden gestopt. Zij hebben daartoe —kort samengevat —het volgende aangevoerd:

- A. Het businessplan voorzag in een fasering, evaluatiemomenten en de mogelijkheid de uitvoering van het plan te stoppen of op te schorten (verweerschrift Commissarissen nr. 37 tot en met nr. 44). Het businessplan hield de volgende fasering in:
 - Life tests van enkele omgevormde nieuwe winkels;
 - Daarna omvorming van een eerste tranche van 135 winkels (15%) in de periode 15 mei — september 2001 zonder publiciteit;
 - Daarna evaluatie;
 - Daarna (eventueel) nog afzonderlijk door de raad van commissarissen goed te keuren publiciteit;
 - Daarna (eventueel) omvorming van de rest van de 800 winkels (circa 85%) tot eind 2003.
- B. De raad van commissarissen heeft bij goedkeuring van het businessplan uitdrukkelijk gestipuleerd dat hij zich het recht voorbehield in te grijpen na omvorming van de eerste 135 winkels en de evaluatie daarvan (verweerschrift Commissarissen nr. 42).
- C. De omvorming van alle winkels zou plaatsvinden in twee fasen (eerst 15% van het winkelbestand, daarna 85%) en een periode van meer dan 2,5 jaar beslaan. De aard van dit omvormingsproces bracht mee dat het op ieder moment kon worden stopgezet. Daarin lag het scenario besloten waarop Laurus zou kunnen terugvallen mochten er zich problemen voordoen in het omvormingsproces (verweerschrift Commissarissen nr. 43– 44; pleitaantekeningen Mr Das, nr. 5).

49

Aan deze kernstellingen van de Commissarissen is de OK ten onrechte voorbijgegaan in r.o. 3.8 en 3.9, eerste alinea:

‘ 3.8 (...) Voorts is van belang dat —zoals de onderzoekers hebben vastgesteld —het

businessplan wat betreft de voortgang van de uitvoering niet voorzag in controlemomenten waarop die uitvoering tijdig kon worden bijgesteld en zo nodig worden gestopt'

(..);

' 3.9 Dat oordeel doet de Ondernemingskamer voorts steunen op de volgende bevindingen van de onderzoekers:

Geconstateerd moet worden dat, ondanks de onderkende grote risico's, door de raad van commissarissen geen concrete en harde voorwaarden zijn bedongen ter voorkoming dat de raad in geval van dreigend misgaan van de operatie Groenland, daarmee pas zou worden geconfronteerd op het moment dat er reeds van de continuïteit van Laurus bedreigende situatie sprake zou zijn. Aan de enquêteurs konden geen noodscenario's (...) worden getoond. (pagina 22 van het Verslag) (..) .'

Subonderdeel 6.2

50

De OK heeft haar oordeel dat van de raad van commissarissen een scherper toezicht mocht worden verwacht, mede gebaseerd op de volgende bevinding van de onderzoekers:

' 3. (...) Nooit is getest in hoeverre de na hun omvorming te heropenen winkels bedrijfsklaar zouden blijken te zijn, zowel wat betreft bestellen en bevoorrading enerzijds als het afrekenen aan de kasse anderzijds. Dat alles zou derhalve pas blijken op het moment dat de eerste klanten in de heropende winkels stonden (pagina 27 van het Verslag) (..) .'

51

Deze verwijzing naar het Verslag is onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd. De OK heeft in r.o. 3.8 de vraag onder ogen gezien of een actiever optreden van de raad van commissarissen mogelijk en zelfs geboden zou zijn geweest ' op enig aan 6 mei 2001 —de dag van de bijeenkomst in de Amsterdamse Arena —voorafgaand moment.' De eerste omgevormde winkels zijn op dinsdag 15 mei 2001 heropend. Een test van enkele omgevormde winkels voorafgaand aan de heropening met het oogmerk vast te stellen of deze winkels ' bedrijfsklaar' waren, had derhalve moeten, althans redelijkerwijs kunnen plaatsvinden in de dagen onmiddellijk voorafgaand aan dinsdag 15 mei 2001 en —naar valt aan te nemen —niet vóór 6 mei 2001. Het is daarom onbegrijpelijk dat de OK de bovenstaande bevinding van de onderzoekers ten grondslag heeft gelegd aan haar oordeel dat van de raad van commissarissen in de periode voorafgaand aan 6 mei 2001 een scherper toezicht had mogen worden verwacht.

52

Daarbij komt dat de OK ten onrechte is voorbijgegaan aan de volgende kernstelling van de Commissarissen (verweerschrift Commissarissen nr. 47; pleitaantekeningen Mr Das, nr. 6). De Commissarissen hebben —kort gezegd —gemotiveerd aangevoerd:

- dat het businessplan wel degelijk voorzag in ' life tests' van enkele omgevormde winkels voorafgaand aan de heropening van de eerste winkels op 15 mei 2001;
- dat de hoofddirectie door voortijdig de publiciteit te zoeken zich op de datum van 15 mei 2001 had vastgelegd en de afgesproken tests op het laatste moment heeft laten vervallen, zonder voorafgaand overleg met de raad van commissarissen;
- dat de raad van commissarissen daarmee voor een voldongen feit werd geplaatst aangezien hij pas na 15 mei 2001 en de heropening van de eerste omgevormde winkels te horen kreeg dat de afgesproken tests waren vervallen.

De OK had deze essentiële stellingen van de Commissarissen niet onbehandeld mogen laten, dan wel mogen verwerpen, met de enkele overweging dat de Commissarissen de bevinding van de onderzoekers onvoldoende gemotiveerd hebben weersproken.

Subonderdeel 6.3

53

De Commissarissen hebben in de feitelijke instantie gemotiveerd betoogd dat de financiële

rapportages en de rapportages van de accountant (KPMG) waarover de raad van commissarissen begin 2001 beschikte, geen aanleiding konden zijn om het businessplan of de uitvoering ervan bij te stellen. Zij hebben daartoe —kort samengevat —het volgende aangevoerd:

- De resultaten over 2000, die tussen januari en maart 2001 aan de raad van commissarissen werden gepresenteerd, vielen slechts licht tegen. Het businessplan was bovendien ontwikkeld om die resultatenontwikkelingen ten goede te keren (verweerschrift Commissarissen nrs 12– 20; pleitaantekeningen Mr Das, nr. 8);
- De rapportages van KPMG begin 2001 waren kritischer dan voorheen omdat de raad van commissarissen kort daarvoor kritiek had geleverd op de kwaliteit van het door KPMG geleverde werk. Niets in die rapportages van KPMG wees er op dat uitvoering van het businessplan onverantwoord zou zijn (verweerschrift Commissarissen nrs 21– 27; pleitaantekeningen Mr Das, nr 9);
- Kodde heeft als CFO in de vergadering van de raad van commissarissen van 20 maart 2001 de prognose van de hoofddirectie voor de resultaten over 2001 (genaamd ‘ Framework 2001’) toegelicht. Zijn conclusie was dat Laurus Nederland, het kernbedrijf, de doelstelling van 2001 zou halen (verweerschrift Commissarissen nr. 30);
- Anders dan Kodde blijktens het Verslag aan de onderzoekers heeft gemeld, heeft hij (leden van) de raad van commissarissen begin 2001 geen waarschuwingen gegeven voor de in zijn ogen precare positie waarin Laurus zich bevond (verweerschrift Commissarissen nrs 31– 33; pleitaantekeningen Mr Das, nr 13).

54

De OK is ten onrechte aan deze essentiële stellingen van de Commissarissen voorbijgegaan door zonder nadere motivering de volgende bevindingen van de onderzoekers ten grondslag te leggen aan haar oordeel dat van de raad van commissarissen per eind maart 2001 een scherper toezicht mocht worden verwacht:

3.9

‘ (...) De werkelijkheid komt er derhalve op neer dat reeds bij de aanvang van de uitvoering van het businessplan in begin 2001 zowel de resultatenontwikkeling als de financiering van het plan in belangrijke mate negatief afweken van wat in het businessplan was aangenomen (pagina's 40 en 41 van het Verslag (...)' ;

‘ De KPMG presentaties lieten aan duidelijkheid niets te wensen over en bevatten niet mis te verstane waarschuwingen, zowel aan de audit commissie als aan de raad van commissarissen als geheel, dat de uitvoering van het businessplan problemen zou kunnen opleveren (pagina 51 van het Verslag (...);’

‘ Op het moment dat de resultaten over 2000 bekend werden (het jaarverslag kwam uit op 20 maart 2001, Ondernemingskamer), moet het duidelijk geweest kunnen zijn dat Laurus reeds was afgegleden naar de toestand die in het businessplan als worst case scenario was voorgesteld (pagina 51 van het Verslag (...);’

‘ Kodde is vertrokken (de derde vertrekkende CFO in een tijdsbestek van nog geen half jaar) kort na de presentatie aan de raad van commissarissen van Framework 2001 (op 20 maart 2001, Ondernemingskamer), welke presentatie wees op een groot aantal financiële problemen bij de uitvoering van de operatie Groenland (pagina 51 van het Verslag (...).’

55

Door deze bevindingen van de onderzoekers zonder nadere motivering aan haar beschikking ten grondslag te leggen, heeft de OK haar beschikking in het licht van het betoog van de Commissarissen niet (voldoende) naar de eis der wet met redenen omkleed.

Subonderdeel 6.4

56

De OK heeft haar oordeel dat van de raad van commissarissen per eind maart 2001 een

scherper toezicht mocht worden verwacht, mede gebaseerd op de volgende overwegingen:

‘ 3. (...) Dat was te meer van belang omdat onlangs een nieuwe voorzitter van de
8. hoofddirectie was benoemd, die geen ervaring had met winkelformules.’

‘ 3.10 (...) De Ondernemingskamer neemt hierbij nog in aanmerking dat (...) het in snel tempo elkaar opvolgen van een drietal *chief financial officers* (...) de raad van commissarissen bewust had horen te maken van de risico's die hij nam door de hoofddirectie niet korter aan de teugels te nemen.’

57

Deze overwegingen van de OK zijn onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd in het licht van het betoog van de Commissarissen. Deze hebben in de feitelijke instantie —kort samengevat —gemotiveerd aangevoerd:

–dat het businessplan niet door Van der Straaten alleen was ontwikkeld maar door de gehele hoofddirectie, en dat veel food-retailervaring bestond binnen de hoofddirectie en de stuurgroep die voor de implementatie van het businessplan verantwoordelijk was (verweerschrift Commissarissen nr. 18);

–dat het vertrek tussen augustus 2000 en maart 2001 van drie opeenvolgende CFO's geen verband hield met de inhoud of de uitvoering van het businessplan en daarom geen aanleiding kon zijn voor de raad van commissarissen om (de uitvoering van) het businessplan te heroverwegen (verweerschrift Commissarissen nrs 29– 33; pleitaantekeningen Mr Das, nrs 10– 14);

58

De OK had in haar onder 56 geciteerde overwegingen niet aan deze kernstellingen van de Commissarissen voorbij mogen gaan, althans mogen verwerpen zonder nadere motivering. Subonderdeel 6.5

59

De OK heeft haar oordeel dat van de raad van commissarissen per eind maart 2001 een scherper toezicht mocht worden verwacht, mede doen steunen op de volgende bevinding van de onderzoekers:

‘ 3. (...) Uit de notulen van de vergadering van de raad van commissarissen blijkt gebrek aan
9. enige door de directie verstrekte, inhoudelijke en concrete informatie over uitvoering, voortgang, fasering, checkpoints en de mogelijkheid de operatie Groenland alsnog verantwoord te kunnen stoppen, althans opschorten (pagina 51 van het Verslag) (...).’

60

Deze verwijzing van de OK naar het Verslag is onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd. Indien en voor zover de OK van oordeel mocht zijn dat het businessplan, voor wat betreft de uitvoering ervan, niet voorzag in controlemomenten waarop die uitvoering tijdig kon worden gestopt of opgeschort, heeft de OK haar oordeel in het licht van het onder 48 vermelde betoog van de Commissarissen niet voldoende gemotiveerd.

61

Indien en voor zover aan de verwijzing van de OK naar de bevinding van de onderzoekers een normatieve betekenis mocht toekomen, in die zin dat de hoofddirectie heeft verzuimd inhoudelijke en concrete informatie aan de raad van commissarissen te verstrekken, is die verwijzing zonder nadere motivering onbegrijpelijk. Het valt immers niet in te zien waarom dit verzuim van de hoofddirectie voor rekening en verantwoording zou komen van de raad van commissarissen.

62

Indien en voor zover de OK van oordeel mocht zijn dat de raad van commissarissen bij gebreke van door de hoofddirectie verstrekte informatie zelf vragen aan de hoofddirectie had moeten stellen, is dit oordeel zonder nadere motivering —die ontbreekt —onbegrijpelijk. Hetzelfde geldt voor de volgende bevinding van de onderzoekers die de OK mede ten

grondslag legt aan haar beschikking:

‘ 3. (...) De raad van commissarissen heeft blijkens de notulen van zijn vergaderingen nooit kritische vragen gesteld, althans heeft nooit doorgevraagd, over onderdelen of aspecten van het businessplan die van doorslaggevend betekenis waren voor het succes ervan’ (pagina 52 van het Verslag).

Deze verwijzingen naar het Verslag zijn zonder nadere motivering onbegrijpelijk in het licht van de onder 43 geciteerde r.o. 3.6. Daarin heeft de OK vooropgesteld dat de raad van commissarissen in beginsel mag afgaan op de informatie die hem, gevraagd of ongevraagd, door het bestuur wordt verstrekt en voorts overwogen dat uit het Verslag is gebleken dat de hoofddirectie zich bij voortduring —en tegen beter weten in —positief is blijven uitlaten over de operatie Groenland.

63

Bovendien is de OK door de onder 59 en 62 geciteerde bevindingen uit het Verslag ten grondslag te leggen aan haar beschikking, voorbij gegaan aan de volgende kernstellingen van de Commissarissen (verweerschrift Commissarissen, nr 57– 59; pleitaantekeningen Mr Das, nr 28– 30). Deze hebben immers in de feitelijke instantie —kort samengevat —gemotiveerd aangevoerd:

- dat de raad van commissarissen en de afzonderlijke leden van de raad zich vanaf de goedkeuring van het businessplan doorlopend door de hoofddirectie op de hoogte hebben laten houden over de uitvoering ervan;
- dat de notulen van de vergaderingen van de raad van commissarissen geen complete weergave bevatten van de door de raad gestelde vragen en door de hoofddirectie verstrekte antwoorden;
- dat de raad van commissarissen en afzonderlijke leden van die raad ook voor 15 mei 2001 wel degelijk bij herhaling kritische vragen aan de hoofddirectie en andere medewerkers hebben gesteld en dat zij daarop telkens optimistische en geruststellende antwoorden kregen.

64

De OK had deze essentiële stellingen van de Commissarissen niet onbehandeld mogen laten dan wel verwerpen met de enkele overweging dat de bevindingen van de onderzoekers in het verweerschrift van de commissarissen onvoldoende gemotiveerd zijn weersproken.

Onderdeel 7

65

De Commissarissen hebben in het verweerschrift (nr. 132) aangeboden al hun in het verweerschrift geponeerde stellingen, voor zover de juistheid daarvan niet blijkt uit het Verslag, te bewijzen door getuigenverklaringen en andere bewijsmiddelen. Zij hebben dit bewijsaanbod herhaald tijdens de mondelinge behandeling van 19 juni 2003 (pleitaantekeningen Mr Das, nr 1). De OK heeft dit bewijsaanbod onbehandeld gelaten dan wel (impliciet) verworpen. De OK heeft daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans haar beschikking niet (voldoende) naar de eis der wet met redenen omkleed.

Toelichting

66

Op de enquêteprocedure zijn de algemene regels van de verzoekschriftprocedure van toepassing. Het voor dagvaardingsprocedures geldende bewijsrecht is van overeenkomstige toepassing, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet (artikel 284 lid 1 Rv).

67

Overeenkomstig de hoofdregel van artikel 150 Rv moet de verzoeker in de procedure ex artikel 2:355 BW stellen en bewijzen dat er sprake is van wanbeleid. Het verslag van de onderzoekers speelt daarbij een centrale rol. Uit artikel 2:355 lid 1 BW vloeit voort dat de OK voorzieningen kan treffen indien *uit het verslag* van wanbeleid is gebleken (al hoeft het

oordeel van de OK over gebleken wanbeleid niet uitsluitend zijn grondslag te vinden en volledig gebaseerd te zijn op hetgeen uit het verslag is gebleken (HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286, m.nt. Ma, r.o. 3.21)). Het onderzoeksverslag geldt in het systeem van de wet derhalve als bewijsmiddel in de zin van artikel 152 Rv.

68

In casu hebben UB Holding en Lijmar voor hun verzoek ex artikel 2:355 BW voor wat fase I betreft verwezen naar de aanknopingspunten die het Verslag daarvoor biedt (verzoekschrift UB Holding en Lijmar van 19 februari 2003, p. 25). De OK heeft de bevindingen van de onderzoekers zoals beschreven in het Verslag blijkens r.o. 3.8, r.o. 3.9 en r.o. 3.10 als bewijs aanvaard.

69

Overeenkomstig de hoofdregel van artikel 151 lid 2 Rv staat tegenbewijs vrij, tenzij de wet het uitsluit. Deze hoofdregel geldt ook voor de verweerder of de belanghebbende die de feiten betwist die de verzoeker ten grondslag heeft gelegd aan zijn verzoek ex artikel 2:355 lid 1 BW. Het tegenbewijs kan de verweerder of belanghebbende leveren door alle middelen rechtens (artikel 152 lid 1 Rv), in het bijzonder door het doen horen van getuigen (artikel 166 Rv). De verweerder of belanghebbende dient daartoe een bewijsaanbod te doen. Aangezien het hier gaat om tegenbewijs, hoeft zijn aanbod niet te worden gespecificeerd.

Dit laatste is vaste rechtspraak van de Hoge Raad: zie HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 899; HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 413, m.nt. HJS; HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 637; HR 22 september 2000, *NJ* 2001, 348, m.nt. WMK; vgl. laatstelijk HR 1 januari 2001, *NJ* 2002, 413, m.nt. Zwemmer). De zaak die heeft geleid tot HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 637 vertoont in zoverre gelijkenis met de onderhavige kwestie dat het hof een door de politie opgemaakt proces-verbaal als bewijs had aanvaard en ten onrechte aan het aanbod van gedaagde om tegenbewijs te leveren de eis had gesteld dat dit bewijsaanbod moest zijn gespecificeerd.

70

In het licht van het voorgaande had de OK het bewijsaanbod van de Commissarissen niet onbehandeld mogen laten dan wel ongemotiveerd mogen verwerpen.

71

Indien en voor zover de OK van oordeel mocht zijn geweest dat het bewijsrecht van Boek 1, titel 2, negende afdeling Rv niet van toepassing is op de tweede procedure in de enquête omdat ‘ de aard van de zaak zich hier tegen verzet ’ in de zin van artikel 284 lid 1 Rv, heeft de OK blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Als voorbeeld van zaken waarvan de aard zich tegen toepassing van het bewijsrecht verzet, noemt de memorie van toelichting zaken ‘ waarin er alleen een verzoeker is en geen belanghebbende ’ en spoedeisende zaken, zoals conservatoire maatregelen, artikel 7:685 BW-procedures en voorlopige voorzieningen (*Kamerstukken II* 1999– 2000, 26 855, nr 3, MvT, p. 157– 158). Deze omstandigheden doen zich hier niet voor. Er is —mede in het licht van artikel 2:349a lid 1, laatste zin BW —geen goede reden te bedenken waarom in casu de aard van de zaak zich tegen toepassing van het formele bewijsrecht zou verzetten.

72

Indien en voor zover de OK het bewijsaanbod van de Commissarissen heeft gepasseerd omdat het onvoldoende gespecificeerd zou zijn, heeft de OK blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting gelet op de onder 69 genoemde vaste rechtspraak van de Hoge Raad.

Overigens was het de Commissarissen niet mogelijk geweest hun bewijsaanbod nader te specificeren aangezien UB Holding en Lijmar geen duidelijke omschrijving van het verzoek hadden gegeven, laat staan een omschrijving van de gronden waarop het verzoek berustte.

Vgl. onderdeel 1 en 2 hiervoor.

73

In ieder geval heeft de OK onvoldoende inzicht gegeven in de door haar gevolgde

gedachtegang. De OK maakt het immers niet duidelijk op welke grond(en) —een of meer van bovengenoemde gronden en/of een of meer andere gronden —zij het bewijsaanbod heeft verworpen, waardoor in cassatie niet kan worden nagegaan of de OK van een (on)juiste rechtsopvatting is uitgegaan.

Zie nader: R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure, Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002– 2003* (Deventer 2003), p. 119– 122.

Onderdeel 8

74

De OK heeft in het dictum van haar beschikking, tweede en derde alinea, als volgt geoordeeld:

‘ Verzoekt de in deze zaak eerder benoemde onderzoekers hun verslag aan te vullen en uit te breiden in voege zoals hiervoor in de rechtsoverwegingen 3.18 tot en met 3.23 is omschreven.

Stelt het bedrag dat het aanvullende onderzoek ten hoogste mag kosten vast op EUR 30 000, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen.’

75

De OK heeft aan deze beslissing de volgende overwegingen ten grondslag gelegd:

- ‘ 3.1 Met betrekking tot fase II hebben verzoeksters de Ondernemingskamer primair
2. verzocht een nader onderzoek te gelasten op een groot aantal punten. Laurus en belanghebbende Casino hebben hiertegen verweer gevoerd van —kort gezegd —de strekking dat er na de neerlegging ter griffie van de Ondernemingskamer van het verslag van het onderzoek geen wettelijke grondslag is voor een —verder —onderzoek.
 - 3.13. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer verzet de tekst noch de systematiek van de wettelijke regeling inzake het recht van enquête zich ertegen dat de Ondernemingskamer na de neerlegging van het verslag in zijn initiële vorm, al of niet op verzoek van partijen, de onderzoeker verzoekt het verslag op een of meer punten aan te vullen of haar te voorzien van bescheiden waarop de bevindingen van de onderzoeker berusten en die niet bij het verslag zijn gevoegd of niet door partijen in het geding zijn gebracht. De bevoegdheid daartoe ziet de Ondernemingskamer als het sequeel van de haar in artikel 2:345 lid 1 BW gegeven bevoegdheid tot het benoemen van onderzoekers teneinde een onderzoek in te stellen en op het algemene uitgangspunt met betrekking tot rechterlijke oordelen dat de rechter kennis dient te nemen van feiten die voor zijn oordeel van belang zijn. Op —kort gezegd —de bevoegdheden van de onderzoeker zijn ook bij een ‘ nader onderzoek’ als hier bedoeld de artikelen 2:351 en 2:352 BW van toepassing. Op de neerlegging ter griffie van de Ondernemingskamer van het verslag van het onderzoek blijft artikel 2:353 BW toepasselijk en voor de — verdere —procedure geldt opnieuw de regeling van de artikelen 2:354 tot en met 2:359 BW, met dien verstande dat alsdan het verslag en het nadere verslag gezamenlijk ter discussie staan en gezamenlijk de grondslag vormen voor het oordeel of —al of niet —sprake is van wanbeleid en voor de beslissing omtrent een eventueel verzoek tot het treffen van voorzieningen.

(...)

- 3.14. De Ondernemingskamer acht het derhalve mogelijk dat bij de behandeling van een verzoek naar aanleiding van het verslag van een onderzoek in zijn initiële vorm zodanige feiten worden gesteld onderscheidenlijk dat zodanige stellingen worden geponeerd, dat de Ondernemingskamer het in het kader van haar oordeelsvorming over de vraag of —al of niet —sprake is van wanbeleid, geraden acht de onderzoeker te verzoeken het verslag op het (de) desbetreffende punt(en) aan te vullen.’

76

Door zo te oordelen en te beslissen heeft de OK blijk gegeven van een onjuiste

rechtsopvatting, zulks om de volgende redenen, die ieder op zich en in onderling verband moeten worden beschouwd.

77

De OK heeft met haar overwegingen in r.o. 3.13 miskend dat de enquêteprocedure uit twee afzonderlijke procedures bestaat, zoals hiervoor onder 14 aangestipt. Aldus ook HR 27 september 2000, *NJ* 2000, 653 (Gucci), r.o. 4.1:

‘ 4.1 De middelen met betrekking tot rov. 3.11 gaan terecht ervan uit dat het in de wet vastgelegde stelsel van het recht van enquête twee afzonderlijke procedures inhoudt. De eerste procedure voorziet in de mogelijkheid van een verzoek tot het instellen van een onderzoek als nader in art. 2:345 BW is omschreven. De tweede procedure, bedoeld in art. 2:355, komt pas aan de orde indien het in art. 2:345 bedoelde verzoek is toegewezen en nadat het verslag van de uitkomst van het onderzoek op de voet van art. 2:353 ter griffie is nedergelegd.’

N.B. Voor wat betreft de beroepstermijn geldt de toe- of afwijzingsbeschikking in de eerste procedure als eindbeschikking (HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 465, Ogem).

In het onderhavige geval is de eerste procedure rechtens en feitelijk op 20 december 2002 afgesloten doordat de onderzoekers het Verslag op de voet van artikel 2:353 lid 1 BW ter griffie van de OK hebben neergelegd, althans door de beslissing van de OK van 20 december 2002, waarbij is bepaald dat het Verslag ter griffie van de OK ter inzage ligt voor een ieder. De tweede procedure is ingeleid door het verzoekschrift van Lijmar en UB Holding van 19 februari 2003. De OK heeft in die tweede procedure, in haar beschikking van 5 juni 2003, het primaire verzoek van Lijmar en UB Holding (het verzoek om een nader onderzoek te bevelen) afgewezen. Daarbij is overwogen:

‘ 2.7 (...) Voorzover de door de onderzoekers gevolgde werkwijze in enig geval zou meebrengen dat de Ondernemingskamer niet dan wel onvoldoende in staat is tot een oordeel over een verzoek op de voet van artikel 2:355 BW te komen, dient zulks in dat verband onder ogen te worden gezien’ .’

78

Gelet op het bovenstaande staat in elk geval vast dat in casu de beslissing van de OK tot het bevelen van een nader onderzoek, is gegeven in het kader van de tweede procedure van het enquêterecht. Deze tweede procedure strekt er echter niet toe de vraag te beantwoorden of behoefte bestaat aan een nader onderzoek. De tweede procedure voorziet evenmin in de mogelijkheid tot het instellen van zo'n nader onderzoek. De OK heeft de bevoegdheid tot het instellen van een nader onderzoek blijkens de onder 75 geciteerde r.o. 3.13 (onder meer) willen ontlenen aan artikel 2:345 lid 1 BW, maar zij heeft daarbij miskend dat deze bepaling uitsluitend betrekking heeft op de eerste —inmiddels afgesloten— procedure.

In soortgelijke zin D.M. Thierry, *Ondernemingsrecht* 2002– 14, p. 429; M. Brink onder de beschikking a quo, *JOR* 2003/260; M.W. Josephus Jitta in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2001– 2002, p. 111. Anders P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2003– 17, p. 670.

79

De OK heeft in r.o. 3.13 voorts overwogen dat het verslag van het nader onderzoek op de voet van artikel 2:353 BW ter griffie van de OK zal moeten worden neergelegd en dat voor het verdere verloop van de procedure opnieuw de regeling van de artikelen 2:354 tot en met 2:359 BW geldt. De OK heeft daarbij miskend dat haar in de tweede procedure niet de bevoegdheid toekomt om de eerste te heropenen, nu deze reeds is afgesloten. Het systeem van het enquêterecht en de rechtszekerheid verzetten zich ertegen dat partijen als gevolg van een beslissing van de OK tot het gelasten van een nader onderzoek worden teruggeworpen van de tweede naar de eerste procedure.

80

Het door de OK uiteengezette verdere procesverloop roept bovendien talrijke vragen op van processuele aard, waardoor afbreuk wordt gedaan aan de rechtszekerheid. Zo rijst de vraag of een beschikking waarin de OK in een procedure ex artikel 2:355 BW op verzoek van partijen een nader onderzoek beveelt, een eindbeschikking is in de heropende eerste procedure dan wel een tussenbeschikking in de procedure ex artikel 2:355 BW (vgl. D.M. Thierry, *Ondernemingsrecht* 2002– 14, p. 431; M. Brink onder de beschikking a quo, *JOR* 2003/260). Ook rijst de vraag of een persoon die na neerlegging van het initiële verslag niet binnen twee maanden een verzoek ex artikel 2:355 BW heeft ingediend, bevoegd is een verzoek van die strekking in te dienen na neerlegging van het nadere verslag (vgl. P.G.F.A. Geerts, *Ondernemingsrecht* 2002– 12, p. 385– 387). Mocht de gedachte postvatten dat de beschikking waarbij de OK in de procedure ex artikel 2:355 BW een nader onderzoek beveelt een rechtsgeldige eindbeschikking is, dan rijst de vraag in hoeverre dit de status beïnvloedt van de beschikking in de procedure ex artikel 2:345, waarin aanvankelijk een onderzoek is bevolen, hetgeen weer van belang is voor de mogelijkheid van cassatie.

81

Ook het spoedeisend karakter van de enquêteprocedure verzet zich tegen het bevelen van een nader onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap, waarnaar reeds onderzoek is verricht. De OK moet het verzoek in de eerste procedure van het enquêterecht (het verzoek tot het bevelen van een onderzoek) met de meeste spoed behandelen (artikel 2:349a, lid 1 BW). Hetzelfde geldt voor het verzoek in de tweede procedure (het verzoek tot het treffen van voorzieningen, artikel 2:355, lid 3 BW). Het is in het belang van de vennootschap en de daarbij betrokkenen dat de onzekerheid over de vraag of er al dan niet sprake is van wanbeleid, over het voortduren van (eventueel) getroffen onmiddellijke voorzieningen en over de (eventueel) te treffen definitieve voorzieningen zo kort mogelijk duurt. Dit geldt te meer nu Laurus een ter beurze genoteerde vennootschap is.

82

Het in de tweede procedure gedane verzoek van Lijmar en UB Holding tot het bevelen van een nader onderzoek is door de OK in haar beschikking van 5 juni 2003 niet aangehouden maar afgewezen. Vgl. nr. 77 hiervoor. Ambtshalve heeft de OK tenslotte toch een aanvullend onderzoek gelast. Echter: indien en voor zover de OK aan 2:345 lid 1 BW de bevoegdheid heeft mogen ontlenen tot het gelasten van een nader onderzoek, had zij daartoe niet ambtshalve mogen overgaan. Artikel 2:345 lid 1 BW stelt voorop dat een onderzoek kan worden bevolen ‘ op schriftelijk verzoek van degenen die krachtens de artikelen 346 en 347 BW daartoe bevoegd zijn’ De OK is niet bevoegd ambtshalve een onderzoek te bevelen, laat staan een nader onderzoek. Door hierover in r.o. 3.13 anders te oordelen —men leze de derde/vierde regel van r.o. 3.13: ‘ al of niet op verzoek van partijen’ —heeft de OK blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (vgl. in soortgelijke zin D.M. Thierry, *Ondernemingsrecht* 2002– 14, p. 429).

83

Bij het voorgaande verliezen verzoekers niet uit het oog dat de OK in de tweede procedure — in het kader van haar oordeelsvorming over de vraag of sprake is van wanbeleid —de behoefte kan voelen om de bescheiden te ontvangen waarop de bevindingen van de onderzoeker berusten en die niet bij het verslag zijn gevoegd en niet door partijen in het geding zijn gebracht. Ook is denkbaar dat de OK in de tweede procedure de behoefte voelt om de onderzoeker te laten reageren op feiten en stellingen die partijen in die procedure naar voren hebben gebracht. Anders dan de OK in r.o. 3.13 en 3.15 heeft overwogen, is daar echter geen nader onderzoek voor nodig. Het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt in de artikelen 22 Rv en 162 Rv voldoende mogelijkheden aan de OK om partijen te vragen op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Niets staat er bovendien aan in de weg dat de OK de onderzoeker verzoekt aanwezig te zijn tijdens de mondelinge behandeling

om een toelichting te geven op zijn verslag of zijn oordeel te geven over feiten en stellingen, die partijen in de procedure naar voren hebben gebracht. Voor zover nodig kan ook artikel 2:355 lid 3 jo artikel 2:349a lid 1 worden toegepast.

