

## Beroepsopleiding Orde van Advocaten Curaçao

### ENKELE HOOFDLIJNEN INZAKE BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID EN HET RECHT VAN ENQUÊTE<sup>1</sup>

Mr. Karel Frielink

16 januari 2018

15.30 – 20.00 uur

{ contact: [kfrielink@bzselaw.com](mailto:kfrielink@bzselaw.com) }

### Onderdeel I – Bestuurdersaansprakelijkheid

1

Waar het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid maak ik een onderscheid tussen drie situaties:

- Intern: aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon (artikel 2:14 BW)
- Extern: aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens derden (artikel 6:162 BW)
- Extern: aansprakelijkheid jegens de boedel (faillissement) (artikel 2:16 BW)

---

<sup>1</sup> De tekst is voor een belangrijk deel ontleend aan: K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, 372 blz. en K. Frielink, ‘Aansprakelijkheid bestuurders en commissarissen in de Caribische delen van het Koninkrijk’, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, blz. 731-759. Zie voor de overige publicaties <http://www.curacao-law.com/wetenschappelijke-publicaties/>

We praten vaak over ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ in die gevallen waarin de aansprakelijkheid primair bij de rechtspersoon berust, of mede bij de rechtspersoon berust, maar er aanleiding is ook zijn bestuurder aansprakelijk te houden. Deze omschrijving is niet helemaal zuiver, omdat in bijvoorbeeld het geval van een onrechtmatige daad, het zeer wel mogelijk is dat een bestuurder een onrechtmatige daad pleegt die niet (ook) aan de rechtspersoon is toe te rekenen. Wat het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid betreft gaat het om persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor zijn doen en/of laten in zijn hoedanigheid van bestuurder.

Ik zal deze drie situaties in de genoemde volgorde bespreken, waarna (redelijk) recente rechtspraak aan de orde komt. We gaan uit van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao zoals dat met ingang van 1 januari 2012 luidt. Boek 2 BW van Sint Maarten is daaraan met ingang van 1 april 2014 gelijkkluidend. Materieel geldt hetgeen wordt opgemerkt ook voor de BES-eilanden en Aruba.

Ik ga niet in op de aansprakelijkheid van bestuurders (en mogelijk anderen) als gevolg van een misleidende voorstelling van zaken die een openbaar gemaakte jaarrekening van een grote rechtspersoon geeft, of die openbaar gemaakte tussentijdse cijfers van een grote rechtspersoon geven. Die is wat de verplicht grote NV betreft te vinden in artikel 2:125 BW, waarnaar wat betreft de vrijwillige toepassing bij de NV alsmede bij de andere rechtspersonen in diverse bepalingen wordt verwezen (artt. 2:94 lid 6; 2:119 lid 3, en 2:219 BW).

Verder wordt, onder meer, ook voorbij gegaan aan het feit dat bestuurders aansprakelijk kunnen zijn voor belastingschulden inzake bijvoorbeeld winst- en loonbelasting, zoals geregeld in de betreffende belastingverordeningen.

2

Eerst iets over de algemene norm die geldt voor de taakvervulling door een bestuurder van een (privaatrechtelijke) rechtspersoon. In artikel 2:8 lid 3 BW is bepaald:

*“Bij de vervulling van zijn taak richt het bestuur zich naar het belang van de rechtspersoon en, voor zover daarvan sprake is, de met deze verbonden onderneming.”*

In laatstgenoemd geval (als een onderneming aan de rechtspersoon is verbonden) gaat het niet om te onderscheiden begrippen, maar om één – samengesteld – begrip. Gaat het om een NV of BV dan wordt doorgaans over ‘het’ vennootschappelijk belang gesproken.