Conclusie

Laurus en de Commissarissen verzoeken de Hoge Raad de beslissing van de OK van 16 oktober 2003 in de zaak met rekestnummer 174/2003 OK te vernietigen, kosten rechtens.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instantie

Verweersters in cassatie sub 1 en 2 —verder te noemen: UB Holding en Lijmar— hebben met een op 19 februari 2003 ter griffie van het gerechtshof te Amsterdam ingekomen verzoekschrift in een procedure tegen verzoekster tot cassatie sub 1 —verder te noemen: Laurus— en verweerster in cassatie sub 3 als belanghebbende —verder te noemen: Casino— zich gewend tot de ondernemingskamer aldaar en —zakelijk weergegeven— primair verzocht een nader onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Laurus door andere onderzoekers te bevelen en subsidiair te bepalen dat sprake is van wanbeleid van Laurus en op de voet van art. 2:356 BW voorzieningen te treffen, een en ander met veroordeling van Laurus in de kosten van het geding.

Ter openbare terechtzitting van de ondernemingskamer van 22 mei 2003 is op verzoek van UB Holding en Lijmar en met instemming van Laurus slechts het primaire onderdeel van hun verzoek behandeld.

Bij tussenbeschikking van 5 juni 2003 heeft de ondernemingskamer het primaire onderdeel van het verzoek van UB Holding en Lijmar afgewezen en iedere verdere beslissing aangehouden.

Met een op 12 juni 2003 ter griffie van het hof te Amsterdam ingekomen verzoekschrift hebben verzoekers tot cassatie sub 2 tot en met 8 —verder te noemen: commissarissen— zich als belanghebbenden in bovenvermelde procedure gewend tot de ondernemingskamer en haar, voor zover hier van belang, verzocht:

1

E.Th.A.C. Albada Jelgersma (de Hoge Raad leest: UB Holding en Lijmar) niet-ontvankelijk te verklaren voor zover haar verzoek betrekking heeft op de in deel I van het verslag van de in deze zaak benoemde onderzoekers bedoelde periode;

2

indien de ondernemingskamer op het verzoek van UB Holding en Lijmar zou uitspreken dat uit het verslag van het onderzoek van wanbeleid is gebleken, daarbij te verstaan dat zulks geen betrekking heeft op het functioneren van de raad van commissarissen en van de gedelegeerd commissaris J.M. Hessels, en

3

UB Holding en Lijmar te veroordelen in de kosten van het geding.

Laurus heeft het verzoek bestreden en Casino heeft zich gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer.

Na behandeling van de zaak ter openbare terechtzitting van 19 juni 2003 heeft de ondernemingskamer bij beschikking van 16 oktober 2003:

–verstaan dat uit het verslag van het onderzoek blijkt van wanbeleid van Laurus NV in de periode van 1 januari 2000 tot medio augustus 2001 (fase I); in voege zoals in rov. 3.4 tot en met 3.10 van deze beschikking is omschreven;

–de in deze zaak eerder benoemde onderzoekers verzocht hun verslag aan te vullen en uit te breiden in voege zoals in rov. 3.18 tot en met 3.23 van deze beschikking is omschreven;

–het bedrag dat het aanvullende onderzoek te hoogste mag kosten vastgesteld op € 30 000, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;

–bepaald dat deze kosten ten laste van Laurus NV komen en dat zij voor de betaling daarvan

ten genoeg van de onderzoekers vooraf zekerheid dient te stellen,
–iedere verdere beslissing aangehouden.

(..)

2.Het geding in cassatie

(..)

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking en tot niet-ontvankelijkverklaring van UB Holding BV en Lijmar BV in hun verzoek van 19 februari 2003 voor zover het fase I van het onderzoek betreft.

De advocaat van Laurus en commissarissen heeft bij brief van 23 december 2004 op de conclusie gereageerd.

3.Beoordeling van het middel

3.1

In cassatie kan worden uitgegaan van de door de ondernemingskamer in rov. 2.1– 2.94 van haar beschikking van 16 oktober 2003 vastgestelde feiten.

3.2

Tegen de achtergrond van de zojuist bedoelde vaststaande feiten is door onder meer UB Holding en Lijmar verzocht dat de ondernemingskamer een onderzoek zal bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Laurus over het tijdvak vanaf 1 januari 2000, en voorts bij wege van onmiddellijke voorziening voor de duur van het geding op de voet van art. 2:349a lid 2 BW een aantal, in het verzoekschrift gespecificeerde, voorzieningen zal treffen. Bij beschikking van 22 mei 2002 heeft de ondernemingskamer het gevraagde onderzoek bevolen en iedere verdere beslissing aangehouden.

Nadat de ondernemingskamer bij beschikkingen van 28, 29 en 30 mei 2002 drie onderzoekers had benoemd, bij beschikking van 26 juni 2002 een nieuw verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen had afgewezen en bij beschikking van 26 september 2002 het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten, had verhoogd, heeft zij bij beschikking van 25 oktober 2002 bepaald dat het bij beschikking van 22 mei 2002 bevolen onderzoek zich mede diende uit te strekken over het tijdvak vanaf de datum van die beschikking tot aan een door de onderzoekers te bepalen datum.

Vervolgens hebben de onderzoekers het verslag van hun onderzoek aan de ondernemingskamer doen toekomen, die bij beschikking van 20 december 2002 heeft bepaald dat het verslag met bijlagen ter griffie ter inzage voor eenieder zou liggen.

Daarop hebben UB Holding en Lijmar in de onderhavige zaak primair verzocht een nader onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Laurus door andere onderzoekers te bevelen en subsidiair te bepalen dat sprake is van wanbeleid van Laurus en op de voet van art. 2:356 BW voorzieningen te treffen. Bij beschikking van 5 juni 2003 heeft de ondernemingskamer het primaire verzoek afgewezen en iedere verdere beslissing aangehouden. Na voortgezette behandeling van de zaak heeft de ondernemingskamer bij beschikking van 16 oktober 2003 verstaan dat uit het verslag van het onderzoek blijkt van wanbeleid van Laurus in de periode van 1 januari 2000 tot medio augustus 2001 op de wijze als nader in rov. 3.4– 3.10 van die beschikking omschreven, de onderzoekers verzocht hun verslag aan te vullen en uit te breiden zoals in de rov. 3.18– 3.23 van die beschikking is omschreven, het bedrag dat het aanvullend onderzoek ten hoogste mag kosten vastgesteld, en bepaald dat deze kosten ten laste van Laurus komen. Iedere verdere beslissing werd aangehouden.

3.3

In haar beschikking van 22 mei 2002 heeft de ondernemingskamer een onderzoek bevolen betreffende het tijdvak van 1 januari 2000 tot 22 mei 2002. In dit tijdvak, dat in het verslag van onderzoekers en de stukken van het geding wordt aangeduid als deel I, maar dat door de ondernemingskamer fase I wordt genoemd (welke terminologie verder zal worden gevolgd),

vond de zogeheten ‘ operatie Groenland’ plaats. Daarmee werd de integratie aangeduid van de zes supermarktformules waarmee Laurus op de Nederlandse markt actief was. Naar de op zichzelf onbestreden rov. 3.4 van de thans bestreden beschikking van 16 oktober 2003 is de ondernemingskamer mét de onderzoekers ervan uitgegaan dat de strategische keuze voor één formule voor alle supermarkten van Laurus in Nederland in beginsel verantwoord was en het daartoe opgestelde businessplan in beginsel op zichzelf niet onhaalbaar. Tegelijk was van meet af aan duidelijk dat het plan uiterst ambitieus was, zowel financieel als operationeel. Uit het verslag van de onderzoekers blijkt evenwel dat aan cruciale voorwaarden op het punt van financiering, administratieve organisatie, managementinformatie en logistiek op geen enkel moment is voldaan, hetgeen de hoofddirectie in een vroeg stadium heeft kunnen en moeten onderkennen. Door ondanks alle negatieve signalen de uitvoering van het businessplan voort te zetten voorbij een punt waarbij geen aanvaardbare weg terug meer mogelijk was, heeft de hoofddirectie onverantwoorde risico's genomen, waarbij uiteindelijk ook het voortbestaan van Laurus op het spel is komen te staan. Rationeel kan daarvoor geen enkele rechtvaardiging worden gegeven. Het oordeel kan dan ook slechts luiden dat het ter zake van de operatie Groenland door de hoofddirectie van Laurus gevoerde beleid dient te worden gekwalificeerd als wanbeleid, aldus nog steeds de ondernemingskamer in rov. 3.4 en 3.5 van haar thans bestreden beschikking.

Wat betreft de vraag of ook de raad van commissarissen verantwoordelijkheid draagt voor dit wanbeleid, overwoog de ondernemingskamer dat voorop staat dat deze in beginsel mag afgaan op informatie die hem door het bestuur wordt verstrekt. Uit het verslag is gebleken dat de hoofddirectie zich bij voortduring —en tegen beter weten in —positief is blijven uitlaten over de operatie Groenland. Voorts staat vast dat de raad van commissarissen in juli/augustus 2001 resoluut en daadkrachtig heeft ingegrepen teneinde de continuïteit van Laurus, althans haar onderneming, veilig te stellen, en moet worden aangenomen dat een ingreep van commissarissen in mei 2001 bij of aanstonds na de —met veel interne en externe publiciteit omgeven —opening van de eerste ‘ nieuwe Konmars’ , onverantwoord zou zijn geweest met het oog op de enorme imagoschade en vertrouwensschade die van zo een ingreep het gevolg zou zijn geweest (rov. 3.6– 3.7). Niettemin mocht van de raad van commissarissen ook en juist in de periode voorafgaand aan de omvorming van de eerste winkels een scherper toezicht verwacht worden dan bij voortzetting van een bestendig beleid gebruikelijk zou zijn geweest. Dat was te meer van belang omdat onlangs een nieuwe voorzitter van de hoofddirectie was benoemd, die geen ervaring had met winkelformules (rov. 3.8). Dit oordeel doet de ondernemingskamer voorts steunen op een aantal specifieke bevindingen van onderzoekers (rov. 3.9). In de gegeven omstandigheden was uiterlijk per eind maart 2001 het moment aangebroken waarop een scherper toezicht had moeten worden uitgeoefend, en is de raad van commissarissen door zulks na te laten, in zoverre medeverantwoordelijk voor het geconstateerde wanbeleid (rov. 3.10).

3.4

Onderdeel 1 klaagt dat de ondernemingskamer, aldus oordelend, ten onrechte het verweer van Laurus en commissarissen heeft verworpen dat UB Holding en Lijmar niet-ontvankelijk behoorden te worden verklaard in hun verzoek, voor zover dat betrekking had op fase I. Daartoe voert het onderdeel het volgende aan. Het verzoekschrift waarmee de onderhavige tweede procedure van de enquête is ingeleid, is vrijwel geheel toegesneden op fase II (waarin Laurus na 22 mei 2002 haar zelfstandigheid verloor en onderdeel is geworden van het Franse Casino-concern). Ten aanzien van fase I bevat het verzoekschrift geen enkele uitgewerkte stelling. Volstaan wordt met de ‘ aantekening’ op blz. 25 ‘ dat het onderzoeksrapport (...) voldoende aanknopingspunten biedt om terzake het Konmar debacle tot wanbeleid te concluderen’ (met ‘ het Konmar debacle’ wordt fase I bedoeld). Voorts is onder het kopje ‘ maatregelen’ nog opgemerkt: ‘ De rechten van de aandeelhouders zijn met de voeten

getreden. Er is niet sprake van een incidentele beleidsfout maar van het stelselmatig en bij herhaling negeren van de belangen van de aandeelhouders en zelfs van misleiding'. Daarop hebben commissarissen in hun verweerschrift de niet-ontvankelijkheid ingeroepen van verzoekers wat fase I betreft; subsidiair hebben zij dienaangaande verweer gevoerd. Tijdens de mondelinge behandeling van de zaak heeft enerzijds ook Laurus de niet-ontvankelijkheid ingeroepen van verzoekers wat fase I betreft en hebben anderzijds de advocaten van UB Holding en Lijmar niet alsnog het in het petitum van hun verzoekschrift mogelijk besloten verwijt onderbouwd dat ook ten aanzien van fase I sprake was van wanbeleid. Zij hebben integendeel opgemerkt: ' Met betrekking tot deel 1 van het verslag volstaan verzoekers met een verwijzing naar hetgeen zij in het verzoekschrift van 19 februari 2003 hebben gesteld en refereren zij zich aan het oordeel van de ondernemingskamer'. Daarop hebben zij laten volgen: ' Het gaat verzoekers hier om de kern, te weten het wanbeleid dat door Laurus is gevoerd inzake de Casino-transactie'.

De ondernemingskamer heeft dienaangaande als volgt geoordeeld:

- ' 3. Verzoeksters hebben betoogd dat het verslag van het onderzoek hen aanleiding heeft
1. gegeven om primair te verzoeken tot het instellen van een nader onderzoek —meer in het bijzonder met betrekking tot fase II —en subsidiair tot het vaststellen van wanbeleid en het treffen van maatregelen op de voet van art. 2:356 BW. Hoewel het verzoekschrift —evenals de overige van verzoeksters afkomstige stukken —zich vooral richt op fase II, wordt —op pagina 25 —in het verzoekschrift met zoveel woorden gesteld dat ' het onderzoeksrapport (...) voldoende aanknopingspunten biedt om ter zake het Konmar debacle tot wanbeleid te concluderen'. Voorts hebben verzoeksters —op pagina 29 van het verzoekschrift —in algemene zin gesteld dat —naar de ondernemingskamer begrijpt: door (het gevoerde beleid van) Laurus —de rechten van aandeelhouders met voeten zijn getreden en dat niet sprake is van een incidentele beleidsfout maar van het stelselmatig en bij herhaling negeren van de belangen van de aandeelhouders en zelfs van misleiding, en hebben zij in het petitum verzocht dat de Ondernemingskamer bepaalt dat van wanbeleid is gebleken en een of meer van de in art. 2:356 BW genoemde voorziening(en) treft die de Ondernemingskamer geraden acht, zonder dat zij daarin enige beperking hebben aangebracht in de periode waarop of in de onderwerpen met betrekking tot welke haar stelling onderscheidenlijk het verzochte ziet. Bij pleidooi ter terechtzitting van 19 juni 2003 is namens verzoeksters met betrekking tot het eerste deel van het verslag verwezen naar het verzoekschrift en hebben verzoekers zich gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer.
 - 3.2. Anders dan commissarissen blijktens onderdeel 7 van hun verweerschrift hebben betoogd, staat naar het oordeel van de Ondernemingskamer aan ontvankelijkheid van het verzoek, voorzover het fase I betreft, niet in de weg dat verzoeksters —naast de zojuist geciteerde verwijzing naar het verslag van het onderzoek —verder ' geen duidelijke omschrijving hebben gegeven van het verzoek en de gronden daarvan'. Die verwijzing naar het —juist omtrent fase I zeer uitvoerige —verslag, de hiervoor vermelde stelling in het verzoekschrift en de formulering van het petitum, maken het voorwerp van de rechtsstrijd voldoende duidelijk. Niet kan worden gezegd dat de commissarissen in het voeren van verweer zijn geschaad door de wijze waarop verzoeksters haar verzoek — waar het betreft fase I —aan de orde hebben gesteld. Verdergaande eisen kunnen aan het verzoek niet worden gesteld. Zodanige eisen vermag de Ondernemingskamer ook niet te lezen in de door de vennootschap ter terechtzitting ingeroepen beschikking van de Hoge Raad van 18 april 2003 (*ARO* 2003, 80, *JOR* 2003/110, *NJ* 2003, 286) inzake Rodamco North America NV De Ondernemingskamer verwerpt mitsdien het hier beoordeelde beroep op niet ontvankelijkheid van verzoeksters.'

3.5

Het tegen deze overwegingen gerichte onderdeel 1 stelt terecht dat het verzoekschrift ten aanzien van het beleid in fase I geen enkele uitgewerkte stelling bevat. Nadat Laurus en commissarissen zich daarop hadden beroepen, hebben UB Holding en Lijmar zich gerefereerd aan het oordeel van de ondernemingskamer, daaraan toevoegend dat het hun ging om het wanbeleid dat door Laurus zou zijn gevoerd inzake de —latere —Casino-transactie (fase II). Tegen deze achtergrond treft het onderdeel doel. Weliswaar is het subsidiaire petitum van het verzoekschrift waarmee de onderhavige tweede procedure van de enquête is ingeleid op zichzelf voldoende ruim geformuleerd om daaronder ook een verzoek tot vaststelling van wanbeleid van de rechtspersoon in fase I te kunnen begrijpen, maar dit petitum dient te worden uitgelegd in het licht van de daaraan ten grondslag gelegde stellingen en van het processuele debat, zoals dit zich vervolgens heeft ontwikkeld. De hiervoor weergegeven inhoud van het verzoekschrift en het daarop gevolgde verloop van het processuele debat laten geen andere uitleg toe, dan dat het verzoek geen betrekking had op het beleid van Laurus in fase I. Indien de ondernemingskamer niettemin, gelet op de in rov. 1 van haar beschikking opgesomde omstandigheden, aanleiding zag deze kwestie ambtshalve aan de orde te stellen, had zij partijen in een tussenbeschikking in de gelegenheid moeten stellen het processuele debat daarover aan te gaan en had zij zich van een beslissing op dit punt dienen te onthouden als vervolgens zou blijken dat partijen dit debat niet wensten te voeren (vgl. HR 26 september 2003, nr. C02/024, *NJ* 2004, 460). Nu de ondernemingskamer niet van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, had zij het ontvankelijkheidsverweer van Laurus en commissarissen behoren te honoreren, aangezien het verzoekschrift ten aanzien van fase I niet een voldoende duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust vermeldde, zodat Laurus en commissarissen in zoverre tekort werd gedaan in hun recht zich daartegen te verdedigen. Daaraan doet niet af dat commissarissen subsidiair ten gronde ve rweer hebben gevoerd, aangezien het hun vrijstond deze processuele opstelling te kiezen en zij daarmee niet hun primaire beroep op niet-ontvankelijkheid van UB Holding en Lijmar hebben prijsgegeven.

3.6

Het slagen van onderdeel 1 brengt mee dat de onderdelen 2– 4 geen behandeling behoeven. Hetzelfde geldt voor de onderdelen 5 en 6, omdat deze zijn gericht tegen de gronden waarop de ondernemingskamer wanbeleid van de raad van commissarissen in fase I heeft aangenomen.

3.7

Onderdeel 7 stelt —op zichzelf terecht —dat commissarissen in hun verweerschrift en bij pleidooi hebben aangeboden al hun stellingen te bewijzen. De ondernemingskamer heeft dit bewijsaanbod onbehandeld gelaten, dan wel impliciet verworpen. Daarmee heeft zij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, zo stelt het onderdeel.

Zoals de Hoge Raad in zijn beschikking van 27 september 2000, nr. OK 80, *NJ* 2000, 653, heeft geoordeeld, houdt het in de wet vastgelegde stelsel van het recht van enquête twee afzonderlijke procedures in (in HR 6 juni 2003, nr. R02/078, *NJ* 2003, 486 ook aangeduid als: twee fasen). Wat betreft de tweede procedure, waarin de ondernemingskamer, indien uit het verslag van de door haar benoemde onderzoekers van wanbeleid is gebleken (art. 2:355 BW), de in art. 2:356 BW genoemde voorzieningen kan treffen, heeft de Hoge Raad in zijn beschikking van 10 januari 1990, nr. 21, *NJ* 1990, 466, overwogen dat de vaststelling van de ondernemingskamer dat van wanbeleid sprake is —behoudens cassatie —bindend is, ook in andere procedures, voor diegenen die in de tweede procedure zijn verschenen en òfwel tot toewijzing van hetgeen verzocht en/of gevorderd is hebben geconcludeerd òfwel daartegen verweer hebben gevoerd, zonder dat daarmee tevens is vastgesteld of en in hoeverre dit wanbeleid aan die individuele verweerder kan worden verweten en deze daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld (rov. 5). De Hoge Raad overwoog tevens dat het begrip

‘wanbeleid’ in art. 2:355 BW kennelijk betrekking heeft op wanbeleid van de rechtspersoon, en dat wanbeleid van de organen van een rechtspersoon of degenen die daarvan deel uitmaken, aan de rechtspersoon moet worden toegerekend (rov. 7.4).

3.8

Deze overwegingen dienen als volgt te worden verstaan. Indien personen die deel uitmaken van de organen van de rechtspersoon door derden die als gevolg van wanbeleid schade hebben geleden aansprakelijk worden gesteld in een afzonderlijke, op art. 6:74 en/of art. 6:162 en/of art. 2:138/248 BW gebaseerde, procedure, is de vaststelling van de ondernemingskamer dat van wanbeleid van de onderzochte rechtspersoon sprake is — behoudens cassatie — weliswaar bindend voor diegenen die in de tweede procedure van de enquête zijn verschenen en ofwel tot toewijzing van hetgeen verzocht en/of gevorderd is hebben geconcludeerd ofwel daartegen verweer hebben gevoerd, maar dit impliceert niet de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de organen van de rechtspersoon voor dat wanbeleid. De door de ondernemingskamer vastgestelde feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure ook niet op voorhand vast, zelfs niet behoudens tegenbewijs. Het oordeel van de ondernemingskamer dat van wanbeleid sprake is geweest, kan daarin onder omstandigheden wel de bewijsrechtelijke betekenis hebben dat de rechter, mede gelet op de inhoud van het door de onderzoekers opgestelde verslag en het daarover in de tweede procedure van de enquête gevoerde debat, voorshands bewezen acht dat de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon zijn taak niet heeft vervuld op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.

3.9

Onder deze omstandigheden en mede gelet op de aard van de tweede procedure van de enquête, waarin de wetgever — zoals blijkt uit de citaten uit de wetsgeschiedenis die zijn vermeld onder 3.60 van de conclusie van de Advocaat-Generaal — eveneens spoed geboden achtte, moet worden aangenomen dat de ondernemingskamer niet is gehouden in te gaan op een aanbod tot bewijslevering. Daarom komt aan commissarissen, hoezeer zij ook blijkens het hiervoor overwogene belang hebben bij het desbetreffende oordeel van de ondernemingskamer, in de tweede procedure van de enquête ook niet het recht toe tegenbewijs te leveren tegen voor hen nadelige bevindingen van de door de ondernemingskamer benoemde onderzoekers. In zoverre brengt de aard van de zaak dus mee dat een uitzondering moet worden gemaakt op de hoofdregel van art. 284 lid 1 Rv. Personen die lid zijn (geweest) van de organen van de onderzochte rechtspersoon hebben echter in de tweede procedure van de enquête wél het recht de bevindingen van de onderzoekers te bestrijden. Indien het gaat om stellingen die essentieel zijn voor de in dat geding te nemen beslissingen, dient de ondernemingskamer daaraan in haar beschikking aandacht te besteden. Uit het hiervoor overwogene volgt dat het onderdeel geen doel kan treffen.

3.10

Onderdeel 8 is gericht tegen de beslissing van de ondernemingskamer om de onderzoekers te verzoeken hun verslag aan te vullen en uit te breiden in voege als in de rechtsoverwegingen 3.18 tot en met 3.23 van haar bestreden beschikking is omschreven. Volgens het onderdeel, samengevat weergegeven, heeft de ondernemingskamer daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De enquêteprocedure bestaat immers uit twee afzonderlijke procedures, zodat de beslissing van de ondernemingskamer erop neer komt dat zij in de tweede procedure de eerste heeft heropend, hoewel deze reeds was afgesloten. Niet alleen verzetten het systeem van het enquêterecht en de rechtszekerheid zich daartegen, maar ook geeft deze beslissing aanleiding tot vragen van processuele aard. Voorts staat het spoedeisend karakter van de enquêteprocedure aan deze beslissing in de weg. Ten slotte heeft de ondernemingskamer een desbetreffend verzoek van UB Holding en Lijmar in haar

beschikking van 5 juni 2003 afgewezen. De onderhavige beslissing is dus kennelijk ambtshalve gegeven. Dit is in strijd met art. 2:345 lid 1 BW, waarin de eis wordt gesteld dat een onderzoek kan worden bevolen op schriftelijk verzoek van daartoe bevoegde personen. De ondernemingskamer is dus niet bevoegd ambtshalve een (aanvullend) onderzoek te bevelen, aldus nog steeds het onderdeel.

3.11

Het onderdeel is in zoverre op een juist uitgangspunt gebaseerd dat, zoals hiervoor in 3.7 werd overwogen, het in de wet vastgelegde stelsel van het recht van enquête uit twee afzonderlijke procedures bestaat. Dit betekent echter niet dat die procedures geheel los van elkaar staan. In de tweede procedure wordt immers voortgebouwd op de eerste procedure in die zin dat daarin centraal staan (het verslag van) het in de eerste procedure gelaste onderzoek en de beoordeling door de ondernemingskamer op basis van dat verslag van de vragen of sprake is geweest van wanbeleid en zo ja, welke voorzieningen dan eventueel dienen te worden getroffen. Indien aan de ondernemingskamer uit het debat dat tussen partijen wordt gevoerd na deponering van het verslag van onderzoekers ter griffie, of ambtshalve, blijkt dat het onderzoek niet volledig is geweest, kan zij partijen vragen op de zaak betrekking hebbende bescheiden in het geding te brengen, dan wel de onderzoeker(s) vragen aanwezig te zijn tijdens de mondelinge behandeling van de zaak om een toelichting te geven op het verslag of om een oordeel te geven over stellingen van feitelijke aard die partijen inmiddels naar voren hebben gebracht. Door de uitoefening van deze bevoegdheden kan evenwel niet steeds de noodzakelijke duidelijkheid worden verkregen ter beantwoording van de twee hiervoor genoemde vragen. Het alternatief dat in zoverre opnieuw op de voet van art. 2:345 BW om een onderzoek zou moeten worden gevraagd, welk verzoek vervolgens opnieuw moet worden beoordeeld, onder voeging van die zaak met de reeds aanhangige, is nodeloos omslachtig en tijdrovend. Een redelijke, op de praktijk gerichte, wetstoepassing brengt mee dat de ondernemingskamer, indien deze in de tweede procedure bevindt dat het onderzoek niet volledig is geweest, bevoegd is, ook ambtshalve, bij tussenbeschikking te gelasten dat het onderzoek wordt heropend. Op dit alles stuit het onderdeel af.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van de ondernemingskamer van 16 oktober 2003;
verwijst het geding naar de ondernemingskamer ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt UB Holding en Lijmar in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Laurus en commissarissen begroot op € 267,69 aan verschotten en € 2600 voor salaris.

Naar boven

Conclusie A-G mr. Timmerman

Het gaat in deze zaak om de enquête bij Laurus NV. Het onderzoek heeft betrekking op twee aspecten. In de eerste plaats de zgn. ombouwoperatie waarin een groot aantal winkelformules werden omgebouwd in de Konmar-formule. Deze operatie is mislukt en teruggedraaid. Ten tweede is onderzoek verricht naar de transactie waardoor Laurus onderdeel is geworden van het Franse Casino concern. Over de ombouwoperatie heeft de Ondernemingskamer verstaan dat van wanbeleid is gebleken en overwogen dat zowel de hoofddirectie als de raad van commissarissen daarvoor medeverantwoordelijk is. Zij heeft een nader onderzoek gelast naar de Casino-transactie. Een bijzonderheid in deze zaak is dat degene die verzocht heeft wanbeleid vast te stellen (dat is oud-commissaris Albada Jelgersma via zijn vennootschappen UB Holding BV en Lijmar BV) zijn wanbeleidverzoek inzake de ombouwoperatie nauwelijks heeft uitgewerkt, maar zich vooral tegen de transactie van Laurus met Casino richt.

1

Feiten [2]

1.1

Laurus NV (hierna Laurus te noemen) is een vennootschap met volledig structuurregime, die hoofdzakelijk haar bedrijf maakt van de detailhandel in levensmiddelen (exploitatie van supermarkten). De aandelen in Laurus waren voor het overgrote deel geplaatst bij Stichting Administratiekantoor van gewone aandelen Laurus (hierna Stichting AK te noemen). Stichting AK had daartegenover —aan de Midkap van Euronext NV te Amsterdam genoteerde —certificaten van aandelen uitgegeven. De beurskoers van die certificaten bedroeg ultimo 1998, 1999, en 2000 respectievelijk € 21,51, € 17,90 en € 10,10 en is ook daarna blijven dalen.

1.2

Laurus is in 1998 tot stand gekomen als resultaat van een fusie tussen De Boer Unigro NV (hierna De Boer Unigro te noemen) en Vendex Food Groep BV (hierna Vendex te noemen). De Boer Unigro was in 1997 ontstaan uit een fusie tussen De Boer Winkelbedrijven NV en Unigro NV

1.3

Het bestuur van Laurus bestond aanvankelijk uit W.C.J. Angenent RA (hierna Angenent te noemen) als CEO en W. Kranenburg (hierna Kranenburg te noemen) als CFO. Onder dit bestuur (sinds 20 november 2000 aangeduid als hoofddirectie) functioneerde een groepsdirectie van niet statutaire directeuren.

1.4

De raad van commissarissen van Laurus werd gevormd door A.H.J. Risseeuw (hierna Risseeuw te noemen), E.Th.A.C. Albada Jelgersma (hierna Albada Jelgersma te noemen), R.J. Laan (hierna Laan te noemen), M. Ververs (hierna Ververs te noemen), W.M. de Grefte (hierna De Grefte te noemen), J.M. Hessels (hierna Hessels te noemen), J.M.M. Maeijer (hierna Maeijer te noemen) en K.J. Storm (hierna Storm te noemen). Van dezen waren Albada Jelgersma, Laan en Ververs oud-commissaris van De Boer Unigro en Hessels en Maeijer oud-commissaris van Vendex. Albada Jelgersma hield voorts, al of niet middellijk, circa een derde deel van de certificaten van het geplaatste aandelenkapitaal. Tevens was hij eigenaar en verhuurder van een groot aantal panden waarin supermarkten van Laurus werden gedreven.

1.5

Laurus was destijds actief in Nederland, België en Spanje. In de ‘ eigen’ supermarkten van Laurus werkten blijkens het jaarverslag 1998 ten tijde van de fusie circa 40.000 werknemers, van wie circa 10.000 buiten Nederland. Daarenboven werden nog supermarkten gedreven door franchisenemers.

1.6

Ter gelegenheid van de fusie is een informatiememorandum gepubliceerd waarin als doelstelling van Laurus is vermeld het in Nederland gericht ontwikkelen van een multi-formule strategie, te weten een gedifferentieerde portefeuille van landelijke supermarktformules. Als zodanig beschikte Laurus over de formules Super de Boer en Konmar voor de bovenkant van de markt, Edah voor het middensegment, en Basismarkt als discounter. Daarnaast exploiteerde Laurus een aantal kleinere buurtwinkels, vooral onder de naam Spar.

1.7

In de loop van 2000 heeft Laurus de levensmiddelendivisie van de Groenwoudt Groep overgenomen, met de formules Groenwoudt, Nieuwe Weme en Lekker&Laag. Daardoor nam het aantal supermarkten van Laurus in Nederland met 100 toe en steeg het Nederlandse marktaandeel tot bijna 30%. De betaalde prijs bedroeg € 309 miljoen, waarvan € 268 miljoen voor goodwill, en is geheel door middel van bankkrediet gefinancierd. De netto rentedragende schulden namen daardoor toe van € 187 miljoen ultimo 1999 tot € 555

miljoen ultimo 2000. Na aftrek van interest en van de reguliere afschrijving over de goodwill heeft de Groenwoudt-acquisitie zowel in 2000 als in 2001 een negatieve bijdrage aan het groepsresultaat van Laurus geleverd.

1.8

In Spanje, waar Laurus vooral opereerde via een supermarktketen onder de naam El Arbol, is tot en met 1999 een expansiepolitiek gevoerd. Daarna zijn geen nieuwe investeringen meer in Spanje verricht.

1.9

In februari 2000 heeft de raad van commissarissen het door een studiegroep ontwikkelde voorstel voor een ‘convergentieplan’ goedgekeurd. Dit plan hield —kort gezegd—in dat de formules Super de Boer en Konmar op termijn vergaand zouden worden geïntegreerd, doch met behoud van formule. In een eerste fase zouden administratie, logistiek en ICT (‘backoffice’) in elkaar worden geschoven; in een vervolgfase zou het streven zijn gericht op synergie van de winkels zelf (‘frontoffice’). In het plan werd een tijdsduur van drie tot vier jaar voor een verantwoorde implementatie voorzien. Het plan is nimmer in uitvoering genomen.

1.10

Met het oog op de opvolging van Angenent, die per 1 november 2000 met pensioen zou gaan, heeft de raad van commissarissen gezocht naar een kandidaat voor de functie van CEO. Via Egon Zehnder is contact gelegd met O.H. van der Straaten (hierna Van der Straaten te noemen), op dat moment werkzaam bij Unilever NV als senior vice-president consumptie-ijs en diepvriesproducten. Van der Straaten had geen retailervaring. Na gesprekken met alle commissarissen is hij per 1 mei 2000 tot statutair bestuurder benoemd. Omdat van het voorgenomen ‘inwerken’ door Angenent niet veel terecht kwam, is in overleg met de raad van commissarissen besloten dat Van der Straaten reeds per 1 juli als CEO op zou treden en Angenent tot zijn pensionering als adviseur aan Laurus verbonden zou blijven.

1.11

Van der Straaten had reeds voor zijn formele indiensttreding bij Laurus aan het Engelse marktresearchbureau Added Value opdracht gegeven een studie te maken naar de meest geschikte supermarktformule(s) voor de Nederlandse markt. Added Value begon met een ‘market review’ waaruit naar voren kwam dat zowel een drie-formulestrategie als een één-formulestrategie als ‘viable option’ moest worden beschouwd.

1.12

Vooruitlopend op de vervolgrapportage van Added Value, heeft Van der Straaten met medewerking van onder anderen Kranenburg en het lid van de groepsdirectie P.J. Stuyts (hierna Stuyts te noemen) een ‘masterplan’ geschreven uitgaande van integratie van de formules Super de Boer, Konmar, Edah, Groenwoudt, Nieuwe Weme en Lekker&Laag tot één, mogelijk twee formule(s). Basismarkt en Spar zouden buiten deze opzet blijven. De met het masterplan verbonden investeringen en reorganisatiekosten zouden worden gefinancierd enerzijds uit voorziene winstgroei, anderzijds uit de verkoop van zogenoemde non-core activiteiten, in de eerste plaats Basismarkt en Spar.

1.13

Het masterplan en het eerste deel van de rapportage van Added Value zijn besproken in de vergadering van de raad van commissarissen van 29 augustus 2000. Ook zijn toen de, zeer teleurstellende, halfjaarcijfers besproken. In Nederland was sprake van sterk gedaalde nettowinst, in Spanje en België van verlies.

1.14

In verband met slechte resultaten en verschil van inzicht is Kranenburg per 31 augustus 2000 op non-actief gesteld. Als interim-CFO trad aan het lid van de groepsdirectie H.A. van der Geest (hierna Van der Geest te noemen). Van der Straaten heeft J. van Rooten (hierna Van

Rooten te noemen), de groepsdirecteur die Spanje in zijn portefeuille had, in augustus 2000 van zijn functie ontheven.

1.15

Het masterplan is uitgewerkt in het ‘ Businessplan Groenland’ (hierna het businessplan te noemen). De essentie daarvan was de keuze voor een één-formule-strategie. Deze structurele ingreep werd nodig geacht om zowel op de korte als de lange termijn tot ‘ significante nettowinstgroei’ te komen.

1.16

Het businessplan hield —in hoofdzaken weergegeven—in:

- 800 supermarkten van de formules Super de Boer, Konmar, Edah, Groenwoudt, Nieuwe Weme en Lekker&Laag zouden worden omgevormd tot één nieuwe formule onder de naam Konmar;
- zowel de ‘ backoffice’ (administratie, logistiek en ICT) als de ‘ frontoffice’ (de winkels zelf) zouden worden geïntegreerd;
- de non-core activiteiten, te weten Basismarkt, Spar, Pet's Place, slijterijen en slagerijen, alsmede de zogenoemde ‘ restwinkels’ zouden worden verkocht;
- de logistiek zou worden geïntegreerd waarbij de achttien bestaande distributiecentra tot zes zouden worden gereduceerd;
- alle ICT-systemen zouden worden geüniformeerd tot één systeem voor Laurus Nederland;
- er zou een reductie plaatsvinden van acht kantoren naar twee;
- er zou een reductie plaatsvinden van het aantal personeelsleden in de indirecte sfeer.

1.17

Het businessplan voorzag erin dat de eerste 135 supermarkten zouden worden omgevormd in de periode van 15 mei 2001 tot september 2001 en vervolgens de definitieve beslissing ‘ stoppen of doorgaan’ zou worden genomen waarna —bij een positieve beslissing—het nieuwe Konmar-concept met veel publiciteit zou worden gelanceerd. In 2001 zouden in totaal 300 winkels worden omgevormd. De ombouw van alle 800 daarvoor aangewezen winkels zou in september 2003 zijn voltooid.

1.18

Wat de financiering betreft hield het businessplan —kort gezegd—in dat over de periode 2001– 2004 circa NLG 1,2 miljard extra investeringen zouden plaatsvinden en met reorganisatiekosten een bedrag van NLG 475 miljoen gemoeid zou zijn. Aan normale investeringen werd NLG 700 miljoen voorzien voor Nederland en België en NLG 300 miljoen voor Spanje. De bestaande kredietruimte beliep ultimo 2000 NLG 1.986 miljoen, waarvan NLG 1.500 miljoen nodig was voor de bestaande financieringsbehoefte. Behalve uit de ongetrokken kredietruimte van circa NLG 500 miljoen zouden de nieuwe investeringen worden gefinancierd uit verkoop van non-core activiteiten (NLG 465 miljoen), een hogere verwachte cash-flow (NLG 1.244 miljoen) en reductie van de voorraden (NLG 140 miljoen). Omdat de grote uitgaven zich vooral in het begin zouden voordoen (de maximale kredietbehoefte werd op NLG 2,2 miljard berekend), werd tot uitgangspunt genomen de non-core activiteiten zo snel mogelijk te verkopen en een extra kredietfaciliteit van NLG 300 miljoen aan te trekken. Voor de omgevormde winkels werd uitgegaan van 25% omzetsijging in de eerste twee jaar na de omvorming. De cash flow zou meer dan verdubbelen in de periode 2000– 2004. In een ‘ worst case scenario’ zou Laurus, ondanks tegenvallers bij de desinvesteringen en de winkelomzet, eind 2001 nog —net—niet onder de met de banken afgesproken ratios komen. Volgens dit scenario zou de totale rentedragende schuld ultimo 2000 NLG 1.126 miljoen bedragen.

1.19

Van de franchisenemers van Edah- en Super De Boer-winkels (respectievelijk 92 en 280) werd verwacht dat zij de kosten van fysieke ombouw van hun winkel zelf zouden dragen.

1.20

Het businessplan ging uit van een bedrijfsresultaat 2000 van NLG 320 miljoen en voorzag voor 2001 een bedrijfsresultaat van NLG 382 miljoen, met een nettowinst vóór afschrijving van goodwill van NLG 213 miljoen.

1.21

Het businessplan is op 25 oktober 2000 door de hoofddirectie —inmiddels bestaande uit Van der Straaten, Van der Geest en Stuyts —aan de raad van commissarissen gepresenteerd. De raad van commissarissen heeft het plan goedgekeurd en daarbij de directie gevraagd speciale aandacht te hebben voor —onder meer —het motiveren en gemotiveerd houden van het management en de overige medewerkers, het behoud van omzet en winst tijdens de overgangsfase, de financiering en de ‘ backoffice’ .

1.22

De uitvoering van het businessplan (‘ operatie-Groenland’ genaamd) werd toevertrouwd aan Stuyts. Onder zijn leiding is een stuurgroep ingesteld om de operatie te begeleiden.

1.23

In december 2000 zijn in een hangar op Schiphol twee ‘ mock-up’ winkels ingericht, waar groepen consumenten zijn ontvangen. Zij konden artikelen in hun wagentjes leggen, maar deze artikelen werden niet feitelijk geleverd en afgerekend maar na het bezoek weer teruggelegd in de schappen.

1.24

Per eind 2000 heeft de groepscontroller, H.L. Barendregt RA (hierna Barendregt te noemen) ontslag genomen omdat hij geen verantwoordelijkheid wilde dragen voor de uitvoering van het business plan.

1.25

Van der Geest, die aan Van der Straaten had laten weten geen vertrouwen te hebben in Stuyts, is per 1 januari 2001 als CFO opgevolgd door D. Kodde (hierna Kodde te noemen) en heeft per 1 februari 2001 Laurus verlaten.

1.26

Op 12 januari 2001 heeft de centrale ondernemingsraad (COR) van Laurus positief geadviseerd over het businessplan, zij het met een aantal kritische kanttekeningen.

1.27

In een vergadering van de raad van commissarissen van 15 januari 2001 is ten aanzien van de verkoop van non-core activiteiten geconstateerd dat er een achterstand is op het schema, de opbrengsten ervan tegenvallen en er vooral weinig belangstelling is voor Basismarkt. Voorts heeft Van der Straaten in die vergadering meegedeeld dat de keuze voor het nieuwe hoofdkantoor was gevallen op Rotterdam. Er was een tienjarig huurcontract ter zake van het Van Nelle-gebouw in Rotterdam gesloten. Blijkens de notulen heeft Storm opgemerkt dat hij door de keuze voor Rotterdam was verrast en graag vooraf bij die keuze was betrokken.

1.28

De COR had over de verhuizing naar het nieuwe hoofdkantoor een negatief advies uitgebracht aangezien hij een uitstroom van ‘ heel veel gekwalificeerde medewerkers’ verwachtte. Zodra de nieuwe vestigingsplaats bekend werd, heeft een groot aantal van degenen die op het hoofdkantoor werkzaam zouden zijn, ontslag genomen.

1.29

In januari 2001 heeft de raad van commissarissen een audit commissie ingesteld, bestaande uit de commissarissen Storm, Ververs en Laan. Deze heeft vergaderd op 8 en 26 februari 2001. Daarna is de financiële begeleiding van de operatie-Groenland weer een zaak van de gehele raad van commissarissen geworden.

1.30

In de centrale adviesbrief 2000 van KPMG Accountants NV (hierna KPMG te noemen,

gedagtekend 29 januari 2001 en gericht aan de hoofddirectie (met afschrift aan de audit commissie), is onder meer aandacht gevraagd voor punten die moesten worden verbeterd bij de implementatie van het businessplan. Met name is gewezen op het belang van goede managementinformatie, van toereikende interne controle rondom de goederenstroom en van betrouwbare geautomatiseerde systemen.

1.31

De centrale adviesbrief van KPMG is besproken in de vergadering van de audit commissie van 8 februari 2001. Blijkens de notulen is in die vergadering geconstateerd dat er bij Laurus vergeleken met andere grote ondernemingen teveel verrassingen zijn en de mate van voorspelbaarheid van de resultaten slecht is. Ook is geconstateerd dat fasering van de investeringen in de nieuwe Konmar-formule een belangrijk middel is om de cash- en schuldenpositie te sturen. Voorts heeft de hoofddirectie in de vergadering van 26 februari 2001 meegedeeld dat Laurus op basis van de voorlopige resultaten 2000 niet meer voldeed aan de voorwaarde van de banken dat de ratio netto rentedragende schuld-ebitda niet meer dan 2,5 mocht zijn. Hierover zou op korte termijn gesproken worden met de vijf grootste van de betrokken banken.

1.32

Blijkens een besluitenlijst van de hoofddirectie van 13 februari 2001 is een ‘ agressieve late payment policy voor leveranciers’ ingevoerd.

1.33

In de op 26 februari 2001 gehouden vergadering van de audit commissie is aan de orde geweest dat een mogelijke beperking van de kredietfaciliteiten een grote bedreiging betekent voor de realisatie van de operatie-Groenland.

1.34

Op 12 maart 2001 kon aan de banken worden meegedeeld dat blijkens de definitieve jaarcijfers 2000 toch aan de ratio werd voldaan. Daarna zijn onderhandelingen met ABN AMRO Bank NV (hierna ABN AMRO te noemen), ING NV (hierna ING te noemen) en Rabobank gevoerd die —naderhand —hebben geresulteerd in een gezamenlijk financieringsarrangement.

1.35

In haar accountantsverslag van 15 maart 2001 heeft KPMG zich —opnieuw —kritisch uitgelaten over de administratieve organisatie, de managementinformatie en de stand van zaken op ICT-gebied.

1.36

Het jaarverslag over het boekjaar 2000 is uitgebracht op 20 maart 2001. Daaruit bleek een bedrijfsresultaat van NLG 252 miljoen. De totale rentedragende schuld was ultimo 2000 NLG 1.223 miljoen. In België werd een gering positief bedrijfsresultaat gehaald. In Spanje was, bij gelijkblijvende omzet, het resultaat van € 28 miljoen winst (1999) omgeslagen in een verlies van € 10 miljoen (2000).

1.37

In de vergadering van de raad van commissarissen van 20 maart 2001 heeft Van der Straaten een —mede door Kodde opgesteld —‘ Framework 2001’ gepresenteerd waarin onder meer is vermeld dat succesvolle uitvoering van het business plan impliceert dat er voldoende financiële middelen moeten zijn en het scenario ‘ op het extreem scherp van de snede’ is. Uit de presentatie blijkt dat thans wordt uitgegaan van NLG 680 miljoen aan ‘ cash out’ voor ‘ store investments’ tegenover de NLG 566 miljoen die in het businessplan was voorzien. Van der Straaten en Stuyts hebben meegedeeld dat de hoofddirectie zich een bedrijfsresultaat 2001 van NLG 360 miljoen ten doel stelt (waarvan Nederland NLG 340 miljoen). Over Spanje is gemeld dat in de eerste twee maanden van 2001 een verlies van circa NLG 27 miljoen was geleden.

1.38

Per 30 april 2001 is Kodde afgetreden als CFO. Hij is als zodanig opgevolgd door K.W. Tewarie RA (hierna Tewarie te noemen).

1.39

In april 2001 is besloten het aantal in 2001 om te vormen winkels terug te brengen van 300 naar 200.

1.40

In een memo van 4 mei 2001 aan zijn medebestuurders heeft Stuyts gemeld compleet overvallen te zijn door een inmiddels geconstateerde daling van de marge.

1.41

Op 6 mei 2001 heeft een grote bijeenkomst van Laurus-medewerkers in de Amsterdam Arena plaatsgevonden tijdens welke onder meer zogeheten peptalks zijn gehouden, artiesten zijn opgetreden en aan community singing is gedaan. Van de meeting zijn tv-opnamen gemaakt.

1.42

In de vergadering van de raad van commissarissen van 14 mei 2001 heeft Van der Straaten meegedeeld dat principeovereenstemming met een consortium van banken (ABN AMRO als lead manager en voor 40%, ING voor 40% en Rabobank voor 20%) was bereikt over een totaal gecommiteerd krediet van € 580 miljoen en dat nog met het consortium werd onderhandeld over een 'waiver' per 1 juli 2001 van de voorwaarde inzake de ratio rentedragende schuld-ebitda waaraan inmiddels door Laurus niet meer werd voldaan. Met het consortium is de afspraak gemaakt dat 'Spanje' niet later dan 1 april 2002 zou zijn verkocht. ABN AMRO zegde een achtergestelde lening van NLG 50 miljoen op. Laurus onderhandelde op dat moment met Banco Santander over een gecommiteerd krediet van NLG 200 miljoen. Een andere belangrijke financier van Laurus, Fortis Bank (Nederland) NV (hierna Fortis te noemen) heeft het ongetrokken gedeelte van haar kredietfaciliteit bevroren en enige tijd later de gehele faciliteit van NLG 250 miljoen ingetrokken.

1.43

In diezelfde vergadering heeft Van der Straaten meegedeeld dat over het eerste kwartaal 2001 een bedrijfsresultaat van NLG 41 miljoen was behaald (NLG 41 miljoen lager dan in 2000, NLG 62 miljoen lager dan het budget-2001 en NLG 64 miljoen lager dan was voorzien in het business plan). In de notulen van die vergadering is vermeld dat de resultatenontwikkeling niet zodanig was dat de hoofddirectie verwacht de afgegeven prognose voor heel 2001 niet te kunnen handhaven. In de notulen van die vergadering is de 'snelle verkoop' van de Basismarkt-winkels genoemd als een van de kritische succesfactoren die de directie voor 2001 heeft geïdentificeerd. Concrete belangstelling was tot dan toe evenwel uitgebleven.

1.44

In de algemene vergadering van aandeelhouders van Laurus van 14 mei 2001 zijn Risseeuw, Maeijer en De Grefte tussentijds afgetreden als commissaris. Storm is Risseeuw opgevolgd als voorzitter van de raad van commissarissen. Hessels en Albada Jelgersma zijn herbenoemd. Het aantal personen in de raad van commissarissen is verminderd. Daarop had ook de COR aangedrongen.

1.45

De feitelijke heropening van de eerste nieuwe Konmar-winkels op 15 mei 2001 is met veel publiciteit gepaard gegaan. Van der Straaten presenteerde die avond de nieuwe Konmar-formule in het tv-programma Barend en Van Dorp.

1.46

Al dadelijk na het openen van de omgevormde winkels is gebleken van onbeheersbare problemen op het terrein van bevoorrading en ICT (lege schappen en problemen bij het afrekenen wegens niet functionerende kassa-automatisering).

1.47

Stuyts is beschuldigd van onregelmatigheden en belangenverstremgeling en heeft zich ziek gemeld.

1.48

In een presentatie van de hoofddirectie op 12 juni 2001 zijn vier oorzaken genoemd voor het fout gaan van de operatie-Groenland: onvoldoende leiderschap van de Groenland-directie, onvoldoende projectleiderschap van het programma-management, instemgedrag en het niet tot stand gebracht zijn van een team. De optie om onmiddellijk te stoppen en pas verder te gaan nadat de kwaliteit van de omgebouwde winkels op peil is en het ombouwproces beheersbaar is, wordt verworpen. De voorkeur gaat uit naar de optie om onverminderd door te gaan met de ombouw van de eerste 139 winkels en pas daarna te temporiseren.

1.49

Op 26 juni 2001 is de ledenvergadering van de vereniging van Super de Boer-franchisenemers akkoord gegaan met ombouw onder voorwaarde dat Laurus/Konmar eerst marktconform moet presteren, in het bijzonder wat betreft de logistieke prestatie. Uiteindelijk zijn twee op franchisebasis gedreven Super de Boer-winkels omgevormd tot nieuwe Konmars, doch niet dan nadat zij aan Laurus waren verkocht. Van de door franchisenemers gedreven Edah-winkels zijn er uiteindelijk drie omgevormd. Toen ook die winkels grote tekortkomingen bleken te vertonen, hebben de Edah-franchisenemers verder geweigerd aan de operatie-Groenland hun medewerking te verlenen.

1.50

Blijkens de notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 27 juni 2001 is ervoor gekozen de in 1.48 vermelde optie te temporiseren. Daarbij werd tevens een verschuiving beoogd van eigen filialen naar zelfstandige ondernemers. De raad van commissarissen heeft zijn vertrouwen in de hoofddirectie uitgesproken.

1.51

Eveneens in de vergadering van 27 juni 2001 heeft Van der Straaten meegedeeld dat het bedrijfsresultaat tot en met periode 5 van 2001 is uitgekomen op NLG 43 miljoen ofwel NLG 88 miljoen beneden het gebudgetteerde cijfer. Tewarie heeft meegedeeld dat daarnaast circa NLG 90 miljoen aan negatieve correctieposten is geïdentificeerd. Tewarie heeft aangekondigd dat de investeringen in de nieuwe Konmar-formule zullen worden teruggebracht van NLG 1,9 miljard tot NLG 1,3 miljard. Deze bijstelling vond mede op instigatie van Storm plaats.

1.52

Op 1 juli 2001 is de gehele hoofddirectie, bestaande uit Van der Straaten, Tewarie en Cornuit, vertrokken voor een reis van een week naar Mexico City, Chicago en Hongkong. Toen Storm hoorde van deze reis, heeft hij de hoofddirectie opdracht gegeven onverwijld terug te keren.

1.53

De achteruitgang van de bedrijfsresultaten in 2000 zette zich voort in het eerste en tweede kwartaal van 2001. Ook in België —waar een gevoel van uitzichtloosheid bestond— en in Spanje was sprake van —zware— tegenvallers.

1.54

In juli 2001 heeft de raad van commissarissen aan Bain & Company (hierna B&C te noemen) de opdracht gegeven een ‘strategisch review’ uit te voeren. Kort daarop, ongeveer tezelfdertijd dat B&C met het onderzoek begon, zijn Van der Straaten, Tewarie en Cornuit met vakantie gegaan.

1.55

Het door B&C uitgebrachte rapport is besproken in de vergadering van de raad van commissarissen van 20 augustus 2001. Volgens dit rapport was de strategische keus voor één formule in principe een juiste geweest en was het businessplan ambitieus maar haalbaar. Geconstateerd werd evenwel dat de voor welslagen cruciale uitgangspunten (waaronder NLG

400 miljoen desinvesteringen en scherp toezicht op de uitgaven) geen van alle gerealiseerd waren. B&C constateerde dat Groenland onhaalbaar was en achtte Laurus virtueel failliet.

1.56

Toen dit rapport in de vergadering van de raad van commissarissen van 20 augustus 2001 werd besproken had de hoofddirectie de uitvoering van operatie-Groenland al stopgezet.

1.57

Op 21 augustus 2001 zijn de besprekingen met een consortium van banken over een — vervangende, aan strikte voorwaarden gebonden — kredietfaciliteit van € 580 miljoen afgerond.

1.58

In zijn vergadering van 24 augustus 2001 heeft de raad van commissarissen uit zijn midden Ververs aangewezen als gedelegeerd commissaris. Er was toen nog enig vertrouwen in Van der Straaten. Na enkele dagen kwam Ververs tot de conclusie dat Van der Straaten ‘ niet meer te coachen’ was en geschorst moest worden. De raad van commissarissen heeft dit inderdaad gedaan en heeft de onafhankelijke management consultant J.H. Konings (hierna Konings te noemen) aangesteld als interim-CEO. Konings heeft een herstelplan ontwikkeld.

1.59

In haar ‘ Bevindingen inzake Halfjaarcijfers 2001’ , gedateerd 29 augustus 2001, heeft KPMG geconstateerd dat de periodieke informatie, forecasting, budgettering en rapportage niet structureel zijn verbeterd ten opzichte van 2000 en voortgangsrapportages met een analyse van de realisatie van de operatie-Groenland ontbreken.

1.60

Konings heeft tegenover de onderzoekers de situatie die hij bij Laurus aantrof aangeduid als ‘ complete chaos’ . Bij wijze van voorbeeld noemde hij onder meer dat geen wekelijkse sales rapportage, geen cash flow planning, geen cash flow rapportage, geen reguliere debiteurenrapportage en geen reguliere voorraadrapportage beschikbaar waren, dat voorraadplanning, ICT, logistiek en salarisadministratie chaotisch waren en de zogeheten derving uit de hand was gelopen.

1.61

Op 7 oktober 2001 heeft Laurus een aanvullend financieringsarrangement getroffen met het bankenconsortium. Daarbij zijn een achtergestelde lening van € 150 miljoen en een standby krediet van € 100 miljoen ter beschikking gekomen voor de periode van 9 oktober 2001 tot 9 april 2002. Laurus heeft daarbij —onder meer —de inspanningsverplichting aanvaard om te zoeken naar een (overname)partner. Er liepen inmiddels onderhandelingen tussen Laurus en de Franse vennootschap Casino Guichard Perrachon S.A. (hierna Casino noemen), die een levensmiddelenonderneming in stand houdt.

1.62

In de loop van oktober 2001 is aan ABN AMRO formeel mandaat verstrekt om de onderneming in Spanje te verkopen en aan Deutsche Bank A.G. om ‘ België’ te verkopen.

1.63

Op 25 oktober 2001 heeft een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van Laurus plaatsgevonden, waarin onder meer is gesproken over de falende Konmar-formule en over de gang van zaken in Spanje. In die vergadering heeft de voorzitter van de raad van commissarissen op een vraag van een aandeelhouder ‘ of het herstelplan wellicht gericht is op de verkoop van Laurus, gedeeltelijk dan wel in haar geheel’ , geantwoord dat ‘ men thans voornamelijk bezig is om Laurus weer winstgevend te maken en een goed functionerende organisatie te creëren. Verkoop van Laurus is nu niet aan de orde.’

1.64

Blijkens het door de hoofddirectie opgestelde budget-2002, gedateerd 30 november 2001, werd voor 2002 een geconsolideerd bedrijfsresultaat van € 79 miljoen verwacht en een

nettoresultaat van € 60 miljoen. Bij de opstelling van dit budget is ervan uitgegaan dat ‘ Spanje’ en ‘ België’ uiterlijk 30 juni 2002 verkocht zouden zijn. Het budget is besproken in de vergadering van de raad van commissarissen van 6 december 2001. Op aandringen van de raad van commissarissen is in het budget een post ‘ contingency’ opgenomen van € 17 miljoen negatief, zodat het voorziene netto resultaat werd teruggebracht tot € 43 miljoen.

1.65

Het bedrijfsresultaat over 2001, in oktober 2001 nog geschat op € 63 miljoen negatief, is uiteindelijk uitgekomen op € 136 miljoen negatief. Het nettoresultaat, geschat op € 62 miljoen negatief, bleek uiteindelijk € 442 miljoen negatief te belopen.

1.66

Vanaf november 2001 zijn —parallel aan de onderhandelingen met Casino -gesprekken gevoerd met de Amerikaanse investeringsbank Kohlberg Kravis Roberts & Co. Ltd (hierna KKR te noemen). In januari 2001 heeft KKR enige —niet bindende —voorstellen gedaan. Vervolgens is KKR in staat gesteld tot het uitvoeren van een due diligence onderzoek in Nederland en Spanje.

1.67

Uitmo 2001 bedroeg de beurskoers van —een certificaat van —het aandeel Laurus € 4,85.

1.68

In januari 2002 werd in de onderhandelingen tussen Laurus, Casino en de banken uitgegaan van een uitgiftekoers voor nieuwe aandelen van € 3. In een herzien concept Term Sheet van op of omstreeks 20 februari 2002 is het bod van Casino verlaagd tot € 1, waarbij Casino het risico in Spanje op € 260 miljoen heeft geschat. Casino baseerde zich hierbij op een door haarzelf opgesteld businessplan. Van Rooten —voormalig groepsdirecteur Spanje —is door Konings verzocht een onderzoek naar de situatie in Spanje in te stellen. Hij heeft een overlevingsplan voor Spanje, gedateerd 26 januari 2002, opgesteld. In dat plan komt hij tot de conclusie dat ‘ Spanje’ met een cash-injectie van € 67 miljoen op eigen kracht te redden zou zijn. Dit plan is door Laurus niet ingezet bij de onderhandelingen met Casino.

1.69

Bij brief van 20 februari 2002 hebben de banken nadere voorwaarden verbonden aan de verstrekte kredieten ten einde verdere trekkingen op de standby-faciliteit ten behoeve van Spaanse activiteiten mogelijk te maken. In de vergadering van de raad van commissarissen van 21 februari 2002 is daarmee ingestemd. Konings heeft vervolgens deze voorwaarden namens Laurus schriftelijk aanvaard.

1.70

Bij brief van 5 maart 2002 heeft KKR —na een due diligence onderzoek in Nederland en Spanje te hebben verricht —laten weten alleen geïnteresseerd te zijn in Laurus ‘ zonder Spanje’ .

1.71

Op 6 maart 2002 is een intentieverklaring tussen Laurus, Casino en het bankenconsortium getekend. In een persbericht van die dag heeft Laurus bekendgemaakt dat in 2001 zeer onbevredigende resultaten waren behaald, dat de herstructurering van ‘ Spanje’ duurder zou uitvallen en de opbrengsten van desinvesteringen lager waren dan oorspronkelijk voorzien, en er onderhandelingen werden gevoerd met ‘ een geïnteresseerde partij’ en met haar bankiers over een dringend noodzakelijke, aanmerkelijke, versterking van het vermogen op basis van een uitgifte van € 400 miljoen tegen waarschijnlijk een koers van € 1 per aandeel.

1.72

Op 7 maart 2002 is bekend gemaakt dat Laurus voornemens is, na goedkeuring door de aandeelhouders en positief advies van de COR, 200 miljoen nieuwe aandelen uit te geven aan Casino na storting van € 200 miljoen in contanten, 71.132.808 nieuwe aandelen uit te geven aan de banken die zullen worden volgestort door omzetting van € 71.132.808 van de op 7

oktober 2001 verleende achtergestelde converteerbare lening (met een optie van Casino op die aandelen tot 31 december 2008) en 128.867.192 aandelen met een voorkeursrecht aan te bieden aan bestaande aandeelhouders tegen storting in contanten van eveneens € 1 per aandeel.

1.73

Na het vertrek van Konings heeft Hessels met ingang van 7 maart 2002 als gedelegeerd commissaris het bestuur van Laurus op zich genomen. Tot de hoofddirectie behoorden toen tevens Tewarie, H.J.C.M. Castelijns (hierna Castelijns te noemen) en H.J. Stoter (hierna Stoter te noemen).

1.74

Bij brief van 18 maart 2002 heeft CVC Capital Partners een bod van € 1 uitgebracht op ‘ Spanje’ onder voorwaarde dat Laurus een kapitaalstorting van € 168 miljoen in El Arbol zou verrichten. Aan dit bod waren verdere —opschortende —voorwaarden verbonden.

1.75

Bij persbericht van 20 maart 2002 heeft Laurus de voorlopige jaarcijfers 2001 meegedeeld, uitkomende op een nettoverlies van € 442 miljoen. Daarbij is ook gemeld dat het eigen vermogen ultimo 2001 negatief € 176 miljoen bedraagt.

1.76

Per 21 maart 2002 is bij nadere overeenkomst de in 1.61 vermelde achtergestelde lening verhoogd van € 150 miljoen tot € 200 miljoen en de standby-faciliteit verlaagd van € 100 miljoen tot € 50 miljoen.

1.77

Op 9 april 2002 is namens het bankenconsortium een aantal ‘ waivers’ gegeven ter zake van het niet voldoen aan de voorwaarden van het financieringsarrangement. Daarmee werd bereikt dat de desbetreffende kredieten —nog —niet opeisbaar werden. Deze ‘ waivers’ , aanvankelijk geldig tot 15 juni 2002, zijn naderhand verlengd tot 30 juni 2002.

1.78

Op 29 april 2002 hebben Laurus en Casino een gemeenschappelijk persbericht uitgebracht, waarin onder meer het volgende is meegedeeld:

‘ In lijn met het gemeenschappelijk persbericht (...) van 15 april jl. is het due diligence onderzoek door Casino en de banken (...) op 25 april 2002 afgerond. De uitkomsten van dit onderzoek hebben geleid tot nader overleg tussen Laurus, Casino en de Banken omdat de waarde van de onderneming, als gevolg van risico's geïdentificeerd tijdens de due diligence, waaronder lagere dan de eerder verwachte opbrengsten uit herstructureringen en hoger dan verwachte noodzakelijke investeringen voor onder meer verbetering van ICT-systemen, lager blijkt te zijn dan de oorspronkelijk bij de onderhandelingen over de intentieverklaring in aanmerking genomen waarde. Er is nu overeengekomen, dat deze lagere waarde van de onderneming gedeeltelijk zal worden verwerkt in een EUR 0,10 lagere emissiekoers, te weten EUR 0,90 per aandeel in plaats van de eerder afgesproken EUR 1,00 per aandeel. Het totale bedrag van de emissie blijft EUR 400 miljoen; het totaal aantal nieuw uit te geven aandelen Laurus bedraagt 444.444.444.’

Casino zou tegenover haar storting in contanten van € 200 miljoen derhalve 222.222.222 nieuwe aandelen ontvangen.

1.79

In het voorjaar van 2002 was Laurus begonnen aan het opstellen van een ‘ revised forecast’ teneinde een nieuwe resultaatsverwachting op te stellen. Anders dan het budget-2002, dat uitsluitend volgens een ‘ top down’ -traject was opgesteld, berustte de ‘ revised forecast’ — mede —op een ‘ bottom up’ -methode. De opstelling van de ‘ revised forecast’ , die ook een drie jarenprojectie 2003– 2005 bevatte, is meermalen in vergaderingen van de hoofddirectie besproken en is uiteindelijk op 14 mei 2002 aan de raad van commissarissen

gepresenteerd. Het geprojecteerde bedrijfsresultaat voor 2002 —dat in het budget nog € 79 miljoen bedroeg —is in de ‘ revised forecast’ aangepast tot € 59 miljoen en het nettoresultaat tot € 125 miljoen negatief (volgens het budget € 43 miljoen positief). Een groot deel van het verschil met het ‘ budget’ is terug te voeren op de post Buitengewone Lasten Spanje ad € 125 miljoen negatief (volgens het budget € 16 miljoen negatief). In de ‘ revised forecast’ is rekening gehouden met een kapitaalsinjectie van € 400 miljoen uit hoofde van de Casino-transactie. Volgens de notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 14 mei 2002 zou zijn besloten dat de ‘ revised forecast’ ‘ verder moet worden uitgewerkt en aangepast voor mogelijke risico's ten behoeve van de financiering, voordat deze aan Casino kan worden gegeven’ . Albada Jelgersma heeft zich —onder meer in een op 20 mei 2002 gedateerd memo aan Storm —op het standpunt gesteld dat de notulen onjuist zijn en de ‘ revised forecast’ in de vergadering van 14 mei 2002 was goedgekeurd.