Er bestaat natuurlijk niet zoiets als ‘het’ belang van de rechtspersoon; het gaat om een pluraliteit aan in ogenschouw te nemen belangen. Er is bijna altijd sprake van een veelvoud aan belangen, waarbij de bestuurder deze belangen voor zover die niet parallel lopen tegen elkaar moet afwegen. Bij belangen en belangengroepen moet je bijvoorbeeld denken aan werknemers, aan de kredietverschaffers, leveranciers en andere contractuele wederpartijen. Als het om de rechtspersoon zelf gaat kun je bijvoorbeeld denken aan zijn imago: een bank die milieuvriendelijk beleggen propageert zal niet zo gauw (ongestraft) geld kunnen steken in olieboringen in kwetsbare natuurgebieden.

Indien aan een rechtspersoon een onderneming is verbonden, wordt het belang van de rechtspersoon in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming. Ik noem in dat verband het arrest van de Hoge Raad inzake Cancun (HR 4 april

2014, JOR 2014, 290 m.nt. De Haan inzake Invernostra vs Cancun). De Hoge Raad heeft bepaald dat de aard en inhoud van het samenwerkingsverband in een joint venture-vennootschap waarin de aandeelhouders een gelijkwaardig aandeel hebben, kunnen meebrengen dat (ook) het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders; dit kan betekenen dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder mogen veranderen dan in het licht van de omstandigheden geboden is.

De verplichting van bestuurders van een joint venture-vennootschap om jegens de aandeelhouders de nodige zorgvuldigheid te betrachten, kan volgens de Hoge Raad een bijzondere zorgplicht meebrengen met betrekking tot de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren. Het bestuur van een rechtspersoon heeft bij de vervulling van zijn taak een eigen verantwoordelijkheid om zich te richten naar het belang van de rechtspersoon (en de eventueel daaraan verbonden onderneming), en dat is niet anders indien (bij een NV of BV) de aandeelhouders op grond van de machtsverhoudingen binnen de vennootschap feitelijke instructiemacht hebben. Met andere woorden: het bestuur houdt een eigen verantwoordelijkheid en moet steeds een afweging maken of een instructie, gelet op alle af te wegen belangen, wel of niet kan worden opgevolgd (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 augustus 2015, JOR 2015, 326 m.nt. Van Thiel inzake X vs mr. Gustenhoven q.q.).

Als een rechtspersoon onderdeel is van een concern kan ook het concernbelang een (soms belangrijke) rol spelen. Ook daar geldt steeds de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van elke concernvennootschap.

3

Dan iets over de bijzondere norm wat betreft de uitoefening van de bestuurstaak. In artikel 2:14 lid 1 BW is bepaald:

*“Iedere bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de binnen zijn werkkring gelegen taak.”*

Een onbehoorlijke taakvervulling leidt tot (interne) aansprakelijkheid. Het gaat hier om een inspanningsverbintenis. Niet elke fout, vergissing of miskleun van een bestuurder leidt tot zijn aansprakelijkheid.

Ik wijs er op dat een bestuurder is *belast* met het besturen van de rechtspersoon. Dit brengt mee dat een bestuurder de rechtspersoon daadwerkelijk dient te besturen en zijn bestuurstaak niet onvervuld mag laten. Indien een bestuurder de feitelijke leiding uit handen geeft aan een derde, dient hij behoorlijk toezicht te houden op het handelen van die derde (vgl. r.o. 5.21 van Hof Arnhem 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8114). Overigens geldt ook voor commissarissen dat zij gehouden zijn toezicht uit te oefenen; het lidmaatschap van een RvC of RvT is géén vrijblijvende aangelegenheid.

4

De drempel bij (interne) bestuurdersaansprakelijkheid ligt hoger dan bij een onrechtmatige daad. Het criterium om een bestuurder jegens de rechtspersoon aansprakelijk te kunnen houden is dat hem *persoonlijk* een *ernstig verwijt* moet kunnen worden gemaakt (HR 20 juni 2008, JOR 2008, 260 inzake Willemsen vs NOM). Als een investering jammerlijk mislukt en de rechtspersoon daardoor schade leidt betekent dat niet dat de bestuurder daarvoor dus (in privé) aansprakelijk is.