1.80
Aan Morgan Stanley is verzocht een opinie (‘ fairness letter’) te geven inzake de voorgenomen Casino-transactie. Laurus, doch ook verscheidene andere partijen, hebben daartoe stukken aan Morgan Stanley ter hand gesteld. Op 15 mei 2002 hebben twee adviseurs van Albada Jelgersma —McLeod en Roorda —Morgan Stanley bezocht. Diezelfde avond heeft McLeod aan Morgan Stanley kopieën gegeven van ‘ position papers’ die Albada Jelgersma aan zijn medecommissarissen had gezonden.

1.81
Op 16 mei 2002 hebben Tewarie en de groepscontroller Broekhuizen in opdracht en onder supervisie van Hessels een aangepaste versie van de ‘ revised forecast’ opgesteld onder de naam ‘ risk adjusted revised forecast’ . Zowel van de ‘ revised forecast’ als van de ‘ risk adjusted revised forecast’ is tevens een versie opgesteld, waarin het over 2002 verwachte operationele verlies voor Spanje, België en non-core activiteiten in Nederland is geëlimineerd, ervan uitgaande dat deze bedrijfsonderdelen in de loop van 2002 zouden worden verkocht. ‘ Spanje’ en ‘ België’ zijn in die alternatieve versies separaat als risicofactoren gewaardeerd.

1.82
Op 17 mei heeft Hessels de beide versies van de ‘ risk adjusted revised forecast’ , buiten medeweten van Castelijns en Stoter, naar zijn medecommissarissen gezonden, tezamen met een memo waarin hij aangeeft op welke punten —zijns inziens —de ‘ revised forecast’ onrealistisch is. De ‘ risk adjusted revised forecast’ is op diezelfde dag ook gezonden aan Morgan Stanley.

1.83
In de ‘ risk adjusted revised forecast’ is het begrote resultaat over 2002 (Ebit) van Laurus Nederland verminderd van € 84 miljoen positief tot nul vanwege ‘ non recurring items’ ten bedrage van € 28 miljoen negatief en ‘ risk adjustments’ van € 56 miljoen negatief. De risicofactor ‘ Spanje’ wordt voor dat jaar geschat op € 139 miljoen negatief bij herstructurering en € 455 miljoen negatief bij liquidatie. De ‘ risk adjusted revised forecast’ houdt evenals de ‘ revised forecast’ rekening met een kapitaalsinjectie van € 400 miljoen en bevat een zes jarenprojectie 2003– 2008. Bezien over de periode 2002– 2005 zijn Ebit en nettoresultaat gecumuleerd € 130 miljoen lager dan volgens de ‘ revised forecast’ .

1.84
In een memo van 20 mei 2002 aan Storm en vervolgens in de op de diezelfde dag gehouden vergadering van de raad van commissarissen heeft Albada Jelgersma zich sterk gekant tegen de ‘ risk adjusted revised forecast’ . Albada Jelgersma heeft zich op het standpunt gesteld dat de ‘ revised forecast’ in de vergadering van 14 mei was goedgekeurd. Voor dit standpunt heeft hij geen medestanders gevonden. Op 22 mei 2002 is Albada Jelgersma als commissaris afgetreden omdat hij zich niet met de Casino-transactie kon verenigen.

1.85

Gedagtekend 20 mei 2002 heeft Morgan Stanley haar ' fairness letter' afgegeven met betrekking tot de Casino-transactie. Die fairness letter was gericht aan Hessels en hield onder meer het volgende in:

' Following the Restructuring, the minimum number of shares that the [existing] Shareholders will hold in the Company in aggregate will be 129.541.771 shares representing 22,5% of the issued share capital of the Company (the ' Minimum Shareholding'). You have asked for our opinion as to whether the Minimum Shareholding is fair from a financial point of view to the Shareholders as a whole. For purposes of the opinion set forth herein, we have:

- i. reviewed certain publicly available financial statements and other information of the Company;
- ii. reviewed certain internal financial statements and other financial and operating data concerning the Company prepared by the management of the Company;
- iii. reviewed certain financial forecasts related to the Company prepared by the management of the Company;
- iv. discussed the past and current operations and financial condition and the prospects of the Company with senior executives of the Company;
- v. reviewed certain materials prepared by advisors to the Company (...);
- vi. discussed with Lazard Frères certain recommendations and other advice provided to the Company (including its Board of Directors);
- vii. discussed with ABN Amro certain recommendations and other advice provided to the Company in relation to Laurus Spain;
- viii. reviewed certain materials prepared by advisors to Casino (...) and made available to the Company; (...)
- ix. reviewed the Transaction Agreement, and certain related documents;
- x. reviewed certain due diligence materials as provided by the Company.
(...)

We have assumed and relied upon, without independent verification, the accuracy and completeness of the information reviewed by us for the purposes of this opinion. (...) We have not reviewed, or made any independent appraisal of, restructuring plans for Spain and Belgium (...) as such materials were not available at the time of our opinion. With respect to the financial forecasts, we have assumed that they have been reasonably prepared on bases reflecting the best currently available estimates and judgments of the future financial performance of the Company. (...) It is understood that this opinion is for the information of the Board of Directors of Laurus only (...) However, it may be disclosed in its entirety in the Explanatory Memorandum. (...) Based on and subject to the foregoing, we are of the opinion on the date hereof that the Minimum Shareholding to be held by the Shareholders following the Restructuring is fair from a financial point of view to such Shareholders.'

1.86

Per e-mail van 21 mei 2002 heeft McLeod cijfermatige informatie aan Morgan Stanley gezonden.

1.87

Op 22 mei 2002 hebben Laurus en Casino een gemeenschappelijk persbericht uitgebracht waarin onder meer is meegedeeld dat Casino, Laurus en het consortium van banken op 21 mei 2002 een ' Master Agreement' hebben getekend ten behoeve van de transacties zoals die zijn aangekondigd in de gemeenschappelijke persberichten van 7 maart 2002 en 29 april 2002. Het persbericht maakt voorts melding van een door Morgan Stanley afgegeven opinie, waarmee kennelijk is bedoeld op de in 1.85 vermelde fairness letter.

1.88

In aansluiting op de voorgenomen emissie zijn Laurus, Casino en het bankenconsortium overeengekomen om de bestaande leningsfaciliteiten in Nederland van € 830 miljoen om te zetten in nieuwe faciliteiten van € 950 miljoen, bestaande uit een vijf en een half jaar doorlopende kredietfaciliteit van € 450 miljoen, waarop in het vijfde jaar € 100 miljoen zal worden afgelost, een vijf en een half jaar doorlopende rekening-courant faciliteit van € 80 miljoen, een back-up facility inzake België van € 80 miljoen voor een periode van maximaal vijf en een half jaar en een vijf en een half jaar doorlopende back-up facility van € 340 miljoen die bedoeld is voor de reorganisatie in Spanje. In aanvulling hierop is voorts overeengekomen dat de banken aan Laurus Spanje, indien noodzakelijk, een additionele faciliteit zullen verstrekken met een maximum van € 250 miljoen tot het moment dat de reorganisatiecommissie Spanje wordt opgeheven. Deze faciliteit zal voor maximaal € 50 miljoen mogen worden aangewend voor Laurus België. Laurus, als holdingvennootschap, is in beginsel niet aansprakelijk voor rente en aflossing van deze faciliteit. Het tot stand komen van de kredietovereenkomsten is wereldkundig gemaakt in persberichten van 4 en 13 juni 2002.

1.89

Bij brief van 25 juni 2003 heeft het bankenconsortium van banken Laurus aangezegd dat geen verder uitstel ter zake van opeisbaar geworden kredieten zou worden gegeven. Dat zou alleen maar anders kunnen zijn indien de Casino-transactie per 30 juni 2002 haar beslag zou hebben gekregen.

1.90

Op 28 juni 2002 heeft de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders van Laurus plaatsgevonden. Tot de vooraf toegezonden stukken behoorde een Toelichtend Memorandum, gedagtekend 13 juni 2002, met betrekking tot de voorgenomen Casino-transactie. In dit Toelichtend Memorandum is de fairness letter van Morgan Stanley opgenomen.

1.91

Blijkens de daarvan opgemaakte notulen is in de vergadering uitvoerig gesproken over de voorgenomen Casino-transactie. Het desbetreffende voorstel is vervolgens door een grote meerderheid van de aandeelhouders aanvaard.

1.92

Casino heeft na het afsluiten van de transactie met Laurus de onderhandelingen met CVC inzake overname van de Spaanse activiteiten voortgezet. Hieruit is op 17 oktober 2002 een definitief akkoord voortgekomen.

2

Procesverloop

2.1

Bij verzoekschrift gedagtekend 6 mei 2002 heeft de naamloze vennootschap naar het recht van de Nederlandse Antillen Laminco NV tezamen met een aantal natuurlijke personen een verzoekschrift ex artikel 2:345 en 2:349a BW bij de Ondernemingskamer ingediend. Zij hebben verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Laurus over het tijdvak vanaf 1 januari 2000 en onmiddellijke voorzieningen te treffen.

2.2

Verzoekers hebben aan dit verzoek —samengevat weergegeven—ten grondslag gelegd dat het gevoerde beleid en de besluitvorming zich kenmerken door onverantwoord ondernemingsbestuur, hetgeen gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen oplevert. De gegronde twijfel spitst zich toe op het falen van de nieuwe Konmar-fomule en de wijze van versterking van het eigen vermogen.[3]

2.3

Laurus heeft verweer gevoerd. Zij heeft —kort gezegd—verzocht verzoekers in hun verzoek

tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Laurus niet ontvankelijk te verklaren en zich subsidiair gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer ter zake van dit verzoek.

2.4

Bij op 22 mei 2002 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift hebben UB Holding BV en Lijmar BV zich (nog juist op tijd) bij verzoekers aangesloten. UB Holding BV en Lijmar BV zijn persoonlijke vennootschappen van oud-commissaris Albada Jelgersma. Casino en de Vereniging van Effectenbezitters hebben zich als belanghebbende gemeld. Het verzoek is op 22 mei 2002 ter zitting van de Ondernemingskamer behandeld.

2.5

Bij beschikking van 22 mei 2002 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Laurus over het tijdvak vanaf 1 januari 2000 tot heden. Vervolgens zijn bij beschikkingen van 28, 29 en 30 mei 2002 tot onderzoekers benoemd: Mr. L.P. van den Blink, Ir. J.M.H. van Engelshoven en Drs. H.J.A.F. Meertens.

2.6

Verzoekers, waaronder UB Holding BV en Lijmar BV, hebben op 21 juni 2002 de Ondernemingskamer verzocht onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zij hebben de Ondernemingskamer verzocht de —verdere —uitvoering van de door Laurus met Casino en een aantal andere banken gesloten overeenkomst te verbieden en wel in dier voege dat Laurus wordt verboden die overeenkomst aan de tegen 28 juni 2002 uitgeschreven algemene vergadering van aandeelhouders voor te leggen en de algemene vergadering van aandeelhouders met de overeenkomst samenhangende besluiten te doen nemen, zulks voor de periode van twee maanden om verzoekers de gelegenheid te bieden alternatieve mogelijkheden aan te dragen ter oplossing van de problemen waarmee de vennootschap zich weet geconfronteerd. De Ondernemingskamer heeft dit verzoek afgewezen.

2.7

Bij beschikking van 25 oktober 2002 heeft de Ondernemingskamer bepaald dat het onderzoek zich mede uitstrekt over het tijdvak vanaf de datum van die beschikking tot aan de door de in deze zaak benoemde onderzoekers te bepalen datum.

2.8

De onderzoekers hebben hun verslag gedateerd 20 december 2002 aan de Ondernemingskamer doen toekomen. De Ondernemingskamer heeft bij beschikking van die datum bepaald dat het verslag van het onderzoek met de bijlagen ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage ligt voor een ieder.

2.9

De oorspronkelijke verzoekers UB Holding BV en Lijmar BV hebben bij verzoekschrift gedateerd 19 februari 2003 primair verzocht een nader onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Laurus over de periode 1 januari 2000 tot en met 18 juli 2002 en subsidiair verzocht te bepalen dat de Ondernemingskamer van wanbeleid is gebleken en één van de in art. 2:356 BW genoemde maatregelen te treffen die de Ondernemingskamer geraden acht.

Laurus en Casino hebben ter zitting van de Ondernemingskamer op 22 mei 2003 verzocht het verzoek om een nader onderzoek te bevelen af te wijzen.[4]

2.10

Bij beschikking van 5 juni 2003 heeft de Ondernemingskamer het primaire onderdeel van het verzoek van verzoeksters afgewezen en iedere verdere beslissing aangehouden; zij heeft bepaald dat de verdere behandeling van het verzoekschrift tezamen met de behandeling van de zaak 173/2003 OK (het verzoek van de VEB tot vaststelling van wanbeleid, waarin zij op 16 oktober 2003 niet ontvankelijk is verklaard en dat (derhalve) in cassatie geen rol meer speelt) zal plaatsvinden op 19 juni 2003.

2.10

De commissarissen (voor alle duidelijkheid: behalve Albada Jelgersma; hij was op 22 mei 2002 afgetreden, zie hiervóór 1.84) hebben op 12 juni 2003 een verweerschrift ingediend. Zij hebben daarin aangegeven belanghebbenden te zijn omdat: i) het onderzoek blijkens het verslag van de uitkomsten daarvan, mede betrekking heeft gehad op het functioneren van de raad van commissarissen van Laurus, ii) zij in de periode waarop het onderzoek betrekking heeft gehad samen met Albada Jelgersma lid van de raad van commissarissen zijn geweest, en iii) de verzoeken van Albada Jelgersma mede betrekking hebben op het functioneren van de raad van commissarissen in de onderzoeksperiode. Zij hebben verzocht —voorzover zou worden uitgesproken dat uit het verslag van wanbeleid is gebleken —daarbij te verstaan dat dit geen betrekking heeft op het functioneren van de commissarissen en gedelegeerd commissaris Hessels.

2.11

Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling van het verzoek tot het vaststellen van wanbeleid op 19 juni 2003 heeft Casino geconcludeerd tot referte ten aanzien van het verzoek van Albada Jelgersma tot het vaststellen van wanbeleid. Laurus heeft verzocht dit verzoek af te wijzen en de (oud) commissarissen hebben gepersisteerd bij hun hiervoor vermelde verzoek.

2.12

De Ondernemingskamer heeft bij beschikking van 16 oktober 2003 verstaan dat uit het verslag van het onderzoek blijkt van wanbeleid van Laurus NV in de periode 1 januari 2000 tot medio augustus 2001 (fase I); in voege zoals in de rechtsoverwegingen 3.4 tot en met 3.10 is omschreven. Voorts heeft de Ondernemingskamer de in deze zaak eerder benoemde onderzoekers verzocht hun verslag aan te vullen en uit te breiden in voege zoals in de rechtsoverwegingen 3.18 tot en met 3.23 van de beschikking is omschreven.

2.13

De Ondernemingskamer overwoog in de zojuist genoemde rechtsoverwegingen 3.4 tot en met 3.10 het volgende:

‘ 3.4 De Ondernemingskamer gaat er —met de onderzoekers —van uit dat de strategische keuze voor één formule voor alle supermarkten van Laurus in Nederland in beginsel verantwoord was en het businessplan in beginsel op zichzelf niet onhaalbaar. Tegelijk was evenwel van meet af aan duidelijk dat het plan uiterst ambitieus was, zowel financieel als operationeel, en dat het alleen zou kunnen slagen als werd voldaan aan de in het businessplan omschreven randvoorwaarden. Uit het verslag van de onderzoekers blijkt evenwel dat aan cruciale voorwaarden op het punt van financiering, administratieve organisatie, managementinformatie en logistiek op geen enkel moment is voldaan, hetgeen de hoofddirectie in een vroeg stadium heeft kunnen en moeten onderkennen. Door ondanks alle negatieve signalen de uitvoering van het businessplan voort te zetten voorbij een punt waarbij geen aanvaardbare weg terug meer mogelijk was, heeft de hoofddirectie onverantwoorde risico's genomen waarbij uiteindelijk ook het voortbestaan van Laurus op het spel is komen te staan, met alle nadelige gevolgen van de betrokken belangen van dien. Moge voor het doorgaan op een onverantwoorde koers nog een psychologische verklaring denkbaar zijn —een zeer sterke focus op en geloof in het succes van de vernieuwde winkels —, rationeel kan daarvoor geen enkele rechtvaardiging worden gegeven, omdat de aantrekkingskracht van de nieuwe winkelformule —laat staan de haalbaarheid van de gehele ombouwoperatie —niet aan enige serieuze test is onderworpen. Het had dan ook reeds snel duidelijk moeten zijn geweest dat voormelde focus op een illusie berustte.

3.5. Het oordeel kan dan ook slechts luiden dat het ter zake van de operatie Groenland door de hoofddirectie van Laurus gevoerde beleid dient te worden gekwalificeerd als

wanbeleid.

- 3.6. Bij de beantwoording van de vraag of —ook —de raad van commissarissen verantwoordelijkheid draagt voor dit wanbeleid, stelt de Ondernemingskamer voorop dat volgens het Nederlandse wettelijke systeem van bestuur en toezicht en de in Nederland gangbare opvattingen van ‘ corporate governance’ , de raad van commissarissen in beginsel mag afgaan op de informatie die hem, gevraagd of ongevraagd, door het bestuur wordt verstrekt. Uit het verslag is gebleken dat de hoofddirectie zich bij voortdurend —en tegen beter weten in —positief is blijven uitlaten over de operatie-Groenland. Voorts staat vast dat de raad van commissarissen in juli-augustus 2001 resoluut en daadkrachtig heeft ingegrepen teneinde de continuïteit van Laurus, althans haar onderneming, veilig te stellen. Tegen deze achtergrond komt de vraag op of de raad van commissarissen zodanige signalen heeft kunnen opvangen dat hij eerder had moeten ingrijpen dan hij heeft gedaan.
- 3.7. De Ondernemingskamer kan het verweer van belanghebbenden onder 1 tot en met 7 in zoverre aanvaarden dat een ingreep van commissarissen in mei 2001 bij of aanstonds na de —met veel interne en externe publiciteit omgeven —opening van de eerste ‘ nieuwe Konmars’ , onverantwoord zou zijn geweest met het oog op de enorme imagoschade en vertrouwensschade die van zo een ingreep het gevolg zou zijn geweest. De Ondernemingskamer verenigt zich op dit punt met de bevindingen van de onderzoekers op de pagina's 28 en 29 van hun verslag.
- 3.8. Dat houdt evenwel nog niet in dat een actiever optreden op enig aan 6 mei 2001 —de dag van de bijeenkomst in de Amsterdam Arena —voorafgaand moment niet mogelijk en zelfs geboden zou zijn geweest. Naar ook de raad van commissarissen zich bewust moet zijn geweest, hield de keuze voor het businessplan een zeer ambitieuze doelstelling in en werd met de uitvoering daarvan op een scherpe koers gevaren. Bekend was onder meer dat de financiering afhankelijk was van een vlotte desinvestering van non-core activiteiten en van winstgroei als gevolg van de omvorming zelf. Voorts is van belang dat —zoals de onderzoekers hebben vastgesteld —het businessplan wat betreft de voortgang van de uitvoering niet voorzag in controlemomenten waarop die uitvoering tijdig kon worden bijgesteld en zo nodig worden gestopt. Tegen deze achtergrond is de Ondernemingskamer van oordeel dat van de raad van commissarissen ook en juist in de periode voorafgaande aan de omvorming van de eerste winkels een scherper toezicht verwacht mocht worden dan bij voortzetting van een bestendig beleid gebruikelijk zou zijn geweest. Dat was te meer van belang omdat onlangs een nieuwe voorzitter van de hoofddirectie was benoemd, die geen ervaring had met winkelformules.
- 3.9. Dat oordeel doet de Ondernemingskamer voorts steunen op de volgende bevindingen van de onderzoekers:

Geconstateerd moet worden dat, ondanks de onderkende grote risico's, door de raad van commissarissen geen concrete en harde voorwaarden zijn bedongen ter voorkoming dat de raad in geval van dreigend misgaan van de operatie Groenland, daarmee pas zou worden geconfronteerd op een moment dat er reeds van een de continuïteit van Laurus bedreigende situatie sprake zou zijn. Aan de enquêteurs konden geen noodscenario's (...) worden getoond (pagina 22);

Nooit is getest in hoeverre de na hun omvorming te heropenen winkels bedrijfsklaar zouden blijken te zijn, zowel wat betreft bestellen en bevoorrading enerzijds als het afrekenen aan de kassa anderzijds. Dat alles zou derhalve pas blijken op het moment dat de eerste klanten in de heropende winkels stonden (pagina 27);

De werkelijkheid komt er derhalve op neer dat reeds bij de aanvang van de uitvoering van het businessplan in begin 2001 zowel de resultatenontwikkeling als de financiering

van het plan in belangrijke mate negatief afwijken van wat in het businessplan was aangenomen (pagina's 40 en 41);

De KPMG presentaties lieten aan duidelijkheid niets te wensen over en bevatten niet mis te verstane waarschuwingen, zowel aan de audit commissie als aan de raad van commissarissen als geheel, dat de uitvoering van het businessplan problemen zou kunnen opleveren (pagina 51);

Op het moment dat de resultaten over 2000 bekend werden (het jaarverslag kwam uit op 20 maart 2001, Ondernemingskamer), moet het duidelijk geweest kunnen zijn dat Laurus reeds was afgegleden naar de toestand die in het businessplan als worst case scenario was voorgesteld. (...) Op dat moment was er nog geen zicht op spoedige verkoop van de non-core onderdelen zoals in het businessplan voorzien (pagina 51); Uit de presentatie (in de vergadering van de raad van commissarissen van 20 maart 2001, Ondernemingskamer) blijkt dat het in het businessplan voorziene bedrag van f 566 mln als cash-out voor store investments in 2001 inmiddels was opgelopen tot f 680 mln. Hiervan zou f 440 mln worden uitgegeven in de periode tot medio augustus 2001 voor de eerste 155 om te vormen winkels. Tot vragen of opmerkingen van de commissarissen heeft deze forse overschrijding blijkens de notulen niet geleid (pagina 42);

Kodde is vertrokken (de derde vertrekkende CFO in een tijdsbestek van nog geen half jaar) kort na de presentatie aan de raad van commissarissen van Framework 2001 (op 20 maart 2001, Ondernemingskamer), welke presentatie wees op een groot aantal financiële problemen bij de uitvoering van de operatie Groenland (pagina 51);

Uit de notulen van de vergaderingen van de raad van commissarissen blijkt gebrek aan enige door de directie verstrekte, inhoudelijke en concrete informatie over uitvoering, voortgang, fasering, checkpoints en de mogelijkheid de operatie Groenland alsnog verantwoord te kunnen stoppen, althans op te schorten (pagina 51);

De raad van commissarissen heeft blijkens de notulen van zijn vergaderingen nooit kritische vragen gesteld, althans heeft nooit doorgevraagd, over onderdelen of aspecten van het businessplan die van doorslaggevende betekenis waren voor het succes ervan (pagina 52).

- 3.10. Op grond van vorenvermelde vaststellingen en bevindingen, die in het verweerschrift van de commissarissen onvoldoende —gemotiveerd— zijn weersproken, is de Ondernemingskamer van oordeel dat —ook al zou de raad van commissarissen aanvankelijk het voordeel van de twijfel hebben mogen geven aan de hoofddirectie — uiterlijk per eind maart 2001 het moment was aangebroken waarop een scherper toezicht had moeten worden uitgeoefend, en dat de raad van commissarissen door zulks na te laten in zoverre medeverantwoordelijk is voor het geconstateerde wanbeleid. De Ondernemingskamer neemt hierbij nog in aanmerking dat —naast de meer dan normale alertheid die van de raad reeds mocht worden verwacht in verband met de gedurfdheid van het businessplan —het in snel tempo elkaar opvolgen van een drietal chief financial officers, het zonder overleg verplaatsen van het hoofdkantoor naar —het Van Nelle-gebouw in —Rotterdam, de door die verplaatsing veroorzaakte uitstroom van gekwalificeerd personeel, en het ontbreken van draagvlak bij de franchisenemers, de raad van commissarissen bewust had horen maken van de risico's die hij nam door de hoofddirectie niet korter aan de teugel te nemen.'

2.14

Laurus en de commissarissen (behalve Albada Jelgersma) hebben tijdig[5] cassatieberoep ingesteld. UB Holding en Lijmar hebben een verweerschrift ingediend. Zij hebben zich ten aanzien van de onderdelen 1 tot en met 7 van het middel gerefereerd aan het oordeel van de Hoge Raad. Zij hebben verweer gevoerd tegen onderdeel 8 en voorzover het cassatieberoep

op dat onderdeel steunt verzocht het beroep te verwerpen.

3

Bespreking van het middel

Inleiding

3.1

De enquêteprocedure bestaat uit twee afzonderlijke procedures.[6] In de eerste procedure beslist de Ondernemingskamer of een onderzoek plaatsvindt naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon (art. 2:345 lid 1 BW); zij wijst het verzoek slechts toe, wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (art. 2:350 lid 1 BW). Deze eerste procedure wordt afgesloten met het neerleggen van het verslag van de uitkomst van het onderzoek ter griffie van het gerechtshof te Amsterdam.[7] Dit verslag vormt de kern van het enquêterecht. De tweede fase wordt weer ingeleid met een verzoekschrift. Veelal wordt daarin verzocht vast te stellen dat van wanbeleid is gebleken en voorzieningen te treffen (art. 2:355 lid 1 BW).

3.2

Over het doel en strekking[8] van het enquêterecht overwoog de Hoge Raad in zijn Text Lite[9] beschikking:

‘ De basis van het enquêterecht is het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon, met het doel na te gaan of sprake is (geweest) van wanbeleid. Tot de doeleinden van een enquête behoren, zoals ook in het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (Ogem) is overwogen, onder meer de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid, waarbij in de eerste plaats is te denken aan de verantwoordelijkheid van de onderscheiden organen van de rechtspersoon.’

Aan de invoering in 1970 van de (huidige) enquêterecht lag blijkens de parlementaire geschiedenis in de eerste plaats de gedachte ten grondslag dat het preventief zou werken.[10] Voorts beoogde de wetgever opening van zaken en een mogelijkheid tot correctie te introduceren.[11] Bovendien voorzag de wetgever dat het enquêterecht de vennootschap weer gezond zou kunnen maken.[12] Het belang van de vennootschap stond centraal.[13] Ten slotte zag de wetgever als een van de doeleinden het vaststellen waar de verantwoordelijkheid ligt.[14] Enige bedoeling van de wetgever om organen of functionarissen aansprakelijk te maken voor het wanbeleid aan te wijzen is in de wetgeschiedenis niet te vinden. Ook de Hoge Raad heeft een koppeling tussen wanbeleid en individuele aansprakelijkheid afgewezen. Hij heeft in zijn Ogem-beschikking (rov. 5) weliswaar geoordeeld dat de vaststelling wanbeleid door de Ondernemingskamer —behoudens cassatie— voor partijen ook in andere procedures bindend is[15], maar overweegt voorts dat daarmee niet is vastgesteld of en in hoeverre dit wanbeleid aan iedere individuele functionaris kan worden verweten en deze daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld. In de Text Lite beschikking (rov. 4.1.3) oordeelde de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer niet bevoegd is een oordeel te geven over de persoonlijke aansprakelijkheid voor de gevolgen van geconstateerd wanbeleid.[16] Niettemin zal in de praktijk de vaststelling van wanbeleid door de Ondernemingskamer de opmaat voor een aansprakelijkstelling (in een gewone dagvaardingsprocedure) kunnen zijn.[17] Maeijer wijst er op dat een dergelijke OK-beschikking de (bewijs)positie van de eiser in een aansprakelijkheidsprocedure in voordelige zin kan beïnvloeden.[18]

3.3

Op het recht van enquête als bedoeld in Afdeling 2 van Titel 8 van Boek 2 zijn van toepassing de algemene bepalingen van de verzoekschriftprocedure, geregeld in de art. 261– 291 Rv.[19] Art. 284 lid 1 Rv bepaalt dat de negende afdeling van de tweede titel (art. 149– 207 Rv) van overeenkomstige toepassing is op de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet.[20] Voor de enquêteprocedure betekent dit dat het

bewijsrecht (art. 149 e.v. Rv) van toepassing is. Van de verzoekschriftprocedure wordt gezegd dat zij, in vergelijking met de dagvaardingsprocedure, informeler, sneller en goedkoper is. Dit doet uiteraard niet af aan het gegeven dat voor iedere verzoekschriftprocedure de algemene voorschriften voor procedures gelden, waaronder in de eerste plaats art. 19 Rv dat het recht op hoor en wederhoor garandeert. Dit recht op hoor en wederhoor voorziet er niet alleen in dat partijen zich mogen uitlaten over elkaars standpunten maar bepaalt ook dat zij op alle bescheiden en andere gegevens die ter kennis van de rechter zijn gebracht mogen reageren.[21]

3.4

Het verzoekschrift van UB Holding en Lijmar waarmee zij de tweede procedure (art. 2:355 BW) hebben ingeleid is als volgt opgebouwd. In de inleiding (par. 1) stellen verzoekers dat ‘ het verzoek tot het instellen van nader onderzoek [zich] voornamelijk [concentreert] op de gang van zaken met betrekking tot de Casino transactie. Naar de mening van verzoekers is dit aspect met onvoldoende onafhankelijkheid en diepgang onderzocht’ . En verderop in par. 2: ‘ Zoals gezegd, gaat het verzoekers thans met name om de gang van zaken met betrekking tot de Casino-transactie.’ Het verzoekschrift gaat vervolgens in op het onderzoek zoals dat was verzocht waarin vooral op de Casino-transactie. In par. 3 behandelt het verzoekschrift het onderzoeksrapport. Daarin verwoorden verzoekers allereerst specifieke bezwaren tegen deel I van het rapport, door hen aangeduid als het ‘ Konmar debacle’ [22]. Zij vangen hun korte beschouwing hierover van twee bladzijden aan met de opmerking: ‘ Hoewel het onderhavige verzoekschrift zich met name richt tegen het onderzoeksrapport voor zover dat betrekking heeft op de Casino-transactie (deel 2), signaleren verzoekers ook de volgende lacunes in deel 1 van het rapport (Het Konmar debacle)’ . Kern hiervan is dat allerlei mededelingen van (Albada Jelgersma namens) verzoekers door de enquêteurs zijn genegeerd en niet in het verslag tot uitdrukking komen. Zij concluderen: ‘ Van dit alles is niets terug te vinden in het rapport. Sterker: het is de raad van commissarissen als geheel die een pluim krijgt voor het snelle ingrijpen nadat de mislukking van de Konmaroperatie bekend was geworden, en de schorsing van Van der Straaten wordt aan commissaris Ververs toegeschreven’ . Vervolgens verwoorden verzoekers inhoudelijke bezwaren ten aanzien van deel II (de Casino-transactie) van het onderzoek (blz. 10 e.v.). In § 4 (‘ wanbeleid’ , blz. 25 e.v.) stellen verzoekers voorop dat een aantal aspecten (i t/m v) van de Casino-transactie aanleiding geeft voor de conclusie dat sprake is van wanbeleid. Voorts op blz. 25: ‘ Verzoekers tekenen daarbij aan dat het onderzoeksrapport (afgezien van de hiervoor gesignaleerde gebreken) voldoende aanknopingspunten biedt om ter zake het Konmar debacle tot wanbeleid te concluderen.’ . Hierna gaat het verzoekschrift nader in op de punten i) tot en met v) van ten aanzien van de Casino-transactie. In § 5 (‘ maatregelen’ , blz. 29) ten slotte stellen UB Holding en Lijmar: ‘ De rechten van de aandeelhouders zijn met de voeten getreden. Er is niet sprake van een incidentele beleidsfout maar van het stelselmatig en bij herhaling negeren van de belangen van de aandeelhouders en zelfs van misleiding. (...)’ Het verzoekschrift mondt uit in het volgende petitum:

‘ WESHALVE:

Het de Ondernemingskamer moge behagen:

Primair: een nader onderzoek (met andere onderzoekers) te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Laurus NV over de periode 1 januari 2000 tot en met 18 juli 2002;

Subsidiair: te bepalen dat de Ondernemingskamer van wanbeleid is gebleken en één of meer van de in artikel 2:356 BW genoemde maatregelen te treffen die de Ondernemingskamer geraden acht;

met veroordeling van Laurus in de kosten van deze procedure.’

3.5

In hun verweerschrift hebben de commissarissen primair verzocht verzoekers

niet-ontvankelijk te verklaren. Zij hebben aangevoerd dat aan de hiervóór geciteerde passage op blz. 25 van het verzoekschrift (wanbeleid ten aanzien van het Konmar debacle) verder geen woord in het verzoekschrift wordt gewijd. De commissarissen stellen in dit verband dat de Ondernemingskamer volgens HR 31 mei 2000, *NJ* 2000, 555 (*Vie d'Or*) niet buiten de rechtsstrijd van partijen mag treden en slechts een oordeel mag geven over hetgeen haar door het verzoek in het kader van het geding is voorgelegd; de Ondernemingskamer mag niet het oordeel geven dat onzorgvuldig is gehandeld als de verzoeker dat niet in zijn verzoek heeft opgenomen. Ingevolge art. 278 Rv dient het verzoekschrift een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden daarvan te vermelden. De verzoeker moet aangeven waarom en op welke punten zijns inziens van wanbeleid is gebleken, aldus de commissarissen.[23] Vervolgens gaan de commissarissen —subsidiar —in op hetgeen uit deel I van het verslag over de raad van commissarissen blijkt.

3.6

Bij de mondelinge behandeling van het verzoek op 19 juni 2003 hebben UB Holding en Lijmar verzoekers het volgende gesteld: ‘ Verzoekers menen dat uit het verslag blijkt dat door Laurus wanbeleid is gevoerd. Met betrekking tot deel 1 van het verslag volstaan verzoekers met een verwijzing naar hetgeen zij in het verzoekschrift van 19 februari 2003 hebben gesteld en refereren zij zich aan het oordeel van de ondernemingskamer. Het gaat verzoekers hier om de kern, te weten het wanbeleid dat door Laurus is gevoerd inzake de Casino-transactie.’ [24] De commissarissen hebben hun niet-ontvankelijkheidsverweer gehandhaafd en subsidiar — ten aanzien van deel I—betoogd dat de raad van commissarissen niet eerder had kunnen ingrijpen. Laurus heeft blijkens haar pleitnota het verzoekschrift aldus begrepen dat het uitsluitend gaat om de vijf (i t/m v) aangevoerde en toegelichte gronden.[25]

3.7

Tegen deze achtergrond bespreek ik het cassatiemiddel dat is opgebouwd uit acht onderdelen. Onderdeel 1

3.8

Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen de rechtsoverwegingen 3.1 en 3.2 van de beschikking van de Ondernemingskamer:

- ‘ 3. Verzoeksters hebben betoogd dat het verslag van het onderzoek hen aanleiding heeft
1. gegeven om primair te verzoeken tot het instellen van een nader onderzoek —meer in het bijzonder met betrekking tot fase II —en subsidiar tot het vaststellen van wanbeleid en het treffen van maatregelen op de voet van artikel 2:356 BW. Hoewel het verzoekschrift —evenals de overige van verzoeksters afkomstige stukken —zich vooral richt op fase II, wordt —op pagina 25 —in het verzoekschrift met zoveel woorden gesteld dat ‘ het onderzoeksrapport (...) voldoende aanknopingspunten biedt om ter zake het Konmar debacle tot wanbeleid te concluderen’ . Voorts hebben verzoeksters —op pagina 29 van het verzoekschrift —in algemene zin gesteld dat —naar de ondernemingskamer begrijpt: door (het gevoerde beleid van) Laurus —de rechten van aandeelhouders met voeten zijn getreden en dat niet sprake is van een incidentele beleidsfout maar van het stelselmatig en bij herhaling negeren van de belangen van de aandeelhouders en zelfs van misleiding, en hebben zij in het petitum verzocht dat de Ondernemingskamer bepaalt dat van wanbeleid is gebleken en een of meer van de in artikel 2:356 BW genoemde voorziening(en) treft die de Ondernemingskamer geraden acht, zonder dat zij daarin enige beperking hebben aangebracht in de periode waarop of in de onderwerpen met betrekking tot welke haar stelling onderscheidenlijk het verzochte ziet. Bij pleidooi ter terechtzitting van 19 juni 2003 is namens verzoeksters met betrekking tot het eerste deel van het verslag verwezen naar het verzoekschrift en hebben verzoekers zich gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer.
 - 3.2. Anders dan commissarissen blijkens onderdeel 7 van hun verweerschrift hebben

betoogd, staat naar het oordeel van de Ondernemingskamer aan ontvankelijkheid van het verzoek, voorzover het fase I betreft, niet in de weg dat verzoeksters —naast de zojuist geciteerde verwijzing naar het verslag van het onderzoek —verder ‘ geen duidelijke omschrijving hebben gegeven van het verzoek en de gronden daarvan’ . Die verwijzing naar het —juist omtrent fase I zeer uitvoerige —verslag, de hiervoor vermelde stelling in het verzoekschrift en de formulering van het petitum, maken het voorwerp van de rechtsstrijd voldoende duidelijk. Niet kan worden gezegd dat de commissarissen in het voeren van verweer zijn geschaad door de wijze waarop verzoeksters haar verzoek — waar het betreft fase I —aan de orde hebben gesteld. Verdergaande eisen kunnen aan het verzoek niet worden gesteld. Zodanige eisen vermag de Ondernemingskamer ook niet te lezen in de door de vennootschap ter terechtzitting ingeroepen beschikking van de Hoge Raad van 18 april 2003 (*ARO* 2003, 80, *JOR* 2003/110, *NJ* 2003, 286) inzake Rodamco North America NV De Ondernemingskamer verwerpt mitsdien het hier beoordeelde beroep op niet ontvankelijkheid van verzoeksters.’

3.9

Het onderdeel klaagt dat de Ondernemingskamer in strijd met het recht en onbegrijpelijk gemotiveerd het beroep op niet-ontvankelijkheid heeft verworpen. Het onderdeel stelt voorop dat art. 278 lid 1 Rv bepaalt dat het verzoekschrift een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust vermeldt. Ten aanzien van fase I bevat het verzoekschrift geen uitgewerkte stelling; daarvan is slechts ten aanzien van fase II sprake en wel in de (hiervóór genoemde) stellingen i) tot en met v); de aantekeningen op blz. 25 en 29, waarnaar de beschikking in rov. 3.1 verwijst is geen voldoende specifieke stelling. Het onderdeel tekent daarbij aan dat het niet uit het oog verliest dat mogelijk de regel van art. 278 lid 1 Rv in deze zin moet worden geïnterpreteerd dat het de verzoeker tot op zekere hoogte vrijstaat zijn verzoek te verbeteren of aan te vullen zodat wel aan de eisen van art. 278 lid 1 Rv wordt voldaan. Dat hebben verzoeksters blijkens de pleitnota van hun advocaten echter niet gedaan; zij hebben verwezen naar het verzoekschrift en zich gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer, waarna zij mededeelden dat het hen om de kern gaat en dat is de Casino-transactie.

3.10

Zowel het art. 429d lid 1 (oud)[26]Rv als het in deze zaak toepasselijke art. 278 lid 1 Rv bepalen (onder meer) dat het verzoekschrift een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust vermeldt. Uit het verzoekschrift moet dus blijken wat verzoeker aan de rechter verzoekt en waarop hij dat verzoek baseert.[27] De verzoeker kan de gronden zodanig veranderen dat zij wel aan de eis van duidelijkheid beantwoorden (art. 283 Rv). Art. 278 Rv stemt overeen met art. 111 lid 2 sub d Rv (art. 5 sub 3 (oud) Rv), dat geldt in procedures die met een dagvaarding worden ingeleid. De eis (petitum) en de gronden daarvan (fundamentum petendi) is de belangrijkste vermelding die de dagvaarding moet inhouden.[28] Het fundamentum petendi vormt de motivering van hetgeen eiser vordert.[29] De voor de dagvaardingsprocedure geldende substantiëringsplicht en bewijsaandraagplicht (art. 111 lid 3 Rv) is niet in de wettelijke regeling van de verzoekschriftprocedure opgenomen.[30]

3.11

Het gaat er om dat de gedaagde —in de verzoekschriftprocedure: belanghebbende —zich moet kunnen verdedigen.[31] Dit wordt gezien als een aspect van het beginsel van hoor en wederhoor.[32] Dit hoofdbeginsel van burgerlijk procesrecht geldt uit zijn aard in de verzoekschriftprocedure evenzeer als in de dagvaardingsprocedure. Bovendien heeft de verzoekschriftprocedure zich ontwikkeld tot een volwaardige procedure die de vergelijking met de dagvaardingsprocedure ruimschoots kan doorstaan.[33]

3.12

Indien aan de eisen voor inhoud of ondertekening van het verzoekschrift niet of onvoldoende is voldaan, leidt dit volgens de wetsgeschiedenis niet tot nietigheid. De rechter zal, in overeenstemming met zijn actievare rol in deze procedure, naar bevind van zaken gelegenheid kunnen geven het gebrek te herstellen.[34] Dit past bij de deformalisering die inhoudt dat fouten alleen moeten worden ‘ bestraft’ indien het belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen daadwerkelijk is aangetast.[35] Deze deformalisering en het verdedigingsbeginsel vindt men o.m. terug in een uitspraak van de Hoge Raad, waarin het ging om de gevolgen van het ontbreken van een —op straffe van nietigheid voorgeschreven —petitum in een (kort geding) dagvaarding.[36] De Hoge Raad overweegt het volgende: ‘ 3.3.(...) Het voormelde voorschrift eist niet dat de duidelijke en bepaalde conclusie op een bepaalde plaats of in een bepaalde vorm in de dagvaarding wordt opgenomen. Wel is in beginsel vereist dat op een voldoende in het oog springende wijze in de dagvaarding een afzonderlijk en als zodanig herkenbaar petitum voorkomt. Indien evenwel uit het lichaam van de dagvaarding zonder meer duidelijk is tegen welke vordering de gedaagde zich heeft te verweren, zal het zich kunnen voordoen dat daarin reeds een voldoende duidelijke en bepaalde conclusie ligt besloten, ook als een uitdrukkelijk petitum ontbreekt.

Bij het oordeel of dit uitzonderingsgeval zich voordoet, moet in aanmerking worden genomen om wat voor dagvaarding het gaat. Ten aanzien van een dagvaarding waarmee de procedure in eerste instantie aanhangig wordt gemaakt, moeten aan de duidelijke omschrijving van de vordering in beginsel hoge eisen worden gesteld, maar dat kan in mindere mate gelden voor een appeldagvaarding.’

Mijns inziens kan deze overweging ook een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of het verzoekschrift in de onderhavige zaak ten aanzien van fase I (de Konmar-operatie) een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust vermeldt. Als het voor de commissarissen ‘ zonder meer duidelijk’ was tegen welk verzoek zij zich hadden te verweren, is het verdedigingsbeginsel niet geschonden en heeft de Ondernemingskamer het beroep op niet-ontvankelijkheid terecht verworpen. Vermeldenswaard is in dit verband nog een arrest van de Hoge Raad waarin een partij in een civiele procedure een straf dossier in het geding brengt en in cassatie klaagt over onbegrijpelijkheid van uitleg van stellingen, nu in het straf dossier gegevens zijn vermeld die niet stroken met die uitleg.[37] De Hoge Raad overwoog:

‘ (...) De partij die een beroep wil doen op zodanige feiten en omstandigheden, dient dit op een zodanige wijze te doen dat voor de rechter duidelijk is welke stellingen hem ter beoordeling worden voorgelegd en dat voor de wederpartij duidelijk is waartegen hij zich dient te verweren. Een andere opvatting zou in strijd komen met de eisen van een behoorlijke rechtspleging.’

3.13

Ik stel voorop dat de Ondernemingskamer op zich de juiste maatstaf heeft aangebracht: zij overwoog immers dat niet kan worden gezegd dat de commissarissen in het voeren van verweer zijn geschaad door de wijze waarop verzoekers haar verzoek —wat betreft fase I — aan de orde hebben gesteld en verdergaande eisen aan het verzoek niet kunnen worden gesteld. Dat oordeel wordt gesteund door HR 1 oktober 1986, *NJ* 1987, 914. In die zaak had de Ondernemingskamer overwogen dat het verzoekschrift in samenhang met een brief waarnaar het verwijst een duidelijke omschrijving bevat van de gronden waarnaar het verwijst. Tussen de daarin vermelde bezwaren en de in het verzoekschrift opgesomde redenen bestaat een zodanig verband dat gezegd moet worden dat zij op hetzelfde onderwerp betrekking hebben. Voorts blijkt —aldus de Ondernemingskamer in de beschikking a quo — uit het verweerschrift dat verweerder heeft begrepen waarover het verzoekschrift handelt. De Hoge Raad verwierp de klacht dat het verzoekschrift niet voldeed aan de eisen van art. 429d lid 1 Rv omdat het geen duidelijke omschrijving van de gronden zou bevatten met de

overweging dat het oordeel van de Ondernemingskamer niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting en overigens als van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk in cassatie niet met vrucht kan worden bestreden.[38]

3.14

Bij toepassing van deze maatstaf in de zaak die nu voorligt, heeft de Ondernemingskamer een verwijzing (rov. 3.2, tweede volzin) in het verzoekschrift naar het onderzoeksverslag voldoende geacht. Voorts heeft de Ondernemingskamer kennelijk geoordeeld dat de commissarissen wisten waartegen zij zich hadden te verweren, nu zij in rov. 3.10 overweegt dat de commissarissen de uit het onderzoeksverslag geciteerde vaststellingen en bevindingen onvoldoende —gemotiveerd —hebben weersproken. Hiertegen bestaan bij mij de volgende bedenkingen.

3.15

Het EHRM heeft in de Text Lite-uitspraak geoordeeld dat de onderzoekers geen rechten en verplichtingen vaststellen en hun bevindingen de Ondernemingskamer niet binden.[39] Dit betekent evenwel niet dat art. 6 EVRM geen rol speelt. Immers, eerst aan het eind van de tweede procedure kan worden beoordeeld of de procedure als geheel aan art. 6 EVRM beantwoordt en het onderzoek is onderdeel —vormt zelfs de kern[40]—van de enquêteprocedure. Josephus Jitta is dit verband kritisch. Hij stelt dat het onderzoek door enquêteurs niet door waarborgen omgeven is. Onderzoekers zijn in de praktijk vrij in de wijze waarop zij hun onderzoek uitvoeren en van een recht op hoor en wederhoor is geen sprake.[41] Volgens Josephus Jitta kan dit tot een zekere onevenwichtigheid leiden en doet dit in de praktijk ook: door onderzoekers geconstateerde feiten hebben de neiging een eigen leven te gaan leiden.[42] En voorts dezelfde schrijver:

‘ The system shows three structural weaknesses: The first is the selection by the investigators of the facts that they consider relevant or worth mentioning in their report. The second is that only the information in their report and the annexes is available, while it may be unclear which process the investigators have followed in determining what they considered worth reporting. The third is the human tendency to consider that what the investigators have found must be ‘ true ’ , which puts parties that dispute the facts established by the investigators on an unequal footing with those who want to base their arguments on the report. In the second procedure the Companies en Business Court tends to share this human tendency somewhat when it requires that parties disputing findings by the investigators indicate precisely what they dispute and how they propose to provide evidence to the contrary.[43]

Hij tekent (t.a.p.) hierbij nog aan dat e.e.a. te meer klemmt in zaken waarin persoonlijke verantwoordelijkheid of zelfs aansprakelijkheid —indirect —aan de orde is. Ook Sanders/Westbroek is kritisch wanneer zij spreken over de ‘ bindende kracht ’ in andere procedures van door onderzoekers in het verslag vastgestelde feiten[44]:

‘ Daar komt bij dat bestuurders en commissarissen er in de wettelijke bepalingen betreffende het recht van enquête qua rechtsbescherming uiterst karig afkomen. Slechts met behulp van de art. 429a– t Rv komen zij als ‘ belanghebbenden ’ min of meer aan hun trekken. De Hoge Raad heeft hen hierbij stevig moeten helpen door hen met onder meer een verwijzing naar art. 6(1) EVRM een recht op beroep in cassatie tegen uitspraken van de OK toe te kennen (OGEM, NJ 1990, 466). Van belang is ook dat de enquête-procedure slechts één feitelijke instantie kent en als verzoekschriftprocedure minder bewijsrechtelijke waarborgen biedt dan de dagvaardingsprocedure die voor de aansprakelijkheid geldt.’

3.16

In de tweede procedure (art. 2:355 BW) worden burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van art. 6 EVRM vastgesteld; het wanbeleidoordeel is ook in andere procedures bindend (zie de inleiding hierboven). Dit geldt voor verschenen belanghebbenden en de rechtspersoon waartegen het onderzoek zich richt.[45] Het is juist in deze fase van de enqueteprocedure van

groot belang dat rechtspersoon en de verschenen belanghebbenden voldoende gelegenheid krijgen om de bevindingen van de onderzoekers en de stellingname van verzoekers(s) (mede) naar aanleiding daarvan te bestrijden om te trachten te voorkomen dat de Ondernemingskamer tot het oordeel komt dat van wanbeleid is gebleken en de verantwoordelijkheid hiervoor bij die belanghebbenden rust. Dit zal in het algemeen niet eenvoudig zijn nu de Ondernemingskamer de in het verslag als resultaat van het onderzoek gerelateerde feiten in beginsel voor juist houdt.[46] Ik vermeld in dit verband dat de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat het fundamentele beginsel van behoorlijke rechtspleging volgens hetwelk een burgerlijk geding op tegenspraak wordt gevoerd —van welk beginsel dat van hoor en wederhoor deel uitmaakt —meebrengt dat de rechter zich bij de vaststelling van gegevens van wezenlijke aard alleen op die feiten mag baseren waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en ten processe ter discussie hebben kunnen stellen.[47] In dit verband merk ik terzijde op dat verzoekers —sprekend over de Casino-transactie —tijdens de mondelinge behandeling aan de orde hebben gesteld dat bijlagen bij het verslag van het onderzoek ontbreken, zodat zij het debat met beperkingen moeten aangaan en daarbij opmerken dat een werkelijk en deugdelijk debat omtrent de vraag of wanbeleid aan de orde is eigenlijk niet gevoerd kan worden.[48]

3.17

De mogelijkheid voor partijen om adequaat te reageren op het onderzoeksverslag is belangrijk, maar niet altijd voldoende om uiteindelijk tot een afgewogen oordeel te kunnen komen omtrent wanbeleid en wie daarvoor verantwoordelijkheid dragen. Daarvoor is naar mijn mening een partijdebat ten overstaan van de Ondernemingskamer vereist. In het partijdebat speelt het recht van hoor en wederhoor een onmisbare rol. Dit begrip houdt volgens Asser niet alleen in dat de rechter ‘ ook de andere partij’ hoort, dus gelegenheid geeft tot een reactie, maar dat partijen het recht hebben om hun standpunt aan de rechter te laten kennen over alles wat in het proces hun belangen raakt.[49] Asser heeft voorts betoogd dat het debat de ontwikkeling van de argumentatie en daarmee van de zaak dient. Hij stelt:[50]

‘ En wat de rechter betreft: hij voelt zich bij zijn uiteindelijke oordeelsvorming het veiligst als er een goed debat is gevoerd, zowel op het feitelijke vlak als wat betreft de rechtskwesties. Hij heeft dan de beste aanknopingspunten en de partijen hebben de grootste kans dat in zo'n situatie een uitspraak uit de bus komt die, hoe teleurstellend ook voor de verliezer, vanuit processueel en materieel oogpunt aanvaardbaar is. (..).

Het debat is dus van essentieel belang. Procederen is niet alleen het doen van statements, waaruit de rechter maar moet kiezen. Het gaat ook om overtuigen. De rechter moet worden overtuigd. (..) En de twee goede pleiters zorgen er samen voor dat de rechter aan twijfel ten prooi wordt gelaten als hij de raadkamer binnen stapt of de stukken na lezing terzijde legt. Die twijfel is immers de beste garantie voor een goed afgewogen oordeel. Beter een rechter die als hij aan zijn vonnis begint niet weet waar hij het moet zoeken dan een rechter die het proces zo heeft bespeeld dat hij zijn uitspraak al klaar heeft voordat hij er over gaat nadenken.

Partijdebat is dus een voorwaarde voor goede oordeelsvorming.’

3.18

Het partijdebat[51] zou in de tweede procedure een grote rol moeten spelen. Deze contentieuze verzoekschriftprocedure kent immers één schriftelijke ronde en vervolgens een mondelinge behandeling. Er is slechts één feitelijke instantie en de Ondernemingskamer kan (zowel zakelijk als persoonlijk) ingrijpende beslissingen nemen met mogelijk verstreckende gevolgen, omdat in deze fase van de toepassing van het enquêterecht burgerlijke rechten en plichten worden vastgesteld; in de inleiding heb ik verder op het aansprakelijkheidsaspect gewezen. Voorts geldt dat de Ondernemingskamer niet aan het verslag van het onderzoek is

gebonden[52]: er is dus voor zowel verzoeker als belanghebbenden alle reden te trachten de Ondernemingskamer te overtuigen van het eigen standpunt. Naar mijn mening kan verzoeker in de tweede procedure niet volstaan met een verwijzing naar het onderzoeksverslag, maar dient hij uiteen te zetten wat de gronden zijn voor het wanbeleid en —indien daartoe aanleiding bestaat —op grond waarvan functionarissen verantwoordelijk zijn. Het partijdebat en in het verlengde daarvan de partijen zelf kunnen in de knel komen wanneer de ene partij slechts verwijst naar een (vaak omvangrijk)[53] onderzoeksverslag, waaraan nogal eens de bijlagen ontbreken en waarvan vaak niet altijd duidelijk is of het totstandgekomen is met in achtneming van hoor en wederhoor[54] en de andere partij(en) alles wat hem/hen van belang lijkt eenzijdig ter discussie moeten stellen. Een en ander klemt te meer wanneer de Ondernemingskamer, zoals in het onderhavige geval, haar oordeel mede motiveert met verwijzingen naar het onderzoeksverslag die naar de mening van de Ondernemingskamer onvoldoende —gemotiveerd —zijn weersproken. Ik stip hierbij nog eens aan dat de gedachte achter de uitspraak van het EHRM in de Text Lite zaak is dat —ook indien de commissarissen in de onderzoeksfase onvoldoende verweer hebben kunnen voeren —art. 6 EVRM niet is geschonden nu in de enquêtefase geen burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld[55], de procedure als geheel[56] moet worden gezien en de commissarissen in de tweede procedure nog voldoende kans hadden gekregen om het verslag van het onderzoek te bestrijden. Het beginsel van hoor en wederhoor dient in de enquêteprocedure in de tweede procedure waarin de Ondernemingskamer wordt verzocht wanbeleid vast te stellen goed tot zijn recht te komen.[57]

3.19

Tegen het voorgaande kan men m.i. niet inbrengen dat art. 2:355 lid 1 bepaalt dat uit het verslag van wanbeleid moet blijken, zodat de gronden niet in het verzoekschrift behoeven te worden opgenomen. Dit voorschrift is door de Hoge Raad gerelativeerd in de RNA-beschikking[58] en —belangrijker —de tweede procedure is contradictoir van aard[59] en de rechtsstrijd speelt zich af tussen verzoekers —dus niet: onderzoekers —en belanghebbenden.

3.20

Het bepaalde in art. 278 Rv dat het verzoekschrift een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden bevat dient aldus niet alleen het verdedigingsbeginsel maar ook de ontwikkeling van een partijdebat en daarmee een goede oordeelsvorming. Die oordeelsvorming is niet alleen van belang in de enquêteprocedure zelf, maar zij speelt een indirecte rol bij de eventuele latere vaststelling van aansprakelijkheid van betrokkenen.

3.21

In het licht van hetgeen ik hiervoor heb opgemerkt over het belang van het partijdebat en over de onderhavige zaak zelf, had de Ondernemingskamer het beroep van de commissarissen op niet-ontvankelijkheid van UB Holding en Lijmar (ten aanzien van fase I); dienen te honoreren.[60] Er doet zich —om in termen van het hiervoor aangehaalde arrest HR 15 november 1991, *NJ* 1992, 724 te spreken —niet het uitzonderingsgeval voor dat zonder meer duidelijk is geweest tegen welk verzoek de commissarissen zich hadden te verdedigen; als gezegd speelt hierbij een rol dat het ging om een verzoekschrift in eerste (en enige feitelijke) aanleg. Voorts herhaal ik hier —samengevat —hetgeen ik in de inleiding heb gesteld: verzoekers hebben de procedure geheel en al gericht op de Casino-transactie en hebben slechts een terloopse verwijzing aan de Konmar-operatie gegeven. Het feit dat de commissarissen zich —subsidiar —hebben verdedigd is niet voldoende om aan de eisen van art. 278 Rv te ontkomen reeds omdat die omstandigheid niet wegneemt dat zich over de Konmar operatie in het geheel geen partijdebat heeft ontwikkeld. Ik beoordeel het onderdeel gegrond.

3.22

Ten aanzien van Laurus bevat de beschikking van de Ondernemingskamer geen beslissing met betrekking tot de ontvankelijkheid van UB Holding en Lijmar. De Ondernemingskamer had evenwel ambtshalve te onderzoeken of het verzoekschrift aan de daaraan te stellen eisen voldeed en daarop te beslissen met een niet-ontvankelijkverklaring.[61] Een daarop gerichte klacht ligt in nr. 24 van het cassatieverzoekschrift besloten.

Onderdeel 2

3.23

Onderdeel 2 richt zich tegen de eerste alinea van het dictum van de beschikking van de Ondernemingskamer, die als volgt luidt:

‘ Verstaat dat uit het verslag van het onderzoek blijkt van wanbeleid van Laurus NV in de periode 1 januari 2000 tot medio augustus 2001 (fase I); in voege zoals hiervoor in de rechtsoverwegingen 3.4 tot en met 3.10 is omschreven.’

3.24

Het onderdeel klaagt dat de Ondernemingskamer door zo te oordelen buiten de door partijen afgebakende rechtsstrijd is getreden en zij art. 24 Rv heeft geschonden. UB Holding en Lijmar hebben in hun verzoekschrift geen enkele concrete stelling met betrekking tot vermeend wanbeleid in fase I aan de Ondernemingskamer voorgelegd. De Ondernemingskamer had over eventueel wanbeleid in fase I geen oordeel mogen geven.

3.25

De klacht doet een beroep op de beschikking HR 31 mei 2000, *NJ* 2000, 555 m.nt. Ma (Vie d'Or). In die zaak klaagde het middel onder meer dat de ondernemingskamer buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door als wanbeleid te wraken het handelen van de verzekeringskamer in verband met de wijze van afrekening door Merrill Lynch van contracten. De Hoge Raad stelde voorop dat de Ondernemingskamer slechts een oordeel mag geven over hetgeen haar door de vordering van de PG in het kader van dit geding is voorgelegd. Vervolgens overwoog hij:

‘ Het desbetreffende rekest laat geen andere conclusie toe dan dat de PG niet in zijn vordering heeft opgenomen dat de Verzekeringskamer onzorgvuldig heeft gehandeld met betrekking tot de afrekening van de ML-contracten. De Ondernemingskamer is door desondanks het oordeel te geven dat de Verzekeringskamer te dezer zake onzorgvuldig heeft gehandeld, buiten de rechtsstrijd getreden.’

3.26

Het onderdeel faalt. De strekking van art. 24 Rv is onder meer dat de rechter niet meer mag toewijzen dan is gevraagd.[62] Bij de vaststelling van wat is verzocht dient niet alleen naar het petitum gekeken te worden. Voor het bepalen van de omvang van het verzochte kan men ook elders in het verzoekschrift terecht; beslissend is of voor belanghebbenden duidelijk is, tegen welke vordering zij zich kunnen verdedigen.[63] Zeker wanneer een declaratoir wordt verzocht (‘ te bepalen dat van wanbeleid is gebleken’) zal men elders in het verzoekschrift moeten nagaan welke omvang dat heeft.

3.27

In het petitum hebben UB Holding en Lijmar —subsidiar —verzocht te bepalen dat de Ondernemingskamer van wanbeleid is gebleken, zonder aan te geven of dit oordeel betrekking moest hebben op de Konmar-operatie, de Casino-transactie, of op beide. Voorts hebben zij —zoals ik hiervoor in 3.5. reeds heb aangegeven —in het lichaam van het verzoekschrift (blz. 25) gesteld dat het onderzoeksrapport voldoende aanknopingspunten biedt om ten aanzien van het ‘ Konmar-debacle’ tot wanbeleid te concluderen. Dit betekent dat het petitum aldus moet worden begrepen dat het de verzochte verklaring voor recht tevens betrekking had op de Konmar-operatie (fase I);. Uit de pleitnota d.d. 19 juni 2003 van Laurus (nr. 14) en het verweerschrift en de pleitnota van de commissarissen leid ik af dat zij dit ook zo hebben begrepen.[64] Ten slotte merk ik op dat de verwijzing van UB Holding en Lijmar

op blz. 25 van het verzoekschrift naar het onderzoeksrapport voor de vaststelling van de omvang van het petitum niet zonder betekenis is nu dat onderzoeksrapport tot de gedingstukken behoort en de kern van het enquêterecht vormt. De Ondernemingskamer heeft derhalve niet meer of anders toegewezen dan was verzocht.

Onderdeel 3

3.28

Onderdeel 3 stelt voorop dat de Ondernemingskamer het door de commissarissen gedaan beroep op niet-ontvankelijkheid heeft verworpen en heeft verstaan dat van wanbeleid is gebleken zoals in de beschikking nader omschreven. De Ondernemingskamer heeft dat — aldus het onderdeel —gedaan ofschoon UB Holding en Lijmar, nadat zij kennis hadden genomen van het tot niet-ontvankelijkverklaring strekkende betoog van de commissarissen, zich daarover hadden uitgelaten als volgt:

‘ Met betrekking tot deel 1 van het verslag volstaan verzoekers met een verwijzing naar hetgeen zij in het verzoekschrift van 19 februari 2003 hebben gesteld en refereren zij zich aan het oordeel van de Ondernemingskamer’

en vervolgens

‘ Het gaat verzoekers hier om de kern, te weten het wanbeleid dat door Laurus is gevoerd inzake de Casino-transactie’

en zij (UB Holding en Lijmar) niet hadden gereageerd op de stellingname van Laurus in de pleitaantekeningen d.d. 19 juni 2003 die alleen betrekking hadden op fase II (de Casino-transactie). De Ondernemingskamer heeft zo geoordeeld zonder UB Holding en Lijmar uit te nodigen zich nader over hun standpunt uit te laten en zonder verzoekers in cassatie in de gelegenheid te stellen daarop te reageren. Door aldus te oordelen heeft de Ondernemingskamer in strijd met fundamentele regels van procesrecht, althans met te stellen eisen van goede procesorde, een ‘ verrassingsbeslissing’ gegeven, aldus het onderdeel.

3.29

Volgens Asser is het criterium om uit te maken of sprake is van een ontoelaatbare verrassingsuitspraak of de partij die door de beslissing is benadeeld redelijkerwijs rekening heeft moeten houden met datgene waarmee de rechter haar heeft verrast.[65] Het gaat er om dat de wending in het proces theoretisch wel voorzienbaar was, maar niet verwacht behoefde te worden.[66]

3.30

Van een verrassingsbeslissing kan sprake zijn indien partijen het debat bewust beperken tot een bepaald onderwerp, maar de rechter toch over een andere kwestie waarop partijen hun debat niet hebben geconcentreerd een uitspraak doet.[67] In dat geval handelt de rechter — zoals de Hoge Raad het formuleert — ‘ in strijd met het fundamentele beginsel van procesrecht dat partijen over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan de rechterlijke beslissing, voldoende moeten zijn gehoord en niet mogen worden verrast met een beslissing van de rechter waarmee zij, gelet op het verloop van het processuele debat, geen rekening behoeften te houden.’ [68]

3.31

Zoals ik hierboven heb gezegd is onderdeel 1 naar mijn mening gegrond omdat de onderbouwing van het petitum door middel van —kort gezegd —een enkele verwijzing naar het onderzoeksverslag onvoldoende is. Gezien de beperking die UB Holding en Lijmar aldus hebben aangebracht in het processuele debat, behoeften Laurus en de commissarissen er niet meer op bedacht te zijn dat de Ondernemingskamer uitspraak zou doen over de Konmar-operatie. Volgens verzoekers was fase II de kern van de zaak en werd het debat over de vraag naar wanbeleid beperkt tot de Casino-transactie. Laurus en de commissarissen hoefden met een uitvoerige uitspraak van de Ondernemingskamer redelijkerwijs geen rekening te houden. Voor Laurus geldt dit overigens sterker dan voor de commissarissen;

Laurus is het debat over de Konmar-operatie in het geheel niet aangegaan, terwijl de commissarissen met betrekking tot dat onderwerp subsidiair verweer hebben gevoerd. Nadat UB Holding en Lijmar tijdens de mondelinge behandeling op 19 juni 2003 volstonden met een verwijzing naar het verzoekschrift (waarin —grof gezegd —was volstaan met een verwijzing naar het verslag van het onderzoek) en opmerkten dat het ging om de kern, te weten het wanbeleid dat door Laurus is gevoerd inzake de Casino-transactie (zie hiervóór nrs. 3.4 t/m 3.6)[69], behoefde ook zij er geen rekening meer mee te houden dat de Ondernemingskamer over de Konmar-operatie zou oordelen. Het onderdeel slaagt derhalve.