Bij zijn toetsing zal de rechter de vraag moeten beantwoorden of een redelijk handelend en redelijk bekwaam bestuurder, die dus berekend is op zijn taak, onder de gegeven omstandigheden (ten tijde van het handelen of nalaten) hetzelfde had kunnen doen.

De vraag is dus niet of de bestuurder het goed heeft gedaan (positieve toetsing) en evenmin of het ook beter had gekund. Aan een bestuurders komt immers ruime beleidsvrijheid toe, en hij moet fouten kunnen maken zonder daarvoor zelf aansprakelijk te zijn. Volgens B.F. Assink moet de rechter zich afvragen of de bestuurder waarvan het gedrag aan hem ter toetsing voorligt, zich irrationeel heeft gedragen. Ik zou zelf zeggen: op zijn klompen had moeten aanvoelen dat hij goed fout bezig was.

Wanneer zich een zaak aandient waarin bestuurdersaansprakelijkheid een rol speelt (of dat nou interne of externe aansprakelijkheid betreft) is het zinvol om enkele kernvragen te stellen. Ik noem er hier drie en kom er straks nog op terug.

1. Een belangrijke vraag die gesteld moet worden is of de bestuurder de wet, de statuten of enige andere op hem van toepassing zijnde regel heeft overtreden. Is hij bijvoorbeeld een risicovolle transactie aangegaan zonder eerst de vereiste goedkeuring van de RvC te vragen, of een transactie in strijd met de statutaire doelomschrijving? Van dergelijke overtredingen (die al dan niet opzettelijk kunnen worden begaan) kan een bestuurder doorgaans eenvoudig een ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt.
2. Een andere belangrijke vraag is of de bestuurder heeft gehandeld in het belang van de rechtspersoon. Even los van de vraag of formeel sprake is van een tegenstrijdig belang, kan een bestuurder een rechtshandeling hebben verricht die meer of alleen in zijn eigen belang was, of in het belang van een met de bestuurder bevriende partij. Denk aan het verstrekken van een geldlening aan een bloedverwant zonder enig belang voor de vennootschap (NJ 1942, 432). Ook daarvan kan hem dan in de regel een ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt.
3. Ook verdient de vraag beantwoording hoe de bestuurder het besluit heeft genomen om een bepaalde rechtshandeling aan te gaan. Aan besluitvorming kunnen diverse eisen worden gesteld. Bijvoorbeeld de formele eis dat besluitvorming (in beginsel) op de voorgeschreven wijze tot stand komt: denk in dit verband naast de wet en de statuten ook aan een eventueel bestuursreglement. Daarnaast wordt de eis gesteld dat besluitvorming op een geïnformeerde grondslag plaatsvindt. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij een beredeneerde beslissing neemt op basis van de relevante feiten, dit in tegenstelling tot besluitvorming op basis van bijvoorbeeld bewuste roekeloosheid.

5

Dan komen we nu bij de onrechtmatige daad van een bestuurder jegens derden ex artikel 6:162 BW (externe aansprakelijkheid).

Denk in dat verband aan de bestuurder die welbewust nalaat om (bepaalde) crediteuren van de rechtspersoon te voldoen. Dan spreken we over betalingsonwil of selectieve betaling. Dergelijk gedrag is onrechtmatig. Voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder is niet relevant of de rechtspersoon op het moment dat de bestuurder door de crediteur aansprakelijk wordt gesteld ook zelf (nog) in staat is de vordering te voldoen. Deze aansprakelijkheid is een sanctie op bewust verwijtbaar gedrag. De bestuurder kan, als hij eenmaal heeft betaald, regres nemen op

de rechtspersoon. Is door het handelen van de bestuurder de schade die hij aan de crediteur heeft moeten vergoeden hoger dan het bedrag van de oorspronkelijke vordering, dan is het de vraag of hij ook voor dat ‘extra’ deel regres kan nemen.