Onderdeel 4

3.32

Dit onderdeel komt op tegen de eerste volzin van rechtsoverweging 3.10 van de beschikking, die als volgt luidt:

‘ 3.10 Op grond van vorenvermelde vaststellingen en bevindingen, die in het verweerschrift van de commissarissen onvoldoende —gemotiveerd —zijn weersproken, is de Ondernemingskamer van oordeel dat —ook al zou de raad van commissarissen aanvankelijk het voordeel van de twijfel hebben mogen geven aan de hoofddirectie —uiterlijk per eind maart 2001 het moment was aangebroken waarop een scherper toezicht had moeten worden uitgeoefend, en dat de raad van commissarissen door zulks na te laten in zoverre medeverantwoordelijk is voor het geconstateerde wanbeleid. (...)’

Het onderdeel bouwt voort op de onderdelen 1 tot en met 3. Het betoogt dat zelfs indien de rechtsoverwegingen 3.1 en 3.2 de toets van art. 24 en 278 Rv kunnen doorstaan en de Ondernemingskamer geen verrassingsbeslissing heeft gegeven, dit niet geldt voor het specifiek ten aanzien van de commissarissen gegeven oordeel in rechtsoverweging 3.10. Aangenomen al dat de in rechtsoverwegingen 3.1 en 3.2 door de Ondernemingskamer aangehaalde passages uit het verzoekschrift van 19 februari 2003 kunnen worden geïnterpreteerd als tezamen vormende een duidelijke omschrijving van een verzoek om ook ten aanzien van fase I te bepalen dat van wanbeleid is gebleken, en als tezamen weergevende een duidelijke omschrijving van de gronden waarop dat verzoek berust, dan kan daarin niet worden gelezen een verzoek om specifiek ten aanzien van de raad van commissarissen vast te stellen dat deze medeverantwoordelijk is voor geconstateerd wanbeleid.

3.33

Bij de bespreking van onderdeel 1 is al een verbinding gelegd met de hier aangevallen overweging. Ik kan er nu dan ook betrekkelijk kort over zijn. Het onderdeel is gegrond, nu in het verzoekschrift onvoldoende gronden zijn aangedragen die het oordeel dat de commissarissen medeverantwoordelijk zijn steunen. Hierbij laat ik meewegen dat het oordeel van de Ondernemingskamer mede gebaseerd is op de overweging dat de commissarissen stellingen uit het verslag van het onderzoek onvoldoende hebben weersproken. Ik heb uiteengezet waarom ik er geen voorstander van ben om belanghebbenden als het ware te laten zoeken naar verwijten die jegens hen in het verslag staan geformuleerd.

3.34

Het onderdeel acht ik ongegrond voorzover het ziet op het petitum. Het door UB Holding en Lijmar geformuleerde petitum (zie hiervóór nr. 3.4) sluit in dat de Ondernemingskamer een oordeel geeft over wie verantwoordelijk is voor gebleken wanbeleid, dat hoeft niet met zoveel woorden in het petitum worden vermeld. Ik verwijs overigens naar hetgeen ik over onderdeel 2 heb gezegd.

3.35

Vorzover het onderdeel voortbouwt op onderdeel 3 is het naar mijn mening weer gegrond. Nadat UB Holding en Lijmar blijkens de pleitnota van 19 juni 2003 het debat hadden beperkt tot de Casino-transactie hoefde Laurus en de commissarissen redelijkerwijs geen rekening te

houden met een oordeel over medeverantwoordelijkheid voor de Konmar-operatie.

Onderdeel 5

3.36

Onderdeel 5 klaagt dat de Ondernemingskamer in de rechtsoverwegingen 3.6 tot en met 3.10 (zie hiervóór nr. 2.13) voor de vraag of de raad van commissarissen medeverantwoordelijk is voor het geconstateerde wanbeleid een verkeerde maatstaf heeft aangelegd. Het onderdeel gaat er van uit dat de term ‘ medeverantwoordelijk’ zo moet worden begrepen dat naar het oordeel van de Ondernemingskamer de rechtspersoon Laurus zich niet alleen door toedoen van de hoofddirectie (rov. 3.5) maar ook door toedoen van de raad van commissarissen, heeft schuldig gemaakt aan wanbeleid. De Ondernemingskamer geeft echter niet aan naar welke maatstaf zij heeft beslist dat de raad van commissarissen ‘ medeverantwoordelijk’ is voor het geconstateerde wanbeleid; zij overweegt dat de raad van commissarissen heeft nagelaten ‘ scherper toezicht’ uit te oefenen. Dat de raad van commissarissen door dit nalaten elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap zou hebben geschonden of in ernstige mate tekort is geschoten in enige verplichting of dat er sprake is van een ernstig tekortschieten in ander opzicht, wordt niet vastgesteld. Uit de aangevallen overwegingen volgt niet dat de Ondernemingskamer heeft geoordeeld dat de raad van commissarissen de in art. 2:140 lid 2 BW omschreven taak niet zou hebben vervuld of zou hebben verwaarloosd; zij oordeelt slechts dat dit toezicht uiterlijk per eind maart 2001 ‘ scherper’ had moeten zijn, aldus het onderdeel.

3.37

De Hoge Raad heeft in zijn Ogem-beschikking omtrent het begrip wanbeleid het volgende overwogen[70]:

‘ Blijkens de ontstaansgeschiedenis van art. 2:355 BW heeft de wetgever het niet nodig geacht in de wet een omschrijving van het begrip ‘ wanbeleid’ op te nemen, omdat het wordt gebruikt in een betekenis die niet van het spraakgebruik afwijkt en de rechter toch in elk afzonderlijk geval zal moeten beslissen of de gemaakte beleidsfouten zo ernstig zijn dat van wanbeleid moet worden gesproken (m.v.a. p. 14, Tweede Kamer 1968– 1969, 9595, 9596, nr. 6). Hieruit volgt dat niet iedere beleidsfout als wanbeleid kan worden aangemerkt, maar dat de fout van voldoende ernst moet zijn om deze kwalificatie te rechtvaardigen. Voorts blijkt uit de ontstaansgeschiedenis van de bepaling dat naar het oordeel van de wetgever een incidentele beleidsfout niet als wanbeleid kan worden beschouwd (m.v.a., t.a.p.)’ [71]

3.38

Voor een overzicht van hetgeen in de parlementaire stukken over wanbeleid is geschreven en gezegd verwijs ik naar de conclusie (nr. 7) van A-G Mok voor deze beschikking.[72] Voorts wijs ik op zijn conclusie (nr. 3.3.2.1 e.v.) voor HR 1 maart 2002, *NJ* 2002, 296 m.nt. Ma waarin hij uiteenzet dat wanbeleid zich in vele vormen kan voordoen en men uit de Ogem-beschikking niet mag afleiden dat alleen bij strijd met beginselen van verantwoord ondernemerschap van wanbeleid kan worden gesproken. Wanbeleid kan ook betrekking hebben op het (onvoldoende) functioneren van de vennootschap als rechtspersoon; beide aspecten kunnen met elkaar verweven zijn.[73] De Hoge Raad overwoog in de Ogem-beschikking voorts dat wanbeleid van de organen van een rechtspersoon of degenen die daarvan deel uitmaken aan de rechtspersoon moet worden toegerekend (rov. 7.4) en het voor het aannemen van wanbeleid niet nodig is dat aan bestuurders en/of commissarissen persoonlijk wanbeleid moet kunnen verweten en evenmin dat schade het gevolg is (rov. 7.6). Ten slotte vermeld ik dat de Hoge Raad in de Ogem-beschikking heeft overwogen dat de Ondernemingskamer niet blijkt had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met haar oordeel dat de raad van commissarissen zijn toezichthoudende taak niet of niet naar behoren heeft vervuld. Dat oordeel was onder meer er op gegrond dat de raad ondanks dat hem

signalen bereikten die hem aanleiding hadden behoren te geven tot het vragen van nadere gegevens, generlei initiatief op dit punt heeft ontwikkeld en niet heeft ingegrepen (rov. 10.2).
3.39

De terminologie ‘scherper toezicht’ in rov. 3.8 en 3.10 betekent dat de raad van commissarissen aanvankelijk met het houden van een bepaald niveau van toezicht kon volstaan, maar vanaf eind maart 2001 dit toezicht moest intensiveren. De Ondernemingskamer heeft met de overweging dat de commissarissen hebben nagelaten scherper toezicht uit te oefenen tot uitdrukking gebracht dat zij het toezicht houden niet hebben geïntensiveerd en het dus onder het —op dat moment— vereiste niveau lag. Door na eind maart 2001 niet de ‘meer dan normale alertheid’ te betrachten is het toezicht volgens de Ondernemingskamer onvoldoende geweest. De Ondernemingskamer hoefde niet met zoveel woorden te overwegen dat sprake was van ‘strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap’, nu het begrip wanbeleid zelf de norm is en zich in vele vormen kan voordoen. De Ondernemingskamer heeft n.m.m. de juiste maatstaf gehanteerd, zodat het onderdeel faalt.

Onderdeel 6

3.40

Onderdeel 6 valt uiteen in de subonderdelen 6.1 tot en met 6.5, die motiveringsklachten bevatten over de overwegingen 3.8 tot en met 3.10 van de Ondernemingskamer. Het stelt daarbij voorop dat de Ondernemingskamer in rov. 3.10 oordeelt dat uiterlijk per eind maart 2001 het moment was aangebroken waarop een scherper toezicht had moeten worden uitgeoefend. In rov. 3.7 aanvaardt de Ondernemingskamer het verweer van de commissarissen dat een ingreep begin mei 2001 onverantwoord zou zijn geweest. In rov. 3.6 oordeelt de Ondernemingskamer dat de raad van commissarissen in juli-augustus 2001 daadkrachtig heeft ingegrepen. Het verwijt dat de raad van commissarissen heeft nagelaten scherper toezicht te houden, heeft volgens het onderdeel dus alleen, althans voor zover dat scherper toezicht had kunnen leiden tot concrete maatregelen, betrekking op de maand april 2001.

3.41

Bij de klachten verwoord in de subonderdelen gaat het er om —aldus het onderdeel— dat de Ondernemingskamer in rechtsoverweging 3.9 een aantal bevindingen van de onderzoekers zonder meer overneemt en de commissarissen tegen elk van deze bevindingen gemotiveerd verweer hebben gevoerd. De ondernemingskamer had dit verweer —essentiële stellingen van de commissarissen— niet onbehandeld mogen laten dan wel mogen verwerpen met de enkele, niet nader uitgewerkte overweging dat de bevindingen van de onderzoekers ‘in het verweerschrift van de commissarissen onvoldoende —gemotiveerd— zijn weersproken’ (rov. 3.10).

3.42

Bij de beoordeling van klachten dat de feitenrechter heeft verzuimd essentiële stellingen te behandelen gaat het er om na te gaan of de rechter heeft nagelaten om bij zijn beoordeling een stelling van de klagende partij te betrekken die, indien die juist zou zijn, waarschijnlijk zou hebben geleid tot een andere beslissing.[74]

3.43

Subonderdeel 6.1 stelt dat de commissarissen in de feitelijke instantie gemotiveerd hebben betoogd dat het businessplan, anders dan het verslag van het onderzoek vermeldt, voor wat betreft de voortgang van de uitvoering wel degelijk voorzag in controlemomenten waarop de uitvoering tijdig kon worden bijgesteld en zonodig worden gestopt (zie de stellingen aangehaald op blz. 23/24 van het cassatieverzoekschrift). Aan deze kernstellingen is de Ondernemingskamer —aldus het subonderdeel— ten onrechte voorbijgegaan in rechtsoverweging 3.8 en 3.9, eerste alinea:

- ‘ 3. (...) Voorts is van belang dat —zoals de onderzoekers hebben vastgesteld —het
8. businessplan wat betreft de vooruitgang van de uitvoering niet voorzag in
controlemomenten waarop die uitvoering tijdig kon worden bijgesteld en zo nodig
worden gestopt. (...).
3.9. Dat oordeel doet de Ondernemingskamer voorts steunen op de volgende bevindingen
van de onderzoekers:
Geconstateerd moet worden dat, ondanks de onderkende grote risico's, door de raad van
commissarissen geen concrete en harde voorwaarden zijn bedongen ter voorkoming dat
de raad in geval van dreigend misgaan van de operatie Groenland, daarmee pas zou
worden geconfronteerd op een moment dat er reeds van een de continuïteit van Laurus
bedreigende situatie sprake zou zijn. Aan de enquêteurs konden geen noodscenario's (...)
worden getoond (pagina 22)’

3.44

Uit de samenhang tussen onderdeel 6 en subonderdeel 6.1 leid ik af dat de commissarissen klagen dat onbegrijpelijk is het oordeel van de Ondernemingskamer dat zij niet althans onvoldoende —gemotiveerd —de vaststelling van de onderzoekers hebben bestreden dat het businessplan wat betreft de voortgang van de uitvoering niet voorzag in controlemomenten waarop die uitvoering tijdig kon worden bijgesteld en zo nodig worden gestopt. Deze klacht slaagt, nu zij die vaststelling —voorzien van een toelichting —hebben bestreden in het verweerschrift nrs. 37– 44 en daarbij ter gelegenheid van de mondelinge behandeling hebben gepersisteerd (pleitnota nr. 5). Voor de goede orde: ik beoordeel het verweer als zodanig niet, maar stel vast dat de commissarissen gemotiveerd hebben gesteld dat o.m. uit het verslag blijkt dat het businessplan voorzag in een fasering, checkpoints en de mogelijkheid de uitvoering van het plan te stoppen of op te schorten. Bovendien gaat het hier om een essentiële stelling, nu de Ondernemingskamer aan haar oordeel dat het toezicht ‘ scherper’ had moeten mede ten grondslag legt dat het businessplan —kort gezegd —niet voorzag in controlemomenten.

Voorzover het subonderdeel klaagt dat de Ondernemingskamer in rov. 3.9 eerste alinea ten onrechte voorbij is gegaan aan de kernstellingen van de commissarissen faalt het nu het in die alinea er niet om gaat of het businessplan voorzag in een fasering en checkpoints, maar om de vraag of de commissarissen er daarnaast voor hadden gezorgd dat zij —bezien vanuit de continuïteit van Laurus —tijdig zouden worden geïnformeerd wanneer de operatie dreigde te mislukken. Op dit laatste aspect zien de kernstellingen van de commissarissen niet.

3.45

Subonderdeel 6.2 heeft betrekking op de door de Ondernemingskamer in rechtsoverweging 3.9 (tweede alinea) weergegeven bevinding van de onderzoekers:

‘ Nooit is getest in hoeverre de na hun omvorming te heropenen winkels bedrijfsklaar zouden blijken te zijn, zowel wat betreft bestellen en bevoorrading enerzijds als het afrekenen aan de kassa anderzijds. Dat alles zou derhalve pas blijken op het moment dat de eerste klanten in de heropende winkels stonden (Pagina 27);’

Het subonderdeel formuleert allereerst onder nr. 51 een begrijpelijkheidsklacht die tot uitgangspunt neemt dat een test van enkele omgevormde winkels niet vóór 6 mei 2001 (de datum waarvóór een actiever optreden van de commissarissen volgens de Ondernemingskamer gewenst was) had kunnen plaatsvinden. Nu ik dit uitgangspunt niet in de beschikking van de Ondernemingskamer terugvind, mist de klacht feitelijke grondslag en kan zij niet tot cassatie leiden.

3.46

Voorts klaagt het subonderdeel dat de Ondernemingskamer ten onrechte voorbij is gegaan aan de kernstellingen van de commissarissen omtrent het op belangrijke punten afwijken van het businessplan —o.m. het laten vervallen van de life tests van de winkels —door de

hoofddirectie (verweerschrift nr. 47 en pleitnota nr. 6). Volgens het subonderdeel had de Ondernemingskamer deze essentiële stellingen van de commissarissen niet onbehandeld mogen laten, dan wel mogen verwerpen, met de enkele overweging dat de commissarissen de bevinding van de onderzoekers onvoldoende gemotiveerd hebben weersproken.

3.47

De klacht faalt. De stellingen van de commissarissen komen er op neer dat het businessplan voorzag in life tests van enkele omgevormde winkels voorafgaand aan de heropening van de eerste winkels op 15 mei 2001, zij niet konden voorzien dat de hoofddirectie de life tests zou laten vervallen en zij voor een voldongen feit werden geplaatst. De gewraakte overweging van de beschikking heeft op iets anders betrekking; daar gaat het er om dat de commissarissen scherper toezicht hadden moeten uitoefenen onder meer omdat de lifetests niet hadden plaatsgevonden. Voor dat oordeel is het hoe en waarom van het vervallen van die tests niet van belang; de Ondernemingskamer heeft derhalve geen *essentiële* stelling gepasseerd. Voorts is juist het oordeel dat de commissarissen het feit dat de life tests zijn vervallen niet hebben weersproken, zodat ook de daarop gerichte motiveringsklacht mislukt.

3.48

Subonderdeel 6.3 klaagt dat de Ondernemingskamer essentiële stellingen heeft gepasseerd. Het gaat hier om stellingen vervat in het verweerschrift en de pleitnota (zie het cassatieverzoekschrift nr. 53). Volgens het subonderdeel is de Ondernemingskamer ten onrechte aan deze essentiële stellingen voorbijgegaan door zonder nadere motivering de volgende bevindingen van de onderzoekers ten grondslag te leggen aan haar oordeel dat van de raad van commissarissen per eind maart 2001 een scherper toezicht mocht worden verwacht:

De werkelijkheid komt er derhalve op neer dat reeds bij de aanvang van de uitvoering van het businessplan in begin 2001 zowel de resultatenontwikkeling als de financiering van het plan in belangrijke mate negatief afweken van wat in het businessplan was aangenomen (pagina's 40 en 41);

De KPMG presentaties lieten aan duidelijkheid niets te wensen over en bevatten niet mis te verstane waarschuwingen, zowel aan de audit commissie als aan de raad van commissarissen als geheel, dat de uitvoering van het businessplan problemen zou kunnen opleveren (pagina 51);

Op het moment dat de resultaten over 2000 bekend werden (het jaarverslag kwam uit op 20 maart 2001, Ondernemingskamer), moet het duidelijk geweest kunnen zijn dat Laurus reeds was afgedleden naar de toestand die in het businessplan als worst case scenario was voorgesteld. (...) Op dat moment was er nog geen zicht op spoedige verkoop van de non-core onderdelen zoals in het businessplan voorzien (pagina 51);

Uit de presentatie (in de vergadering van de raad van commissarissen van 20 maart 2001, Ondernemingskamer) blijkt dat het in het businessplan voorziene bedrag van f 566 mln als cash-out voor store investments in 2001 inmiddels was opgelopen tot f 680 mln. Hiervan zou f 440 mln worden uitgegeven in de periode tot medio augustus 2001 voor de eerste 155 om te vormen winkels. Tot vragen of opmerkingen van de commissarissen heeft deze forse overschrijding blijkens de notulen niet geleid (pagina 42);

Kodde is vertrokken (de derde vertrekkende CFO in een tijdsbestek van nog geen half jaar) kort na de presentatie aan de raad van commissarissen van Framework 2001 (op 20 maart 2001, Ondernemingskamer), welke presentatie wees op een groot aantal financiële problemen bij de uitvoering van de operatie Groenland (pagina 51);

3.49

De klacht slaagt, nu de commissarissen in hun verweerschrift en de pleitnota uitgebreid en gedocumenteerd hebben aangegeven dat en waarom de hiervóór weergegeven bevindingen onjuist waren dan wel gerelativeerd dienden te worden. Voorzover de Ondernemingskamer

deze stellingen heeft behandeld door te overwegen dat de geciteerde bevindingen onvoldoende —gemotiveerd— zijn weersproken heeft zij dit niet met afdoende redenen omkleed gedaan. De stellingen van de commissarissen noopte de Ondernemingskamer tot een uitgebreidere motivering.[75]

3.50

Subonderdeel 6.4 is gericht tegen de volgende overwegingen van de Ondernemingskamer:

‘ 3.8 (...) Dat was te meer van belang omdat onlangs een nieuwe voorzitter van de hoofddirectie was benoemd, die geen ervaring had met winkelformules.’

en

‘ 3.10 (...) De Ondernemingskamer neemt hierbij nog in aanmerking dat (...) het in snel tempo elkaar opvolgen van een drietal *chief financial officers*, (...) de raad van commissarissen bewust had horen maken van de risico's die hij nam door de hoofddirectie niet korter aan de teugel te nemen.’

Het subonderdeel klaagt dat de Ondernemingskamer in deze overwegingen niet had mogen voorbij gaan aan de kernstellingen van de commissarissen (zie cassatieverzoekschrift nr. 57), althans had mogen verwerpen zonder nadere motivering.

3.51

De klacht faalt bij gebrek aan belang, nu zij zich richt tegen ten overvloede gegeven overwegingen (zie ‘ te meer’ en ‘ neemt hierbij nog in aanmerking’). Ook indien (een van) de voorgaande subonderdelen zou(den) slagen, worden de twee overwegingen niet zelfstandig dragend.

3.52

Subonderdeel 6.5 stelt voorop dat de Ondernemingskamer haar oordeel dat van de raad van commissarissen per eind maart 2001 een scherper toezicht mocht worden verwacht, mede doen steunen op de volgende bevindingen van de onderzoekers:

‘ 3.9 (...) Uit de notulen van de vergaderingen van de raad van commissarissen blijkt gebrek aan enige door de directie verstrekte, inhoudelijke en concrete informatie over uitvoering, voortgang, fasering, checkpoints en de mogelijkheid de operatie Groenland alsnog verantwoord te kunnen stoppen, althans opschorten (pagina 51);’

3.53

Het gaat hier m.i. om de constatering dat de raad van commissarissen geen concrete informatie had over uitvoering, voortgang, fasering, checkpoints aangaande de Konmar-operatie. Aan onder andere dit gebrek aan informatie koppelt de Ondernemingskamer in rov. 3.10 het oordeel dat de commissarissen per eind maart 2001 scherper toezicht moesten uitoefenen. De klachten in de nrs. 60 tot en met 62 van het cassatieverzoekschrift miskennen dat het hier gaat om het afwezig zijn van informatie en de vaststelling dat de commissarissen scherper toezicht hadden moeten uitoefenen; niet aan de orde is of het businessplan voorzag in controlemomenten, wie verantwoordelijk is voor het niet verstrekken van informatie en of de commissarissen zelf vragen aan de hoofddirectie hadden moeten stellen.

3.54

Voorts klaagt het subonderdeel over onbegrijpelijkheid van de navolgende verwijzing naar het verslag:

‘ De raad van commissarissen heeft blijkens de notulen van zijn vergaderingen nooit kritische vragen gesteld, althans heeft nooit doorgevraagd, over onderdelen of aspecten van het businessplan die van doorslaggevende betekenis waren voor het succes ervan (pagina 52).’

Deze verwijzing is volgens het subonderdeel onbegrijpelijk in het licht van rechtsoverweging 3.6 waarin de Ondernemingskamer voorop gesteld heeft dat de raad van commissarissen in beginsel mag afgaan op de informatie die hem, gevraagd of ongevraagd, door het bestuur

wordt verstrekt en waarin zij voorts heeft overwogen dat uit het verslag is gebleken dat de hoofddirectie zich bij voortdurend —en tegen beter weten in —positief is blijven uitlaten over de operatie-Groenland.

Deze klacht faalt, nu deze verwijzing aldus moet worden begrepen dat de Ondernemingskamer van oordeel is dat de vooropstelling dat de raad van commissarissen in beginsel mag afgaan op informatie die hem wordt verstrekt niet wegneemt dat er omstandigheden (zoals bijv. de omvang en het risico van een project) zijn waaronder dit in zoverre anders is dat kritische vragen moeten worden gesteld althans op bepaalde onderdelen moet worden doorgevraagd. Zo bezien zit er geen discrepantie tussen het in rov. 3.6 overwogene en de geciteerde verwijzing naar het onderzoeksverslag.

3.55

Ten slotte klaagt dit subonderdeel dat de Ondernemingskamer door de geciteerde bevindingen uit het verslag ten grondslag te leggen aan haar beschikking, voorbij is gegaan aan kernstellingen (cassatieverzoekschrift nr. 63) van de commissarissen. De Ondernemingskamer had deze essentiële stellingen van de commissarissen niet onbehandeld mogen laten dan wel verwerpen met de enkele overweging dat de bevindingen van de onderzoekers in het verweerschrift van de commissarissen onvoldoende gemotiveerd zijn weersproken.

Voorzover de Ondernemingskamer deze stellingen heeft behandeld door te overwegen dat de geciteerde bevindingen onvoldoende —gemotiveerd —zijn weersproken, is dit oordeel onbegrijpelijk nu de commissarissen in het verweerschrift en de pleitnota uitgebreid en gedocumenteerd zijn ingegaan op de onder 3.55 geciteerde passage uit het onderzoeksverslag; voorzover het subonderdeel ziet op die passage acht ik het gegrond.

3.56

Bij de bespreking van deze subonderdelen merk ik nog op dat de motiveringsklachten n.m.m. voortvloeien uit hetgeen deze zaak kenmerkt (nl. kort gezegd: verzoekers die met een verwijzing naar het verslag van het onderzoek volstaan, commissarissen die in het (omvangrijke) verslag op zoek gaan naar verwijten die hen worden gemaakt en de Ondernemingskamer die haar oordeel mede baseert op het niet weerspreken van bevindingen van onderzoekers). Het gevolg is dat de commissarissen (die met name klagen over het passeren van essentiële stellingen) menen dat zij niet voldoende ‘ gehoord ’ zijn; als gezegd kan dit in beginsel worden voorkomen door de ontwikkeling van een partijdebat.

Onderdeel 7

3.57

Onderdeel 7 voert aan dat de commissarissen in het verweerschrift (nr. 132) hebben aangeboden al hun in het verweerschrift geponeerde stellingen, voor zover de juistheid daarvan niet blijkt uit het verslag van het onderzoek, te bewijzen door getuigenverklaringen en andere bewijsmiddelen. Zij hebben dit bewijsaanbod herhaald tijdens de mondelinge behandeling van 19 juni 2003 (pleitnota, nr. 1). De ondernemingskamer heeft dit bewijsaanbod onbehandeld gelaten dan wel (impliciet) verworpen. Daarmee heeft de Ondernemingskamer blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans haar beschikking niet (voldoende) naar de eis der wet met redenen omkleed, aldus het onderdeel.

3.58

Over het bewijsrecht in verzoekschriftprocedures onder het oude procesrecht schrijft Boekman, na voorop gesteld te hebben dat van de bepalingen over het bewijs in de derde Titel van Boek I Rv slechts enkele van overeenkomstige toepassing zijn verklaard in verzoekschriftprocedures, onder meer het volgende:

‘ (...) Ook ten aanzien van de verplichting om op een bewijsaanbod in te gaan —hetgeen nu juist een belangrijke reden was om indertijd de algemene regelen van het bewijsrecht niet van toepassing te doen zijn —vertoont de rechtspraak een kentering: aanvankelijk werd iedere

klacht op dit punt afgewezen omdat het aan het beleid van de rechter was overgelaten of hij een partij tot bewijslevering zou toelaten, maar de laatste tijd komt de goede procesorde steeds meer op de voorgrond en die kan meebrengen dat een reële mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs moet worden gegeven (...).[76]

Voor een uitgebreid overzicht van de ontwikkeling van het bewijsrecht in de verzoekschriftprocedure verwijs ik naar de conclusie van A-G Bakels voor HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 413 m.nt. HJS. In deze beschikking over de terugvordering van bijstand oordeelde de Hoge Raad: ‘ Ook in procedures als de onderhavige geldt de algemene regel van bewijsrecht, neergelegd in art. 178 lid 2 Rv, dat tegenbewijs vrijstaat tenzij de wet het uitsluit.’ [77] De Hoge Raad oordeelde voorts dat specificatie van dit bewijsaanbod onnodig was nu het om tegenbewijs ging.

3.59

Onder het nieuwe procesrecht (in werking sinds 1 januari 2002) is het wettelijk bewijsrecht van toepassing op de verzoekschriftprocedure ingevolge het bepaalde in art. 284 lid 1 Rv. De aard van de zaak kan zich —gelijk onder het oude recht gold[78]—evenwel verzetten tegen overeenkomstige toepassing van het gehele wettelijke bewijsrecht. De parlementaire geschiedenis vermeldt in dit verband het volgende[79]:

‘ (...) Dientengevolge verklaart het eerste lid van artikel 284 (3.4.7) het gehele wettelijke bewijsrecht zoals neergelegd in afdeling 2.8 van overeenkomstige toepassing op de verzoekschriftprocedure, echter: tenzij de aard van de zaak (in wetsvoorstel 24 651: procedure) zich hiertegen verzet. Zo zal in een zaak waarin er alleen een verzoeker is en geen belanghebbende, het recht op tegenbewijs van artikel 151 (2.8.3), tweede lid, geen rol kunnen spelen. Maar ook de spoedeisendheid van een zaak kan aan toepassing van de bewijsrechtelijke voorschriften in de weg staan. Hierbij kan met name worden gedacht aan conservatoire maatregelen, spoedeisende artikel 7:685 BW-procedures en voorlopige voorzieningen.’

3.60

Naar mijn mening verzet de aard van de enquêteprocedure zich in beginsel tegen toepassing van het wettelijke bewijsrecht. Ik zou dan ook geen algemene regel willen aannemen op grond waarvan de Ondernemingskamer verweerder of belanghebbenden moet toelaten tot tegenbewijs in de zin van art. 151 lid 2 Rv.[80] Bij de aard van de procedure denk ik aan de snelheid waarmee de gehele enquêteprocedure moet plaatsvinden, wil deze zinvol zijn. Het toelaten tot (tegen)bewijs, dat zeer langdurige getuigenverhoren kan meebrengen, zou de voortvarende afwikkeling van het geding —een van de assets van de enquêteprocedure — geheel kunnen wegnemen.[81] Nu de hiervóór geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis spoedeisendheid noemt als reden die aan toepassing van bewijsrechtelijke regels in de weg kan staan, is er voldoende grondslag om art. 151 lid 2 Rv niet onverkort van toepassing te laten zijn. Voorts vind ik hiervoor steun in de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis van het enquêterecht, waarin het ging om het ontbreken van hoger beroep als gevolg van onderbrenging van het enquêterecht en het jaarrekeningrecht bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam[82]:

‘ Men zou ook nog hebben kunnen denken aan de instelling van een ondernemingskamer bij één rechtbank. Daarbij merkt de ondergetekende op dat de aard van de procedures het wenselijk maakt dat deze niet lang duren. Het is wenselijk na de afsluiting van een boekjaar niet te lange tijd onzekerheid blijft bestaan over de vraag hoe de jaarrekening moet luiden. En wat het ontwerp enquêterecht betreft, ook daar is het van belang dat spoedig een beslissing wordt genomen.’

Ook wijs ik op navolgende opmerking van Minister Polak in de Eerste Kamer[83]:

‘ (...) Daarbij komt dan het reeds door mij aangevoerde argument, dat bij de behandeling van enquêteverzoeken, juist omdat zij de onderneming in opspraak brengen —de geachte

afgevaardigde heeft er zelf al op gewezen —en het geldt ook voor geschillen over de jaarrekening, die de onderneming evenmin goed doen —de grootste spoed geboden is. Als men maanden of jaren zou kunnen procederen over de vraag, of een enquête nodig is en daarna wellicht weer over de vraag, of er aanleiding bestaat tot het nemen van maatregelen, zou de onderneming wel eens uit haar lijden verlost kunnen zijn voordat de procedure tot een einde is gekomen.’