Een ander voorbeeld is het geval waarin de bestuurder namens de rechtspersoon een rechtshandeling aangaat waarvan hij weet of redelijkerwijs kan voorzien dat de rechtspersoon niet in staat is die na te komen, en geen verhaal zal bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die wanprestatie zal lijden, mogelijk met het faillissement van de rechtspersoon als gevolg (Beklamel-norm; NJ 1990, 286). Ook hier geldt dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt (JOR 2008, 260 inzake Willemsen vs NOM).

Zie ook Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 28 juli 2015, JOR 2015, 290: De bestuurders worden een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt, omdat zij bij het sluiten van de *share purchase agreement* wisten dat de vennootschap niet aan de daaruit voortvloeiende verplichtingen zou kunnen voldoen, en zij hebben nagelaten een financieringsvoorbehoud op te nemen en hebben nagelaten de wederpartij te informeren over de noodzaak van externe financiering. Er wordt door de rechter *ex tunc* getoetst: het gaat om de wetenschap op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Die wetenschap wordt bovendien geobjectiveerd getoetst, en het gaat dus niet om een louter subjectieve verwachting van de bestuurder, maar om de vraag of er objectief gezien wetenschap was (of gelet op een onderzoeksplicht had behoren te zijn) van een voorzienbare benadeling.

6

Even een tussenstap ingeval een advocaat een beroepsfout maakt, maar hij door middel van een praktijkvennootschap zijn diensten aanbiedt of met die praktijkvennootschap deelneemt aan een personenvennootschap die de diensten aanbiedt. De advocaat die een fout maakt doet dat als advocaat en niet in zijn hoedanigheid van bestuurder van zijn praktijkvennootschap. Hier geldt dus, net als ten aanzien van een advocaat in loondienst, de ‘gewone’ norm van artikel 6:162 BW en is niet vereist dat de advocaat persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De Hoge Raad (18 september 2015, JOR 2015, 289) overwoog:

*“Voor het aanvaarden van deze verhoogde aansprakelijkheidsdrempel is immers slechts plaats met betrekking tot het handelen van betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap die door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt (HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628 en ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/21 en 22). De vordering van [eiser] berust echter op een door [verweerder 1] gepleegde onrechtmatige daad, die is gelegen in de wijze waarop hij de onderhavige werkzaamheden feitelijk heeft verricht. Indien een advocaat door zijn cliënt wegens een beroepsfout uit onrechtmatige daad wordt aangesproken, betreft dit zijn aansprakelijkheid als beroepsbeoefenaar en niet zijn aansprakelijkheid als bestuurder van een vennootschap.”*

Over dit arrest valt nog wel te discussiëren. Stel dat ik een overeenkomst sluit met een BV die zich specialiseert in de verkoop van bijzondere software, waarvan de bestuurder over die software adviseert, en dat in die advisering een ernstige fout wordt gemaakt. Ik kan dan natuurlijk die BV aansprakelijk stellen, maar de bestuurder alleen als hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Sluit ik een overeenkomst met een advocaten-BV dan geldt die verhoogde drempel voor aansprakelijkheid van de bestuurder niet. De vraag is natuurlijk waarin nu precies dat verschil in behandeling zit. Als uitgangspunt geldt volgens de Hoge Raad dat een

advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Deze zorgvuldigheidsplicht brengt onder meer mee dat een advocaat die een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen. Maar geldt dat dan niet voor advisering over (in dit voorbeeld) software? Wellicht dat wat advocaten betreft de vertrouwensrelatie een rol speelt. Dit alles nog even los van de vraag wat er contractueel allemaal kan zijn uitgesloten (algemene voorwaarden). De kans is groot dat ten aanzien van medici in een met advocaten vergelijkbare zin zal worden geoordeeld.

7

Terug naar de bestuurder van een rechtspersoon die in die hoedanigheid een onrechtmatige daad pleegt. Om de bestuurder zelf aansprakelijk te kunnen stellen is vereist dat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt bij de vervulling van zijn taak als bestuurder. Kan hem dat verwijt niet worden gemaakt dan is alleen de rechtspersoon zelf aansprakelijk. De aansprakelijkheidsdrempel ligt hier dus hoger dan bij de ‘gewone’ onrechtmatige daad.

Gaat een rechtspersoon failliet dan kunnen de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn als sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:16 lid 1 BW). Hier gelden echter nog enkele bijzondere regels (onder andere bewijsvermoedens), waar we later over komen te spreken. Voor aansprakelijkheid is vereist dat sprake is van ‘kennelijk’ onbehoorlijk bestuur, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat niet elke fout tot aansprakelijkheid leidt. Je zou kunnen zeggen dat ook hier de norm van een ‘ernstig persoonlijk verwijt’ geldt, maar dat is enigszins verwarrend gelet op het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid en daaraan gekoppeld hoofdelijke aansprakelijkheid in combinatie met (beperkte) disculpatiegronden voor individuele bestuurders.

Bij onbehoorlijk bestuur kan bijvoorbeeld worden gedacht aan:

- het vervreemden van de activa van de rechtspersoon tegen een onzakelijk lage prijs,
- het aangaan van risicovolle transacties zonder deugdelijke voorbereiding,
- onttrekking van eigen vermogen van de rechtspersoon (agio-uitkering aan de directeur-grootaandeelhouder met verrekening van de schuld aan de dga; Rb Den Haag 8 januari 2014, JOR 2014, 192 m.nt. Barneveld inzake mr. Oosterveld q.q. vs Exiton),
- maar ook meer in het algemeen aan handelen (of nalaten) in strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen (vgl. Rb Rotterdam 26 augustus 2015, JOR 2015, 327 m.nt. Van Bekkum inzake Fibercom vs A3M Beheer), of
- handelen in strijd met het statutaire doel van de rechtspersoon.

Op de administratie- en jaarrekeningplicht ga ik straks nader in.

8

Relevant bij bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:16 BW (faillissement):

- De werkring of taakverdeling binnen het bestuur is tot op zekere hoogte relevant voor de vraag of bij een meerhoofdig bestuur elke bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is. Een bestuurder kan zich daardoor mogelijk op een disculpatiegrond beroepen (lid 4).



- Er bestaat een collectieve verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken, in het bijzonder de financiële gang van zaken (lid 2). Ook hier bestaat tot op zekere hoogte de mogelijkheid van beroep op een disculpatiegrond (lid 5)

9

De hoofdregel voor aansprakelijkheid bij faillissement (art. 2:16 BW) luidt: de bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort bij kennelijk onbehoorlijk bestuur, op voorwaarde dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:16 lid 1 BW).

Het gaat hier om aansprakelijkheid voor het boedeltekort; dat gaat verder dan aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een onrechtmatige daad.

Er moet in de eerste plaats sprake zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Niet elke fout leidt tot aansprakelijkheid, zoals gezegd, en daarom moet het gaan om ‘*kennelijk*’ onbehoorlijk bestuur. Door het gebruik van de term ‘*onbehoorlijk bestuur*’ wordt duidelijk gemaakt dat het ook het handelen of nalaten van één bestuurder kan betreffen; niet alle bestuurders hoeven hieraan te hebben bijgedragen. Maar het uitgangspunt is collectieve verantwoordelijkheid en dus hoofdelijke aansprakelijkheid.

Dat kennelijk onbehoorlijk bestuur moet bovendien een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. De enkele constatering dat een (rechts)handeling een voorwaarde voor het faillissement is geweest, is onvoldoende. Er moet meer zijn dan een enkel *condicio sine qua non*-verband. Stelplicht en bewijslast van de feiten en omstandigheden die de curator als grondslag van zijn vordering noemt rusten op de curator (HR 24 januari 2014, JOR 2014, 122 m.nt. Van Thiel inzake Sansto vs mr. Reiziger q.q.).