3.61

Voor de volledigheid maak ik melding van een beschikking van de Ondernemingskamer van 9 januari 2004[84] in de Laurus-procedure die tot een reeks van beschikkingen heeft geleid over een verdergaande vraag dan die welke het middelonderdeel aan de orde stelt, namelijk of een voorlopig getuigenverhoor naar feiten en omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van het beleid van de rechtspersoon mogelijk dient te zijn. De Ondernemingskamer beantwoordde deze vraag mijns inziens ontkennend. Ik citeer de volgende overwegingen van de Ondernemingskamer:

- ‘ 3. Wat het stelsel van het recht van enquête betreft geldt dat —zoals is uiteengezet in de
2. beschikking van de Hoge Raad van 27 september 2000 (*NJ* 2000, 653, *JOR* 2000/217)—de wet voorziet in een aparte rechtsgang bij een speciaal daartoe aangewezen instantie terzake van het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van een rechtspersoon. Dat onderzoek vormt de kern van het enquêterecht. De Ondernemingskamer kan in aansluiting op het verslag van het onderzoek voorzieningen treffen indien uit het verslag van wanbeleid van de rechtspersoon is gebleken.
- 3.3. Daaraan zij toegevoegd dat, zoals is neergelegd in artikel 2:351 lid 1 BW, de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoeker of onderzoeker bepaalt onderscheidelijk bepalen, zulks met inachtneming van de door de Ondernemingskamer geformuleerde onderzoeksopdracht, op welke wijze het onderzoek plaatsvindt, welke personen inlichtingen dienen te geven, welke boeken, bescheiden andere gegevensdragers van de rechtspersoon worden geraadpleegd en welke bezittingen van de rechtspersoon desverlangd moeten worden getoond. Indien de onderzoeker zulks ten behoeve van het onderzoek nodig oordeelt kan hij aan de voorzitter van de Ondernemingskamer de verzoeken doen als bedoeld in artikelen 2:351, lid 2, 2:352lid 1 en 2:352a, waaronder het verzoek tot het doen horen als getuige van door hem te benoemen personen.
- 3.4. In dat stelsel past niet dat en dat stelsel zou op onaanvaardbare wijze worden doorkruist indien —naast het onderzoek dat plaatsvindt of heeft plaatsgevonden onder de regie van de benoemde onderzoeker zoals hiervoor in 3.2. is beschreven —de Ondernemingskamer op verzoek van (een) partij(en) zelfstandig onderzoek zou —kunnen —doen, in de vorm van het horen van getuigen in het kader van een voorlopig getuigenverhoor, naar feiten of omstandigheden die van belang —kunnen —zijn voor de beoordeling van het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:355, lid 1 BW. In zoverre dient de wettelijke regeling omtrent de wijze waarop het onderzoek naar de van belang zijnde feiten plaatsvindt, indien een onderzoek als bedoeld in artikel 2:345 lid 1 BW is bevolen, te worden aangemerkt als *lex specialis* die het doen plaatsvinden van een voorlopig getuigenverhoor uitsluit, ongeacht de voorgestelde onderwerpen waarop het voorlopig getuigenverhoor betrekking zou moeten hebben.
- 3.5. Aan het vorenoverwogene doet, anders dan verzoeksters hebben betoogd, niet af dat —zoals uiteengezet in de rechtsoverweging 3.13 en 3.21 van de beschikking van de Hoge Raad van 18 april 2003 (*NJ* 2003, 286, *ARO* 2003, 80, *JOR* 2003/110)—de Ondernemingskamer bij het nemen van een beslissing als bedoeld in artikel 2:355 lid 1 BW zich een eigen oordeel kan vormen, mede aan de hand van hetgeen partijen aanvoeren en mede op basis van hetgeen voorts in de procedure is gesteld of is gebleken.

Bij het verstaan van de betreffende overwegingen van de Hoge Raad kan immers niet uit het oog worden verloren dat zij telkens betrekking hebben op beslissingen van de Ondernemingskamer op de grondslag van het verslag over onderwerpen waaraan de onderzoekers in de betreffende zaak in hun verslag aandacht hadden besteed en waaromtrent zij van een opvatting hebben blijk gegeven.’

3.62

Een en ander neemt niet weg dat de Ondernemingskamer een partij tot (tegen)bewijs kan toelaten wanneer de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven. Als omstandigheid waaraan de Ondernemingskamer in dit verband gewicht kan toekennen, noem ik onder meer het antwoord op de vraag of de onderzoekers degenen die bij het onderzoek betrokken zijn in de gelegenheid hebben gesteld te reageren op bijv. schriftelijke stukken en gespreksverslagen en —voorts —het type enquêteprocedure, waarbij voor het toelaten tot (tegen)bewijs in een enquête waarin partijen scherp tegenover elkaar stelling nemen meer aanleiding kan zijn dan in een enquête waarin partijen gezamenlijk een oplossing voor een probleem wensen. De Ondernemingskamer besliste in mijns inziens gelijke zin in de hierboven aangehaalde beschikking:

- ‘ 3. Aan hetgeen hiervoor in 3.4. is overwogen doet ook niet af dat niet is uitgesloten dat de
6. Ondernemingskamer, staande voor de in het kader van artikel 355 lid 1 BW te beantwoorden vraag op welke wijze het beleid van een rechtspersoon moet worden beoordeeld, indien zij het wenselijk acht of noodzakelijk acht getuigen te horen, daartoe kan besluiten. Ook aan een zodanige beslissing kan immers slechts worden toegekomen naar aanleiding van —debat over en in het verlengde van —hetgeen de onderzoeker in het verslag van onderzoek als zijn bevindingen heeft neergelegd’ .’

Ik meen dat met deze benadering een evenwicht gevonden kan worden tussen een voortvarende afhandeling van de enqueteprocedure en het geven van bescherming aan degene die in de wanbeleidfase iets wil bewijzen.

3.63

De rechtsklacht van het onderdeel faalt op grond van het voorgaande. De Ondernemingskamer was niet gehouden te motiveren op grond waarvan zij het bewijsaanbod van de commissarissen passeerde.

Onderdeel 8

3.64

Onderdeel 8 stelt de vraag aan de orde of de Ondernemingskamer een nader onderzoek kan gelasten, zoals zij in de tweede en derde alinea van het dictum van de beschikking heeft gedaan. Aan deze beslissing heeft de Ondernemingskamer de volgende overwegingen ten grondslag gelegd.

- ‘ 3.1 Met betrekking tot fase II hebben verzoeksters de Ondernemingskamer primair
2. verzocht een nader onderzoek te gelasten op een groot aantal punten. Laurus en belanghebbende Casino hebben hiertegen verweer gevoerd van —kort gezegd —de strekking dat er na de neerlegging ter griffie van de Ondernemingskamer van het verslag van het onderzoek geen wettelijke grondslag is voor een —verder —onderzoek.
- 3.13. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer verzet de tekst noch de systematiek van de wettelijke regeling inzake het recht van enquête zich ertegen dat de Ondernemingskamer na de neerlegging van het verslag in zijn initiële vorm, al of niet op verzoek van partijen, de onderzoeker verzoekt het verslag op een of meer punten aan te vullen of haar te voorzien van bescheiden waarop de bevindingen van de onderzoeker berusten en die niet bij het verslag zijn gevoegd of niet door partijen in het geding zijn gebracht. De bevoegdheid daartoe ziet de Ondernemingskamer als het sequeel van de haar in artikel 2:345 lid 1 BW gegeven bevoegdheid tot het benoemen van onderzoekers teneinde een onderzoek in te stellen en op het algemene uitgangspunt

met betrekking tot rechterlijke oordelen dat de rechter kennis dient te nemen van feiten die voor zijn oordeel van belang zijn. Op —kort gezegd— de bevoegdheden van de onderzoeker zijn ook bij een ‘nader onderzoek’ als hier bedoeld de artikelen 2:351 en 2:352 BW van toepassing. Op de neerlegging ter griffie van de Ondernemingskamer van het verslag van het onderzoek blijft artikel 2:353 BW toepasselijk en voor de —verdere— procedure geldt opnieuw de regeling van de artikelen 2:354 tot en met 2:359 BW, met dien verstande dat alsdan het verslag en het nadere verslag gezamenlijk ter discussie staan en gezamenlijk de grondslag vormen voor het oordeel of —al of niet— sprake is van wanbeleid en voor de beslissing omtrent een eventueel verzoek tot het treffen van voorzieningen.

- 3.13. Artikel 2:355 BW brengt mee dat de Ondernemingskamer op verzoek van een of meer zich daartoe kwalificerende partij(en) kan verstaan dat uit het verslag van wanbeleid is gebleken. Zoals volgt uit rechtsoverweging 3.13 van de eerder genoemde beschikking van de Hoge Raad inzake Rodamco North America NV, kan niet de eis worden gesteld dat bedoeld oordeel uitsluitend wordt gebaseerd op de feitelijke vaststellingen in het verslag. Dat oordeel kan ook —mede— worden gemotiveerd met gronden die worden ontleend aan hetgeen in de procedure —overigens— feitelijk is komen vaststaan, met dien verstande evenwel dat het —onderwerp van het— onderzoek het kader van het debat van partijen dient te vormen.
- 3.14. De Ondernemingskamer acht het derhalve mogelijk dat bij de behandeling van een verzoek naar aanleiding van het verslag van een onderzoek in zijn initiële vorm zodanige feiten worden gesteld onderscheidenlijk dat zodanige stellingen worden geponeerd, dat de Ondernemingskamer het in het kader van haar oordeelsvorming over de vraag of —al of niet— sprake is van wanbeleid, geraden acht de onderzoeker te verzoeken het verslag op het (de) desbetreffende punt(en) aan te vullen.’

3.65

Het onderdeel klaagt dat de Ondernemingskamer hiermee blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het onderdeel betoogt —kort samengevat— dat de eerste procedure rechtens en feitelijk op 20 december 2002 is afgesloten doordat de onderzoekers het verslag op de voet van art. 2:353 lid 1 BW ter griffie van de Ondernemingskamer hebben neergelegd, althans door de beslissing van de Ondernemingskamer waarbij is bepaald dat het verslag ter griffie ter inzage ligt voor een ieder. De beslissing van de Ondernemingskamer tot het bevelen van een nader onderzoek is gegeven in het kader van de tweede procedure van het enquêterecht. Deze procedure strekt er echter niet toe de vraag te beantwoorden of behoefte bestaat aan een nader onderzoek. De Ondernemingskamer heeft de bevoegdheid tot het instellen van een nader onderzoek blijkens rechtsoverweging 3.13 (onder meer) willen ontlene aan artikel 2:345 lid 1 BW, maar zij heeft daarbij miskend dat deze bepaling uitsluitend betrekking heeft op de eerste —inmiddels afgesloten— procedure. Het systeem van het enquêterecht en de rechtszekerheid verzetten zich ertegen dat partijen als gevolg van een beslissing van de Ondernemingskamer worden teruggeworpen van de tweede naar de eerste procedure. Het onderdeel wijst voorts op vragen van processuele aard, waardoor afbreuk wordt gedaan aan de rechtszekerheid.

3.66

Bij de bespreking van het onderdeel stel ik voorop dat het bevelen van een nader onderzoek een nuttige functie kan vervullen in het enquêterecht; mede naar aanleiding van het processuele debat in de tweede procedure kunnen vragen rijzen waarop het antwoord slechts is te geven naar aanleiding van verder onderzoek. In de praktijk wordt een dergelijk nader onderzoek uitgevoerd door dezelfde onderzoekers, zij het dat het ook is voorgekomen dat de Ondernemingskamer voor het nadere onderzoek andere onderzoekers heeft benoemd. Een aantrekkelijk aspect van het toelaten van een nader onderzoek is dat in het enquêterecht het

door een onderzoeker te verrichten (nadere) onderzoek centraal blijft staan. Als een nader onderzoek wordt toegelaten, is het ook beter te verdedigen dat de weg van het voorlopig getuigenverhoor is afgesneden en het wettelijk bewijsrecht niet onverkort in een enqueteprocedure kan worden toegepast. Ik moet echter toegeven dat het gelasten van een nader onderzoek slecht in het systeem van het enquêterecht van Boek 2 BW past; het onderdeel legt in zoverre de vinger op de zere plek. De wetgever heeft er destijds waarschijnlijk niet aan gedacht.

3.67

Volgens het Handboek en Asser-Maeijer is het in beginsel mogelijk een nader onderzoek te gelasten.[85] De meeste auteurs onderschrijven die gedachte; de discussie in de literatuur gaat meer om de technische uitwerking. Geerts meent bijvoorbeeld dat de enquêteur een deskundige is in de zin van art. 194 Rv e.v. en dat art. 194 lid 5 Rv aldus de mogelijkheid tot het gelasten van een aanvullend onderzoek verschaft. Hij onderkent het systematische bezwaar waar het onderdeel een beroep op doet, maar meent dat een redelijke uitleg van art. 194 lid 5 Rv meebrengt dat de Ondernemingskamer na afloop van de eerste fase procedure een nader onderzoek kan gelasten.[86] Ook is geopperd dat het nader onderzoek zou moeten plaatsvinden in de vorm van een deskundigenbericht ex art. 194 e.v. Rv in de tweede procedure, zodat de systematiek van het enquêterecht niet in de weg ligt. De enquêteurs kunnen in de tweede procedure als deskundige worden benoemd.[87] Ook Hermans meent dat de onderzoeker geen deskundige in de zin van art. 194 Rv is, hetgeen volgens hem niet wegneemt dat het onderzoek in de enqueteprocedure veel gemeen heeft met een deskundigenonderzoek en diverse bepalingen opgenomen in de artikelen 194– 200 Rv zich voor overeenkomstige toepassing lenen.[88] Volgens Josephus Jitta is een wetswijziging vereist.[89]

3.68

Naar mijn mening dient het argument dat een nader onderzoek kan bijdragen tot goede oordeelsvorming het zwaarst te wegen. Ofschoon de eerste procedure is afgesloten moet de Ondernemingskamer in de tweede procedure, ingeleid met een verzoekschrift op de voet van art. 2:355 lid 1 BW, een nader onderzoek in de zin van art. 2:345 BW kunnen gelasten. De gedachte die aan art. 194 lid 5 Rv ten grondslag ligt namelijk dat de rechter een nader deskundigenonderzoek kan bevelen verdient een zekere analogische toepassing (het gaat mijn inziens in ieder geval om een enigszins vergelijkbare problematiek. Terzijde: Ik zeg hiermee niet dat een onderzoeker zonder meer als deskundige in de zin van Rv beschouwd dient te worden. Dat heeft de wetgever waarschijnlijk in ieder geval niet bedoeld. Anders had hij de onderzoeker wel deskundige genoemd). Dit brengt daarmee met zich dat de Ondernemingskamer in de tweede fase van de enqueteprocedure een nader onderzoek kan bevelen waarop de regels van Boek 2 voor het gewone onderzoek van toepassing zijn. Daarmee is tevens het bezwaar ondervangen dat ingevolge art. 2:355 lid 1 BW wanbeleid *uit het verslag* moet blijken.[90] Voor de gedachte dat een nader onderzoek mogelijk dient te zijn is ook een zekere steun in de wetsgeschiedenis te vinden. In de MvT bij Wetsvoorstel 22.400, blz. 6 en 7 wordt opgemerkt: ‘ Indien nodig kan een verslag worden gedeponereerd betreffende feiten die het onderzoek belemmeren of dreigen te belemmeren en op grond daarvan kan de Ondernemingskamer een nader verslag vragen en haar beslissing over voorzieningen aanhouden’ . Uit deze passage blijkt dat de wetgever de gedachte van een nader onderzoek niet zonder meer heeft willen uitsluiten.

3.69

Het bestreden oordeel van de Ondernemingskamer getuigt aldus in zoverre niet van een onjuiste rechtsopvatting dat het mogelijk is een nader onderzoek te gelasten, op basis van de in het enquêterecht van Boek 2 geldende voorschriften. Niet geheel duidelijk is evenwel hoe de Ondernemingskamer dit nader onderzoek inpast in het wettelijk stelsel van twee

afzonderlijke procedures, met daartussen het onderzoek.[91] Ik begrijp rechtsoverweging 3.13 zo dat de eerste procedure weliswaar is geëindigd, maar aan art. 2:345 lid 1 BW een soort nawerking in de tweede procedure toekomt. Aldus opgevat heeft de Ondernemingskamer het wettelijk stelsel van twee afzonderlijke procedures niet miskend.

3.70

Wat hier verder van zij, deze gedachte brengt mee dat het nader onderzoek in de tweede procedure bij tussenbeschikking is bevolen. Daartegen staat normaal gesproken geen cassatieberoep open; wel kan later tegelijkertijd met een cassatieberoep tegen de eindbeschikking cassatie van de tussenbeschikking worden verzocht. In de onderhavige zaak is de beschikking echter niet alleen tussenbeschikking maar ook eindbeschikking, een zogenaamde deelbeschikking derhalve. Cassatieberoep tegen die beschikking is steeds mogelijk, ook wat betreft het tussenvonnisdedeelte ervan.[92] Hierop gerichte klachten falen derhalve.

3.71

De klacht onder nr. 82 van het cassatieverzoekschrift dat de Ondernemingskamer ambtshalve een nader onderzoek heeft gelast nu zij dit verzoek reeds bij beschikking van 5 juni 2003 heeft afgewezen mist feitelijke grondslag. In deze beschikking heeft de Ondernemingskamer in rov. 2.8 overwogen dat dit verzoek niet op voorhand kan worden toegewezen, maar eerst na een debat ten gronde. Dat heeft zij vervolgens —nog steeds naar aanleiding van het verzoek van UB Holding en Lijmar —in de bestreden beschikking gedaan.

Slotsom

3.72

De slotsom van het voorgaande luidt de beschikking van de Ondernemingskamer niet in stand kan blijven en dat wegens gegrondbevinding van onderdeel 1 de Hoge Raad de zaak zelf kan afdoen door UB Holding en Lijmar niet-ontvankelijk te verklaren in hun verzoekschrift voorzover dit fase I van het onderzoek betreft.

Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking en tot niet-ontvankelijkverklaring van UB Holding BV en Lijmar BV in hun verzoekschrift van 19 februari 2003 voor zover het fase I van het onderzoek betreft.

Met noot van G. van Solinge

Naar boven

Noot

1

In deze cassatiebeschikking in de Laurus-enquête geeft de HR op vier punten een belangrijke beslissing: (i) de eisen te stellen aan het verzoek tot vaststelling van wanbeleid, (ii) het recht op tegenbewijs in de tweede procedure van de enquêteprocedure, (iii) de bindende kracht van het oordeel wanbeleid in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure, en (iv) de mogelijkheid van heropening van het onderzoek in enquête. Na bespreking van deze punten komt de door de OK gehanteerde maatstaf van het scherper toezicht door de raad van commissarissen (rvc) aan de orde.

2

Eerst enkele opmerkingen over de feiten en het procesverloop. De HR spreekt van de eerste en tweede procedure in de enquête(procedure), onder verwijzing naar zijn beschikking van 27 september 2000, *NJ* 2000, 653 (Gucci). De eerste procedure wordt ingeleid met het verzoekschrift waarin wordt verzocht een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon (art. 2:345 BW). De tweede procedure begint met een verzoekschrift tot vaststelling van wanbeleid en het

treffen van voorzieningen op basis van het onderzoeksverslag (art. 2:355 en 356 BW). Het feitencomplex is door OK en HR in twee fasen verdeeld. Fase I betreft de periode van 1 januari 2000 tot medio augustus 2001, waarin alle supermarkten van het Laurus-concern zouden worden omgebouwd tot Konmar-vestigingen ('operatie Groenland'). Fase II betreft de periode daarna tot juni 2002, toen na het mislukken van de ombouwoperatie het zieltogende Laurus werd overgenomen door het Franse supermarktconcern Casino. Tot het onderzoek was verzocht door UB Holding BV en Lijmar BV, twee vehikels van commissaris Albeda Jelgersma, die daardoor ongeveer een derde van de certificaten hield. Albeda Jelgersma was tijdens fase I en een groot deel van fase II commissaris van Laurus. Hij is op 22 mei 2002 afgetreden omdat hij zich niet met de Casino-transactie kon verenigen. De OK oordeelde dat uit het verslag ten aanzien van fase I van wanbeleid was gebleken en hield de rvc daarvoor mede-verantwoordelijk. Zie: OK 16 oktober 2003, *JOR* 2003/260 m.nt. Brink. De beslissing ten aanzien van fase II werd aangehouden in afwachting van een daartoe door de OK gelast onderzoek. Inmiddels is het verzoek tot vaststellen van wanbeleid in fase II afgewezen, zie: OK 18 januari 2006, *JOR* 2006/46, m.nt. Brink. In de nu te bespreken beschikking heeft de HR op het door Laurus en de commissarissen — met uitzondering van Albeda Jelgersma — ingestelde cassatieberoep de OK-beschikking vernietigd op de grond dat verzoekers niet-ontvankelijk waren in hun verzoek. Zie ook de noot van Brink onder deze uitspraak in *JOR* 2005/119.

3

De eerste belangrijke kwestie is welke eisen moeten worden gesteld aan een verzoek leidende tot de tweede procedure: vaststelling van wanbeleid en het treffen van voorzieningen op basis van het onderzoeksverslag (r.o. 3.5). Verzoekers verzochten wanbeleid vast te stellen ten aanzien van fase I (operatie Groenland), zonder dat het verzoekschrift daarover een uitgewerkte stelling bevatte. Het enquêteverslag zou, volgens het verzoekschrift, voldoende aanknopingspunten bevatten. Zelfs toen zij daartoe in de gelegenheid werden gesteld, weigerden UB Holding en Lijmar het processuele debat aan te gaan. De magere stellingen in het verzoekschrift en het ontwijken van het processuele debat maken duidelijk dat het verzoek in de tweede procedure geen betrekking had op fase I. UB Holding en Lijmar gaven toe dat het hun ging om de vaststelling van wanbeleid ten aanzien van fase II. Albeda Jelgersma was fel gekant tegen de Casino-transactie (de reden van zijn aftreden als commissaris) en — kennelijk — niet tegen de operatie-Groenland. Toch blijft de vraag waarom voor deze halfslachtige opzet is gekozen. Het cassatiemiddel trof uitsluitend op dit punt doel. Anders dan de OK honoreert de HR wel het verweer van Laurus en de commissarissen (minus Albeda Jelgersma) dat zij ten aanzien van fase I tekort zijn gedaan in hun recht zich te verdedigen. De OK had zich volgens de HR van een beslissing dienen te onthouden en verzoekers niet-ontvankelijk moeten verklaren. Willen partijen geen debat, dan moet de rechter dat respecteren, ook als hij ambtshalve in een tussenbeschikking gelegenheid heeft gegeven tot een debat en partijen het desalniettemin niet willen, zo is uitgemaakt in HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460 m.nt. JBMV (onder *NJ* 2004, 461). 'Essentieel is niet de uitoefening van (...) bevoegdheden, maar de bewaking van de contradictoire omgeving waarin dit gebeurt', aldus het Interim-rapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, 2003, p. 82.

4

In de eerder genoemde Gucci-beschikking had de HR bepaald dat wanbeleid niet kan worden vastgesteld zonder een onderzoek. Nu kan daaraan worden toegevoegd dat zonder solide stellingen in het verzoekschrift — en een eventueel processueel debat daarover in de tweede procedure — de OK zich dient te onthouden van het oordeel wanbeleid. Eigenlijk is dit logisch: ook in een verzoekschriftprocedure moet een verweerder of belanghebbende weten waartegen hij zich moet verdedigen, ook al zijn de substantiëringsplicht en

bewijsaandraagplicht van de dagvaardingsprocedure niet in de wettelijke regeling van de verzoekschriftprocedure opgenomen (zie conclusie A-G Timmerman, nrs. 3.10 en 3.11). Een en ander bevestigt dat het enquêtegeding — althans de tweede procedure daarbinnen — feitelijk een procedure op tegenspraak is. Zie aldus ook: conclusie A-G, nr. 3.18.

5

De tweede reden waarom deze beschikking van belang is, ligt in de beslissing van de HR dat (voormalige) bestuurders en commissarissen in de tweede procedure van het enquêtegeding geen recht hebben op tegenbewijs ten aanzien van de bevindingen in het onderzoeksverslag, maar wel het recht hebben om deze bevindingen te bestrijden (r.o. 3.7–3.9). De OK kon volgens de HR daarom het bewijsaanbod van de commissarissen passeren. De motivering van de HR is tweeledig. Ten eerste overweegt de HR dat de door de OK vastgestelde feiten niet bindend zijn in een latere procedure. Over deze opmerkelijke overweging straks meer (zie punt 6–8). Ten tweede wijst de HR erop, in navolging van de A-G, dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat van het recht op tegenbewijs (art. 284 lid 1 jø 166 lid 1 Rv) in een verzoekschriftprocedure, zoals de enquêteprocedure, kan worden afgeweken om wille van de spoedeisendheid. De snelheid is een van de aantrekkelijke aspecten van de enquêteprocedure en zij zou door het toelaten van tijdrovende getuigenverhoren verloren gaan. Ik meen overigens dat dit argument aan glans verliest doordat het enquêtegeding meer en meer contradictoir wordt en dat mede daarom de doorlooptijd toeneemt. Het is overigens de vraag wat het recht om de bevindingen van het onderzoeksverslag te bestrijden nog om het lijf heeft, als er geen tegenbewijs is toegestaan. Dat de OK aan die stellingen aandacht moet besteden (r.o. 3.9), is een open deur. Nu de door de OK vastgestelde feiten niet langer bindend zijn, kunnen de aangesproken bestuurders en commissarissen het tegenbewijs pas in een latere aansprakelijkheidsprocedure leveren. De ervaring leert dat de aangesprokene — zeker als hij al beticht is van medeverantwoordelijkheid voor wanbeleid — snel geneigd zal zijn, mede op aandringen van zijn verzekeraar, om mee te werken aan een schikking voordat vonnis wordt gewezen. Met het oog op een gunstig schikkingsresultaat is het daarom verstandig voor bestuurders en commissarissen om in een eerder stadium van het enquêtegeding invloed uit te oefenen op de vaststelling van de feiten. Nu de HR de weg heeft afgesneden voor tegenbewijs in de tweede procedure, zal dit moeten gebeuren in het onderzoek dat plaatsvindt tussen de eerste en de tweede procedure in het enquêtegeding. In het kader van het onderzoek zullen (voormalige) bestuurders en commissarissen door de onderzoeker(s) worden gehoord, ongeacht of zij belanghebbenden in de procedure zijn. De gewoonte is gegroeid dat de personen die gehoord zijn, de gelegenheid krijgen het feitelijk relaas in het concept-verslag van de onderzoeker(s) van commentaar te voorzien. Zie: § 13 van de Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 78(2004). De praktijk laat inmiddels zien dat zulke commentaren de neiging hebben uit te groeien tot verweerschriften. Aldus wordt geprobeerd het recht op ‘tegenbewijs’ de onderzoeksfase binnen te trekken. In de onderzoeksfase kan echter geen beroep worden gedaan op de processuele waarborgen van art. 6 EVRM, zie: EHRM 19 maart 2002, *ARO* 2002, 49; *JOR* 2002/127 m.nt. De Kluiver (Text Lite). Door de geschetste ontwikkeling zal vermoedelijk de druk toenemen om het thans nauwelijks geregelde onderzoek bij wet te regelen. Dat zou ten koste gaan van de snelheid en effectiviteit van de enquête.

6

Opmerkelijk zijn de overwegingen van de HR ten aanzien van de derde kwestie: het feitencomplex dat ten grondslag ligt aan het oordeel wanbeleid heeft geen bindende kracht in een daaropvolgende aansprakelijkheidsprocedure. De HR besteedt hieraan aandacht in het kader van de motivering van het — zojuist besproken — ontbrekende recht op tegenbewijs. In r.o. 3.8 en 3.9 legt de HR uit wat hij heeft bedoeld in de Ogem-beschikking (HR 10 januari

1990, *NJ* 1990, 466 m.nt. Ma), waarin werd overwogen dat de vaststelling van wanbeleid — behoudens cassatie — bindend is, ook in andere procedures, ten aanzien van degenen die in het tweede deel van de enquêteprocedure zijn verschenen, zonder dat daarmee vaststaat of en in hoeverre het wanbeleid aan de individuele bestuurder of commissaris kan worden verweten en deze daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld. Op dit punt is de Ogem-uitspraak fors bekritiseerd, zie de verwijzingen in noot 14 van de conclusie A-G. Kennelijk voelde de HR zich nu geroepen deze beschikking nader uit te leggen. De daartoe gebezigde tournure ‘Deze overwegingen dienen als volgt te worden verstaan’ kan duiden op een overweging ten overvloede, maar is niet zelden — ook — de aankondiging van een koerswijziging. Zie: Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nrs. 185–187. Zo ook hier. De HR maakt onderscheid tussen enerzijds de vaststelling wanbeleid en anderzijds de feiten die door de OK zijn vastgesteld ter ondersteuning van de vaststelling wanbeleid. De vaststelling wanbeleid is bindend, maar de vastgestelde feiten zijn dat niet, aldus de HR. Dit betekent dat een bestuurder of commissaris in een latere aansprakelijkheidsprocedure de in het enquêtegeding vastgestelde feiten kan bestrijden, bijvoorbeeld door het leveren van tegenbewijs. Wat is het gevolg als hij in het tegenbewijs slaagt? De vaststelling wanbeleid is daarmee niet van tafel, want die is bindend. Blijft dan het vastgestelde wanbeleid als een van de feiten ontdaan rechtsoordeel voortbestaan? Dat lijkt mij ongerijmd, want wat rest is een lege huls (wanbeleid met weggefallen feitelijke grondslag). Dat is voor de bestuurders of commissarissen in een aansprakelijkheidsprocedure niet een onoverkomelijk probleem, want de vaststelling wanbeleid treft in beginsel slechts de rechtspersoon. Dat wordt anders indien — zoals in de onderhavige zaak — de OK bestuurders of commissarissen medeverantwoordelijk heeft geoordeeld voor het wanbeleid van de rechtspersoon. De lege huls kleeft dan toch aan de aangesprokenen. Na de Laurus-beschikking is in ieder geval duidelijk dat bestuurders en commissarissen nog steeds moeten overwegen om niet als procespartij (belanghebbende) in het enquêtegeding te verschijnen (vgl. de noot van Maeijer onder Ogem-beschikking), zodat de vaststelling wanbeleid voor hen niet bindend zal zijn in een eventueel te entameren aansprakelijkheidsprocedure. Wel zullen zij moeten proberen de vaststelling van de feiten reeds in de onderzoeksfase van het enquêtegeding in voor hen gunstige zin te beïnvloeden, omdat zij in de tweede enquêteprocedure geen recht op tegenbewijs hebben en omdat een aansprakelijkheidsprocedure — waarin tegenbewijs wel openstaat — in de meeste gevallen wordt geschikt.

7

In r.o. 3.8. lijkt de HR ook een onderscheid te maken tussen externe en interne aansprakelijkheid. Eerst overweegt de HR dat indien individuele bestuurders en commissarissen die in de tweede enquêteprocedure zijn verschenen, door derden die als gevolg van wanbeleid schade hebben geleden, aansprakelijk worden gesteld in een procedure op grond van art. 6:74 BW (wanprestatie) en/of art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) en/of art. 2:138/248 (kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in geval van faillissement), de vaststelling wanbeleid weliswaar bindend is, maar niet automatisch leidt tot persoonlijk aansprakelijkheid. Dat is niets nieuws, want het is een herhaling van de Ogem-formule. Ik merk op dat de HR de aansprakelijkheid jegens de failliete boedel ex art. 2:138/248 BW hier aanduidt als een vorm van externe aansprakelijkheid. Anders: Faber, Verrekening, diss. Nijmegen, Serie Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, deel 33(2005), p. 558 e.v. Maar dit terzijde. Dan volgt de kernzin: ‘De door de ondernemingskamer vastgestelde feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure ook niet op voorhand vast, zelfs niet behoudens tegenbewijs.’ Niet meteen duidelijk is of de kernzin slechts betrekking heeft op het voorafgaande, of geldt voor ‘een aansprakelijkheidsprocedure’ in het algemeen, waaronder ook de aansprakelijkheidsprocedure die daarna wordt genoemd. De HR overweegt: ‘Het oordeel van de ondernemingskamer dat van wanbeleid sprake is geweest, kan daarin onder

omstandigheden wel de bewijsrechtelijke betekenis hebben dat de rechter (...) voorshands bewezen acht dat de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon *zijn taak niet heeft vervuld op een wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.* Het woord ‘daarin’ in de vorige zin duidt op een algemene strekking; het legt taalkundig een verbinding met het voorgaande. Hoewel een expliciete verwijzing naar art. 2:9 BW ontbreekt, duiden de gekozen woorden op de interne aansprakelijkheid van een functionaris wegens onbehoorlijke taakvervulling ten opzichte van de rechtspersoon. De aangesproken bestuurder of commissaris kan door het oordeel wanbeleid van de rechtspersoon dus voor wat betreft zijn persoonlijke aansprakelijkheid het bewijsvermoeden tegen zich krijgen. Als wanbeleid is vastgesteld, dan heeft de aangesprokene in de art. 2:9 BW-procedure meer te vrezen dan in een procedure wegens externe aansprakelijkheid. Welke de omstandigheden zijn waaronder het oordeel wanbeleid bewijsrechtelijke betekenis toekomt, maakt de HR niet duidelijk. Zie daarover: Geerts, *Ondernemingsrecht* 2005–8, p. 294.