Welke disculpatiemogelijkheid biedt de wet? In artikel 2:16 lid 4 BW is vastgelegd dat een bestuurder niet aansprakelijk is als hij bewijst dat het onbehoorlijk bestuur - dat een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement - mede gelet op zijn werkkring en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Of een bestuurder voldoende toezicht heeft gehouden op de taakuitoefening van de andere bestuurders en voldoende heeft gedaan om het onbehoorlijk bestuur af te wenden moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 21 september 2010, JOR 2011, 40 inzake Stichting Freule Lauter van Aysma.

Een redelijke uitleg van artikel 2:16 lid 2 BW brengt met zich dat voor het ontzenuwen van het tweede deel van het dubbele bewijsvermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Beroept een bestuurder zich in dat geval op een van buiten komende oorzaak (bijvoorbeeld het wegvallen van een belangrijke afnemer, de algehele economische neergang, kredietopzegging door de bank, afbranden van een bedrijfspand) en maakt de curator hem het verwijt dat hij ook heeft nagelaten het intreden van die van buiten komende oorzaak te voorkomen (bijvoorbeeld door willens en wetens niet aan de verzekeringsvoorwaarden te voldoen waardoor geen uitkering plaatsvindt), dan moet de bestuurder ook feiten en omstandigheden stellen en zonodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Slaagt de bestuurder daarin, dan is het

weer aan de curator om aannemelijk maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling toch mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.<sup>2</sup>

10

De regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement (artikel 2:16 BW) geldt voor:

- de NV en BV (lid 10);
- andere rechtspersonen als zij een onderneming drijven (3 jaar), dus de commerciële rechtspersonen (lid 10), en
- buitenlandse rechtspersonen die in Curaçao failliet zijn verklaard (lid 11).

De regeling is, als gezegd, van overeenkomstige toepassing op de aansprakelijkheid van bestuurders van een door buitenlands recht beheerste rechtspersoon, indien deze in Curaçao failliet wordt verklaard. Als bestuurders zijn eveneens aansprakelijk degenen die met de leiding van de in Curaçao verrichte werkzaamheden zijn belast. Bevoegd is de rechter die het faillissement heeft uitgesproken (art. 2:16 lid 11 BW). Aangezien naar lid 10 wordt verwezen, moet worden aangenomen dat de regeling alleen van toepassing is in geval aan de buitenlandse rechtspersoon een onderneming in de zin van de Handelsregisterverordening is verbonden.

11

Indien niet is voldaan aan de administratieplicht - of wanneer de jaarrekening niet tijdig is opgemaakt - wordt vermoed dat er ook voor het overige sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en bovendien dat genoemd onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, tenzij sprake is van een onbelangrijk verzuim (art. 2:16 lid 2 BW).

Dit tweeledige vermoeden is op beide punten weerlegbaar; dat wil zeggen dat de betrokken bestuurders tegenbewijs kunnen leveren. De bestuurder kan het vermoeden weerleggen door te bewijzen dat het niet voldoen aan die verplichtingen (administratie en jaarrekening), mede gelet op zijn werkkring en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, niet aan hem te wijten is én dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om een verbeterde nakoming van die verplichtingen te bevorderen (art. 2:16 lid 5 BW).

Gedacht kan worden aan een trustkantoor dat tezamen met andere personen bestuurder is, en dat trustkantoor ondanks herhaald aandringen niet de beschikking krijgt over de voor het voeren van de administratie benodigde gegevens. Het spreekt voor zich dat het trustkantoor deze situatie niet (te) lang kan laten voortduren en bij gebrek aan medewerking zal moeten besluiten om af te treden.