8

Bij de hierboven aangehaalde en door mij gecursiveerde woorden plaats ik een kanttekening in het licht van de jurisprudentie van de HR over art. 2:9 BW. In het arrest inzake Staleman/Van de Ven (HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. Ma) heeft de HR uitgemaakt dat voor de vaststelling van persoonlijke aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW behalve aan een objectief criterium (onbehoorlijke taakvervulling) ook aan een subjectief criterium (ernstige verwijtbaarheid) moet zijn voldaan. Volgens de HR is er onder meer plaats voor een ernstig verwijt indien in aanmerking wordt genomen *het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.* De HR gaf daarmee aan het subjectieve criterium (ernstige verwijtbaarheid) een objectieve invulling (het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van de nauwgezette bestuurder). In het arrest inzake Schwandt/Berghuizer Papierfabriek (HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455) heeft de HR bepaald dat indien de objectieve verwijtbaarheid vaststaat, de aangesprokene zich kan disculperen door aan te tonen dat hem terzake geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Deze uitspraak brengt de materie weer meer terug bij de bewijsregel van art. 2:9 BW. Kort daarna kwam de uitspraak in HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 (Skipper Club Charter/Jaarsma), waarin de HR verwierp de door het Hof aangelegde maatstaf dat een op art. 2:9 BW gegronde aansprakelijkheid slechts kan worden aangenomen in het geval de betrokken bestuurder als zodanig (en derhalve niet als aandeelhouder) zo onmiskenbaar en duidelijk in de vervulling van zijn taken is tekortgekomen dat daarover geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twijfelen. In onderhavige enquêtebeschikking (r.o. 3.8) geeft de HR een nadere uitleg van art. 2:9 BW. Met het oordeel wanbeleid kan de objectieve verwijtbaarheid vaststaan (onbehoorlijke taakvervulling), maar de aangesprokene kan in een daaropvolgende procedure aansprakelijkheid ontlopen indien hij slaagt in het tegenbewijs dat hem geen subjectief verwijt valt te maken. De ‘redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris’ van de Laurus-beschikking verwijst naar de wijze waarop hij de bestuurstaak dient te vervullen (i.e. ‘behoorlijk’), en niet naar de subjectieve verwijtbaarheid. Dat zijn verschillende dingen. Zie anders: Assink, *Ondernemingsrecht* 2005–11/12. Het inzicht en de zorgvuldigheid van de nauwgezette bestuurder van het Staleman/Van de Ven-arrest verwezen nog wel naar de (mate van) subjectieve verwijtbaarheid. De HR legt de lat voor onbehoorlijke taakvervulling nu weer wat lager, namelijk bij wat een redelijk bekwame en redelijk handelende bestuurder vermag. Zie voor een vergelijkbare redelijkheidstoets voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator: HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (Van Schuppen) m.nt. WMK.

9

De vierde beslissing betreft de cassatieklacht dat de OK ten onrechte het onderzoek heeft

heropend door de onderzoekers te verzoeken hun verslag aan te vullen en uit te breiden. De stelling was dat het enquêtegeding twee procedures kent en dat heropening van het onderzoek nadat het verslag is gedeponereerd en de tweede procedure loopt, neerkomt op een heropening van de eerste procedure. Zover wil de HR niet gaan in het onderscheiden van de twee procedures. De ene procedure staat immers niet geheel los van de andere. Hij verwerpt de gedachte dat heropening van het onderzoek moet worden ingeleid met een verzoekschrift ex art. 2:345 BW. Terecht is de HR hier pragmatisch en niet formalistisch: als de OK vindt dat het onderzoek onvolledig is, kan zij, ook ambtshalve, in de tweede procedure heropening van het onderzoek gelasten. Eerder deed de OK dit al in de HBG-enquête, zie OK 19 september 2001, *NJ* 2001, 589.

10

Tot slot de door de OK in r.o. 3.4–3.10 gehanteerde maatstaf van het ‘scherpere toezicht’. De gedurfdheid van de operatie-Groenland (risicovolle ombouwoperatie, scherpe financiering, geen controlemomenten, geen noodscenario's, etc.) en de verontrustende signalen die al snel klonken (vertrek van drie CFO's binnen een half jaar, waarschuwingen van de accountant), hadden de rvc bewust moeten maken van de risico's die hij nam door de hoofddirectie niet ‘korter aan de teugel’ te nemen, aldus de OK. Een eerder ingrijpen was geboden geweest, al erkent de OK dat een ingreep door de rvc in mei 2001 — toen de eerste Konmars met veel publiciteit werden geopend — niet verantwoord zou zijn geweest met het oog op de onvermijdelijke imago- en vertrouwensschade die daarvan het gevolg zou zijn geweest. Niettemin, zo overwoog de OK, zou een ‘actiever optreden’ van de rvc in de daaraan voorafgaande periode wel geboden zijn geweest. Dit gevoegd bij het feit dat net een nieuwe directievoorzitter zonder ervaring met winkelformules was benoemd, gaf de OK aanleiding tot het oordeel dat van de rvc van Laurus vanaf uiterlijk eind maart 2001 een ‘scherper toezicht’ mocht worden verwacht dan bij voortzetting van een bestendig beleid gebruikelijk zou zijn geweest. Uiteindelijk is de rvc pas in juli-augustus 2001 krachtig gaan ingrijpen. De OK oordeelde dat de rvc door dit nalaten medeverantwoordelijk is voor het geconstateerde wanbeleid van de vennootschap.

11

Over dit oordeel van de OK werd in het vijfde en zesde onderdeel van het cassatiemiddel geklaagd. De commissarissen (en de vennootschap) stelden dat het verschil tussen normaal toezicht (art. 2:140 lid 2 BW) en scherper toezicht onder bijzondere omstandigheden niet zodanig groot kan zijn dat zonder nadere invulling van die termen aan de maatstaf voor wanbeleid is voldaan. Ook stelden zij dat het uiteindelijk maar om een periode van een maand zou gaan waarin de commissarissen zich actiever hadden kunnen opstellen. Aan de behandeling van de klachten komt de HR niet toe, omdat zij waren gericht tegen de gronden waarop de OK wanbeleid in fase I heeft aangenomen. Het oordeel wanbeleid werd immers reeds op grond van het eerste onderdeel van het cassatiemiddel vernietigd. Ook indien het dictum van een casserende uitspraak inhoudt dat de bestreden beschikking wordt vernietigd, betekent dit niet dat de gehele uitspraak wegvalt. Zie voor deze zgn. partiële werking van het cassatieberoep: HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 237 (Caransa/Lütke) m.nt. HJS. De verwijzingsrechter zet de behandeling voort en beslist met inachtneming van de uitspraak van de HR (art. 424 Rv). Daarbij is hij volgens vaste rechtspraak gebonden aan de in cassatie niet of tevergeefs bestreden beslissing. Daaruit vloeit voort dat indien de HR bepaalde klachten buiten behandeling heeft gelaten de verwijzingsrechter ook niet gebonden is aan de door die klachten bestreden beslissing, tenzij het een bindende eindbeslissing was. Aldus kan de HR — bewust — de verwijzingsrechter de gelegenheid geven een geschilpunt opnieuw te behandelen. Zie: Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 199. Wat betekent dit nu voor de maatstaf van het scherpere toezicht? Allereerst de vraag of de maatstaf juist is. Met de A-G (conclusie punt 3.39) meen ik dat de OK een juiste maatstaf

heeft aangelegd door te overwegen dat het niet intensiveren van het toezicht gegeven de omstandigheden ertoe leidde dat het toezicht onder het — op dat moment — vereiste niveau lag. De rvc houdt toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming; de rvc laat zich daarbij leiden door het belang van de vennootschap, zo luidt de wettelijke taakopdracht. Indien het beleid en de gang van zaken daartoe aanleiding geven zal het toezicht intensiever moeten worden en zal de rvc actiever moeten gaan optreden. Tot zover brengt de gehanteerde maatstaf niets nieuws. Een andere vraag is of de commissarissen van Laurus, langs deze maat gemeten, inderdaad medeverantwoordelijk zijn voor het wanbeleid. De vraag is of dat oordeel, dat mijns inziens niet uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, in cassatie kan worden getoetst. Daarbij past de kanttekening dat de beoordeling van stuurfouten gemakkelijker is nadat het schip gezonken is dan tijdens het zinken van het schip. Overigens zij opgemerkt dat de taak van de verwijzingsrechter in zoverre is begrensd dat de nieuwe uitspraak niet mag leiden tot een ongunstiger resultaat voor degene die als eiser in cassatie vernietiging heeft bewerkstelligd (verbod van reformatio in peius). Zie verder: Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 199 e.v.

G. van Solinge

Voetnoot

[1]

Zie ook *Ondernemingsrecht* 2005/98 (m.nt. P.G.F.A. Geerts); *red.*

[2]

Zie de feitenvaststelling in de bestreden beschikking onder 2.

[3]

Verzoekschrift par. 5.1. en 5.2.

[4]

Op verzoek van verzoekster en met instemming van Laurus is toen slechts het primaire onderdeel van het verzoek behandeld.

[5]

Het verzoekschrift is op 14 januari 2004 ter griffie van de Hoge Raad ingekomen.

[6]

HR 27 september 2000, *NJ* 2000, 653 rov. 4.1. Ik merk terzijde op dat de Hoge Raad in de beschikking HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 486 (Scheipar) rov. 3.3.3. spreekt van een ‘ eerste fase’ en een ‘ tweede fase’ .

[7]

De eerste procedure is juridisch-technisch al beëindigd door de beschikking van de Ondernemingskamer op de voet van art. 2:345 BW. Die beslissing is een eindbeschikking: zie bijv. A-G Mok (nr. 2.1) vóór HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 m.nt. Ma. en de beschikking HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 465 rov. 3; Zie voorts Asser-Maeijer, 2000, nr. 517.

[8]

Zie hierover de com (nr. 3.3) van A-G Mok vóór HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (Ogem) m.nt. Ma.

[9]

HR 4 juni 1997, *NJ* 1997, 671, m.nt. Ma rov 4.1.1.

[10]

Zie Minister Polak in de Eerste Kamer (*Kamerstukken I*, 1969– 1970, 9595,9596, blz 1092): De mogelijkheid van het aanvragen van een enquête zal naar ik hoop en verwacht vooral preventief werken en misstanden voorkomen, misstanden, die gelukkig in het Nederlandse bedrijfsleven slechts sporadisch voorkomen.’

[11]

MvT *Kamerstukken II*, 1967– 1968, 9596, nr. 3 blz. 4: ‘ Mag men aannemen dat in het algemeen de Nederlandse ondernemer deze verantwoordelijkheid juist aanvoelt, dit neemt niet weg, dat een rechtsorde die aan onze economische orde beantwoordt, de mogelijkheid tot opening van zaken moet verschaffen, wanneer twijfel aan het beleid in een onderneming rijst, en de mogelijkheid tot correctie, wanneer die twijfel gegrond blijkt. Een zodanige waarborg is gelegen in de toepassing van het zgn. enquêterecht, waarvan het onderhavige wetsontwerp een betere regeling beoogt.’

[12]

MvT *Kamerstukken II*, 1967– 1968, 9596, nr. 3 blz. 4: ‘ Bevat derhalve de wet (van 1928, LT) behoorlijke waarborgen tegen misbruik, anderzijds geeft zij geen deugdelijke regeling voor het geval dat uit het onderzoek wanbeleid blijkt. Indien in een zodanig geval de meerderheid weigert in te grijpen, en de bestuurders zelf niet de consequenties trekken uit het verslag van het onderzoek, ontbreken aan de minderheid —en niet zelden zelfs aan de meerderheid —de middelen om de vennootschap weer gezond te maken. Een van de belangrijkste doeleinden van het wetsontwerp is, om hierin te voorzien.’ . Voorts wijs ik op de navolgende opmerking van de minister in de Tweede Kamer (*Handelingen II*, 1969/1970, 9595,9596, blz. 2903): ‘ Die rechter kan dan volgens beide ontwerpen beschikken over vergaande en passende maatregelen om de wagen weer in het goede spoor te krijgen’ .

[13]

Zie J.H.M. Willems, Aspecten van class action en public interest litigation in de enquêteprocedure, in: Geschriften vanwege de vereniging Corporate Litigation 2003– 2004, 2004, blz. 436: ‘ De procedure richt zich op het belang van de rechtspersoon’ . Hij wijst er op dat volgens vaste rechtspraak van de Ondernemingskamer (o.m. OK 12 november 1998, *JOR* 1999/29) een eenmaal begonnen enquêteprocedure alleen maar wordt beëindigd indien alle partijen, ook de belanghebbende die niet zelf de procedure zou hebben kunnen beginnen, daarmee instemmen (blz. 440).

[14]

Zie Minister Polak (*Handelingen II*, 1969/1970, 9595,9596, blz. 2903): ‘ De geachte afgevaardigde de heer Nederhorst heeft gezegd, dat het enquêterecht daarom van beperkte betekenis zou zijn, omdat van werknemerszijde eerst zou moeten worden uitgezocht wie verantwoordelijk is voor een fout ondernemingsbeleid. Ik meen, dat dit niet juist is, want één van de doeleinden van de enquête is juist vast te stellen, bij wie de verantwoordelijkheid berust.’ Zie over de zogenaamde inquisitoire enquête R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002– 2003, 2003, blz. 116/117.

[15]

Zie over de kritiek op dit oordeel: P. van Schilfgaarde/J. Winter: Van de BV en de NV, 2003, nr. 121 (blz. 308) met verwijzingen. Het oordeel wanbeleid in de zin van art. 2:355 lid 1 BW staat weliswaar tussen de in de enquêteprocedure betrokkenen vast, maar hiermee staat niet vast dat een bestuurder aansprakelijk is (vgl. HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 rov. 3.4 m.nt. Ma.) Volgens Sanders/Westbroek, 1998, blz. 296 is de overweging dat de kwalificatie ‘ wanbeleid’ bindend is in andere procedures weinig relevant, nu het in andere procedures niet om de kwalificatie ‘ wanbeleid’ gaat, maar om aansprakelijkheid van individuele bestuurders en commissarissen. Als bedoeld is dat de feiten bindend zijn, is de uitspraak volgens deze auteurs wel hoogst relevant. Het oordeel dat van wanbeleid sprake is moet n.m.m. in die zin beperkt worden opgevat dat het tot stand is gekomen mede op basis van een onderzoek waarin art. 6 EVRM de gang van zaken niet bepaalt, zodat de betrokkenen de feiten waarop de vordering (bijv.

onrechtmatige daad) tegen hen voor de gewone rechter —die bij uitstek wordt beheerst door art. 6 EVRM —is gebaseerd onbeperkt mogen bestrijden en zij onbeperkt andere feiten mogen aandragen. Hieraan doet onvoldoende af dat na neerlegging van het onderzoeksverslag nog een tweede procedure (art. 2:355 BW) die in beginsel met de waarborgen van art. 6 EVRM is omkleed plaatsvindt en dat eerst daarin het wanbeleidoordeel is gegeven; die tweede procedure is immers naar zijn aard en in omvang beperkt. Zie over dit aspect van de Ogem-beschikking van de Hoge Raad ook W.D.H. Asser, Het partijbegrip en binding van uitspraken in vennootschappelijke procedures, in: Rechtspleging in het ondernemingsrecht, 1997, blz. 65/66. Asser stelt dat van verschillende rechtsbetrekkingen sprake is; de vraag naar wanbeleid is een andere dan de kwestie van aansprakelijkheid op de voet van bijvoorbeeld art. 2:138/248 BW. Zie in dit verband ook de NJ-noot van Maeijer onder de Ogem-beschikking, Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek, 1992, blz. 648 en J.H.M. Willems, a.w., blz. 435.

[16]

Zie ook de bestreden beschikking waarin de Ondernemingskamer in rov. 3.11 overweegt dat een procedure als de onderhavige niet althans niet in de eerste plaats strekt tot de vaststelling van individuele verantwoordelijkheid voor vastgesteld wanbeleid (...).

[17]

Zie o.m. P. van Schilfgaarde/J.Winter, a.w., nr. 121 (blz. 307); G. van Solinge, Drie Nijmeegse redes, 1998, blz. 37– 63. Zie ook R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002– 2003, 2003, blz. 115 (noot 15).

[18]

NJ-noot onder HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538.

[19]

Zie Asser-Maeijer, 2000, nr. 517. De Hoge Raad overwoog in zijn hiervoor al aangehaalde beschikking inzake Text Lite: ' (...) Op de procedures voorzien in de artt. 2:354 en 2:355 zijn voorts de bepalingen van de gewone verzoekschriftprocedure zoveel mogelijk van toepassing, hetgeen meebrengt dat de individuele bestuurders en commissarissen op wie de verzoeken gericht zijn, in die procedures betrokken moeten worden.' Zie ook Minister Polak (*Kamerstukken I*, 1969– 1970, 9595,9596, blz. 1096: ' Op deze procedure is immers van toepassing verklaard de nieuwe regeling inzake de wijze van behandeling van de verzoekschriften' .

[20]

Zie voor het oude recht: HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 694 m.nt. HJS.

[21]

Zie o.m. HR 23 juni 1990, *NJ* 1990, 732

[22]

In het rapport ' operatie Groenland' genoemd.

[23]

Verweerschrift blz. 4.

[24]

Pleitnota, nr. 1.7 (blz. 4).

[25]

Pleitnota nr. 16 (blz. 7).

[26]

Zie S. Boekman, De verzoekschriftprocedure, 1996, blz. 22/23.

[27]

Van Mierlo 2002 (T&C Rv) art. 278 Rv, aant. 5.

[28]

In Star Busmann/Rutten/Ariëns (1972), nr. 182 staat over de vermelding in de dagvaarding van feiten, onderwerp van de eis en conclusie: ‘ Het lijkt echter niet noodzakelijk, dat deze drie elementen steeds op straffe van nietigheid afzonderlijk worden vermeld. Een ineenvloeiing kan mogelijk zijn, indien het onderwerp duidelijk ligt opgesloten in de middelen of in de conclusie, mits de gedaagde niet in het onzekere wordt gelaten omtrent wat en waarom van hem wordt gevorderd.’

[29]

Hugenholtz/Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, 2002, nr. 53.

[30]

Zie hierover: Burgerlijke rechtsvordering (Schaafsma-Beversluis), art. 278, aant. 8.

[31]

HR 24 april 1981, *NJ* 1981, 495. Zie Van Rossem/Cleveringa, dl. I, art. 5 aant. 10 (blz. 161): ‘ Brengt men zich dan hier voor te binnen, waartoe de dagvaarding dient, dan komt men er min of meer als van zelf toe aan te nemen, dat de besproken uitdrukking doelt op feiten, rechten en/of rechtsverhoudingen, waarop de conclusie deze eisers steunt; zij moeten op verstaanbare wijze worden aangegeven, opdat de gedaagde uit de dagvaarding kan lezen, waaruit de eiser de ingeroepen conclusie afgeleid wenst te zien. (...); aldus immers maakt zij den gedaagde een antwoord mogelijk, zonder dat hij behoeft te vrezen, dat zijn bescheid wel den frontaanval mogelijk zal keren, maar niet een omsingeling zal beletten op de flanken door uit wazige verten later onverhoeds aanrukkende vijandelijke vleugels.’ Zie ook Star Busmann/Rutten/Ariëns (1972) nr. 187: ‘ Welke eisen van duidelijkheid en volledigheid moeten ten aanzien van de middelen en het voorwerp der vordering worden gesteld? De rechtspraak huldigt dienaangaande in het algemeen een vrijgeveige opvatting. Zij neemt tot richtsnoer de objectieve waardering van de vraag, of de inrichting der dagvaarding de wederpartij voldoende in staat stelt zich ongehinderd te verweren.’

[32]

E.M. Wesseling-van Gent, Het civiele geding in de toekomst (diss. Groningen), 1987, blz. 110.

[33]

Zie J.B.M. Vranken onder HR 31 maart 2000, *NJ* 2000, 497. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, blz. 12.

[34]

Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, blz. 444.

[35]

Idem, blz. 4.

[36]

HR 15 november 1991, *NJ* 1992, 724 m.nt. HJS.

[37]

HR 23 oktober 1992, *NJ* 1992, 814.

[38]

Ik wijs volledigheidshalve op twee beschikkingen van de Ondernemingskamer waarin aan art. 429d (oud) Rv niet was voldaan: OK 8 december 1983, *NJ* 1984, 806 (art. 26 WOR-zaak) en OK 3 april 1986, *NJ* 1988, 159 (art. 26 WOR-zaak; verzoeker verwijst naar door hem uitgebracht advies). Voorts wijst ik op de beschikking OK 31 juli 2002, *JOR* 2002/155, waarin de Ondernemingskamer —onder vermelding van HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 342—een verzoeker in de eerste procedure (art. 2:345 BW) niet-ontvankelijkheid verklaarde omdat hij in het verzoekschrift had volstaan met een onoverzichtelijke verwijzing naar gedingstukken uit een eerdere (gewone) procedure.

- [39] EHRM 19 maart 2002, *ARO* 2002, 49, *JOR* 2002/127 m.nt. De Kluiver, *Ondernemingsrecht*, 2002, blz. 309 m.nt. Geerts. Zie hierover A.F.M. Dorresteyn, Rechtspraakoverzicht enquêterecht 2002, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002– 2003, 2003, blz. 14/15.
- [40] HR 27 september 2000, *NJ* 2000, 653 rov. 4.2.
- [41] Zie hierover in verband met beginselen van behoorlijk onderzoek: P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht (diss. Groningen), 2004, blz. 165 e.v.
- [42] M.W. Josephus Jitta, Het enquêterecht, hoe verder?, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001– 2002, 2002, blz. 116.
- [43] M.W. Josephus Jitta, Procedural aspects of the right of inquiry, in: *The Companies and Business Court from a comparative law perspective*, 2004, blz. 30/31.’
- [44] Sanders/Westbroek, a.w., blz. 296.
- [45] Vgl. HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 m.nt. Ma rov. 5.
- [46] Zie de door Geerts (diss.), blz. 190, noot 215 genoemde rechtspraak en literatuur. Volgens Sanders/Westbroek, BV en NV, 1998, blz. 296 neemt de Ondernemingskamer de door de onderzoeker vastgestelde feiten behoudens tegenbewijs voor waar aan.
- [47] HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742 m.nt. HJS. Dit geldt m.i. in de contentieuze verzoekschriftprocedure van het enquêterecht evenzeer. Vgl. ook de noot van H.J. Snijders (nr. 6) onder de beschikking van de Hoge Raad. Zie ook HR 27 maart 1987, *NJ* 1988, 130 m.nt. WHH. Vgl. EHRM 24 februari 1995, Series A, vol. 307– B § 80 (McMichael/Verenigd Koninkrijk).
- [48] Pleitnota d.d. 19 juni 2003, nrs. 1.4 en 1.5.
- [49] Zie W.D.H. Asser, Salomo's wijsheid, Hoor en wederhoor een rechterlijk oor voor partijen, oratie KUN 1992, blz. 12/13.
- [50] Idem blz. 16/17.
- [51] Ik gebruik deze term in de wetenschap dat in rekestprocedures het niet steeds hoeft te gaan om een tussen verzoeker en verweerder in geschil zijnde rechtsbetrekking.
- [52] HR 4 juni 1997, *NJ* 1997, 671 rov. 4.4.2. Zie Asser-Maeijer, 2-III, 2000, nr. 532 met verwijzingen.
- [53] Het onderzoeksverslag in de onderhavige zaak telt 102 bladzijden, waarvan er ruim 50 betrekking hebben op de Konmaroperatie (fase I).
- [54] Sanders/Westbroek, a.w., blz. 296 stelt dat ten aanzien van door de onderzoeker vastgestelde feiten grote voorzichtigheid past, nu art. 6 EVRM niet op de werkwijze van onderzoekers betrekking heeft en een bestuurder of commissaris niet eens door de

onderzoeker behoeft te zijn gehoord.

- [55] Zie reeds de Hoge Raad in de Ogem-beschikking: HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 m.nt. Ma rov. 6.
- [56] Zie HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 479 m.nt. HJS rov. 5.2
- [57] Zie ook HR 4 juni 1997, *NJ* 1997, 671 m.nt. Ma (Text Lite) rov. 4.4.2. en 4.4.3.
- [58] HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286 m.nt. Ma rov. 3.13 en 3.21.
- [59] Vgl. A-G Wesseling-Van Gent (nr. 3.19) vóór HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286 m.nt. Ma.
- [60] De Ondernemingskamer had verzoeksters gelegenheid kunnen geven het gebrek te herstellen (zie Van Mierlo/Bart, a.w., blz. 444), maar zij heeft dat niet gedaan. De sanctie op het niet voldoen aan de voorschriften van art. 278 lid 1 Rv is niet-ontvankelijk verklaring; zie Burgerlijke Rechtsvordering (Schaafsma-Beversluis), art. 278, aant. 5 en 10.
- [61] Het is overigens in overeenstemming met de activistische houding van de rechter in de verzoekschriftprocedure dat hij eerst een mogelijk tot herstel biedt; vgl HR 25 januari 2002, *NJ* 2002, 119 rov. 3.4.
- [62] Van Mierlo/Bart, a.w., blz. 161. Zie over het petitum Asser-Vranken, 1995, nr. 48 e.v.
- [63] Dat de omvang van het petitum uitgelegd mag worden aan de hand van het overigens in het verzoekschrift gestelde, volgt n.m.m. uit het hiervóór reeds aangehaalde arrest (HR 15 november 1991, *NJ* 1992, 724 m.nt. HJS rov. 3.3.) waarin is bepaald het voorschrift dat de dagvaarding een ‘ duidelijke en bepaalde conclusie’ moet bevatten tot strekking heeft te waarborgen dat voor de gedaagde voldoende duidelijk is wat van hem wordt verlangd, opdat hij zich daartegen behoorlijk kan verdedigen. Uit HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 324 rov. 3.3 is af te leiden dat het er om gaat hoe de wederpartij de gevorderde verklaring voor recht heeft begrepen.
- [64] Vgl. HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 324 rov. 3.3.
- [65] Zie zijn NJ-noot (sub 9) bij HR 21 december 2001, *NJ* 2004, 34.
- [66] T.F.E. Tjong Tjin Tai, Verrassingsbeslissingen door de civiele rechter, *NJB* 2000, blz. 260. Ras/Hammerstein, 2001, nr. 83 zegt dat van een verrassingsbeslissing sprake kan zijn wanneer de appèlrechter geschilpunten beslist die niet in debat zijn geweest in hoger beroep en waaromtrent het debat in eerste aanleg in een zodanig stadium verkeerde dat partijen nog niet op een beslissing bedacht hoefden te zijn. In het algemeen wordt aangenomen dat een beroep op de ontoelaatbaarheid van een verrassingsbeslissing slechts in evidente gevallen zou moeten slagen: zie P-G Hartkamp vóór HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 21.
- [67] Vgl. J.B.M. Vranken (sub 4b) onder HR 2 februari 1990, *NJ* 1990, 795, m.nt. EAAL en JBMV.

- [68] Zie HR 21 december 2001, *NJ* 2004, 34 m.nt. DA. Zie ook HR 17 oktober 2003, *NJ* 2004, 39.
- [69] Veelzeggend is m.i. dat de slotsom van het pleidooi (nr. 10, blz. 42) geheel gewijd is aan de Casino-transactie.
- [70] HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 m.nt. Ma rov. 7.2.
- [71] Zie HR 21 februari 2003, *NJ* 2003, 181 rov. 3.4.3 m.nt. Ma onder *NJ* 2003, 182 omtrent het onderscheid tussen een enkele gedraging die wanbeleid kan opleveren en de incidentele beleidsfout.'
- [72] Voor de meningen in de literatuur over wat onder wanbeleid moet worden verstaan verwijs ik naar: Van der Heijden/van der Grinten, Handboek, 1992, blz. 647; Asser-Maeijer, 2-III, 2000, nr. 534; P. van Schilfgaarde/J.Winter, 2003, nr. 122; W.J. Slagter, Compendium van het ondernemingsrecht, 1996, blz. 434; Sanders/Westbroek, BV en NV, 1998, blz. 290 e.v.; Rechtspersonen (Boukema), art. 2:355, aant. 2.
- [73] Asser-Maeijer, 2-III, 2000, nr. 534, blz. 817.
- [74] W.D.H. Asser, Civiele cassatie, 2003, blz. 43. Zie voor de toepassing hiervan in een enquêtezaak: HR 31 mei 2000, *NJ* 2000, 555 m.nt. Ma rov. 3.4.3.
- [75] Zie Veegens/Korthals Altes/Groen, Cassatie, 1989, nr. 122: ' Hoever de motiveringsplicht van de rechter reikt hangt in belangrijke mate af van hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd, van hetgeen ter processe vaststaat en van het belang van de aangevoerde stellingen voor de uitkomst van de procedure. De motiveringsplicht van de rechter varieert echter ook naar gelang de aard van de procedure en de betekenis van de te nemen beslissingen.' Op de aard van de procedure en het belang van de te nemen beslissingen ben ik in de inleiding en bij de behandeling van onderdeel 1 reeds ingegaan.
- [76] S. Boekman, De verzoekschriftprocedure, 1996, blz. 29 (voetnoten niet overgenomen).'
- [77] Vgl. over art. 177 (oud) Rv ook HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 464.
- [78] HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 694 rov. 3.7 m.nt. HJS.
- [79] Van Mierlo/Bart, a.w., blz. 447.
- [80] Anders: R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002– 2003, 2003, blz. 120. Hij meent dat de eigen aard van de enquêteprocedure meebrengt dat niet alle regels van het bewijsrecht van toepassing zijn. Wèl van toepassing is volgens Hermans de regel dat de partij die zich op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten beroept in beginsel de bewijslast van die feiten of rechten draagt (art. 150 Rv) en de regel dat tegenbewijs vrijstaat (art. 151 lid 2 Rv).
- [81] Overigens geldt dit bezwaar in wat mindere mate in een inquisitoire-enquêteprocedure

als de onderhavige, dan in een enquêteprocedure die er op is gericht de onderneming weer in het goede spoor te brengen.

- [82] *Kamerstukken I*, 1969– 1970, 9595, 9596, nr. 118b.
- [83] *Handelingen I*, 1969– 1970, 9596, blz. 1095
- [84] Gepubliceerd in *ARO* 2004, 8, *Ondernemingsrecht* 2004, blz. 178– 180 en *JOR* 2004.
- [85] Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek, 1992, nr. 367, blz. 647; Asser-Maeijer 2-III, 2000, nrs 532 en 533.
- [86] P.G.F.A. Geerts, diss., blz. 203– 205.
- [87] D.M. Thierry, Een nader onderzoek in de enquêteprocedure, *Ondernemingsrecht* 2002– 14, blz. 429 e.v. en D.M. Thierry, Het enquêteverslag staat centraal, maar niet alleen, *Ondernemingsrecht* 2003– 8, blz. 296 e.v.
- [88] R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002– 2003, 2003, blz. 119 en noot 36.
- [89] Noot onder *JOR* 2003/56. Zie voorts hierover: E.M. Soerjatin, Wie gaat er in het (hoender)hok: de knuppel of de OK?, in Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003– 2004, 2004, blz. 106– 107 en P.D. Olden onder de bestreden beschikking in *Ondernemingsrecht* 2003– 17, blz. 667 e.v.
- [90] Zie Josephus Jitta, noot onder HR 24 januari 2003, *JOR* 2003/56, Geerts, *Ondernemingsrecht* 2003, blz. 273– 275 en D.M. Thierry, Het enquêteverslag staat centraal, maar niet alleen, *Ondernemingsrecht* 2003– 8, blz. 296 e.v. In de RNA-beschikking (*NJ* 2003, 286) heeft de Hoge Raad —als hiervoor reeds gezegd — uitgemaakt dat het onjuist is de rechtsopvatting dat het oordeel van de Ondernemingskamer uitsluitend zijn grondslag kan vinden in en volledig moet zijn gebaseerd op hetgeen uit het onderzoeksverslag is gebleken.
- [91] Vgl. HR 27 september 2000, *NJ* 2000, 653.
- [92] W.D.H. Asser, Civiele cassatie, 2003, blz. 57; vgl. over appèl HR 23 januari 2004, *RvdW* 2004, 20.

Copyright © Kluwer 2012
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 26-04-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.