Overigens worden aan een jaarrekening geen al te hoge eisen gesteld: deze hoeft niet te voldoen aan de wettelijke of statutaire inrichtingsvereisten. Als het stuk maar serieus is opgesteld en enigszins op een jaarrekening lijkt en als zodanig kan worden aangemerkt, is dat al voldoende om de bewijsvermoedens buiten toepassing te laten. Het is in dat verband niet vereist dat de jaarrekening een zo getrouw mogelijk beeld geeft; er mag zelfs sprake zijn van belangrijke

---

<sup>2</sup> HR 30 november 2007, *JOR* 2008, 29 m.nt. Borrius inzake *Blue Tomato B.V.*. Zie voor een instructief overzicht van de werking van stelplicht en bewijslast (naar Nederlands recht) r.o. 5.1-5.7 van Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, *JOR* 2017, 35 m.nt. Harmsen inzake  *Holding/Van Lelyveld q.q.*



tekortkomingen, al zullen enkele krabbels op de achterkant van een bierviltje de toets der kritiek niet kunnen doorstaan.

12

Met bestuurders worden gelijkgesteld (art. 2:16 leden 9 en 11 BW):

- Quasi-bestuurders / (mede)beleidsbepalers: degenen die zodanige invloed op (het bestuur van) de rechtspersoon uitoefenen dat zij met een bestuurder gelijkgesteld moeten worden (lid 9).
- Degenen die leiding geven aan activiteiten in Curaçao van een in Curaçao failliet verklaarde buitenlandse rechtspersoon (lid 11).

Of iemand als quasi-bestuurder kan worden aangemerkt moet worden bepaald aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. In de eerste plaats moet het gaan om “beleid”. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan bemoeienis met de dagelijkse gang van zaken, het maken van plannen voor de toekomst, het entameren van nieuwe projecten en/of het opzetten van nieuwe strategieën, of (andere) activiteiten van gelijke zwaarte en omvang. Wanneer een aandeelhouder door het bestuur wordt geïnformeerd over het te voeren beleid wordt hij daardoor nog geen quasi-bestuurder, ook niet als hij als aandeelhouder met dat beleid instemt.

Indien er sprake is van beleid zoals hiervoor uiteengezet, moet de feitelijk beleidsbepaler dit beleid daadwerkelijk hebben bepaald of mede hebben bepaald. Het is dus niet voldoende dat iemand, die formeel geen bestuurder is, het beleid zou *kunnen* bepalen of mede bepalen. Een feitelijk beleidsbepaler moet *de facto* de bestuurstaak uitoefenen. De jurisprudentie bevestigt dit. De Hoge Raad heeft in het arrest Van der Have v Ontvanger (HR 24 mei 2002, JOR 2002, 130) geoordeeld dat het enkel *kunnen* bepalen van het beleid niet voldoende is. Het beleid moet ook daadwerkelijk bepaald zijn. Het moet gaan om directe, actieve bemoeienis met het bestuur van de rechtspersoon. Het enkel bewust stilzitten, wetende dat het handelen van de formele bestuurder tot schade voor derden zou kunnen leiden, kan niet worden aangemerkt als “*het beleid bepalen of mede bepalen*”. Ook het inspireren van, raad geven aan en stimuleren van de formele bestuurders is niet voldoende om iemand quasi-bestuurder te maken.

Om als quasi-bestuurder te kunnen worden aangemerkt, moet men zich dus hebben gedragen als ware men de formele bestuurder (of één van de formele bestuurders). Dat hoeft niet het gehele beleid van de vennootschap te betreffen, maar het kan ook gaan om één of enkele wezenlijke onderdelen van het beleid. Zo kan bijvoorbeeld iemand die geen formele bestuurder is, zich als vertegenwoordiger van de rechtspersoon presenteren bij het sluiten van een belangrijk contract en zich dus gedragen als ware hij bestuurder. Een ander voorbeeld is het geval dat een aandeelhouder het beleid van de vennootschap (mede) bepaalt door steeds specifieke instructies aan de formele bestuurders te geven, die dergelijke instructies uitvoeren omdat zij niet tegen de zin van de aandeelhouder durven in te gaan. Een dergelijke aandeelhouder kan in beginsel als quasi-bestuurder worden aangemerkt.

De norm die voor de aansprakelijkheid van een gewone bestuurder geldt, namelijk dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling slechts sprake is als geen redelijk denkend bestuurder - onder dezelfde omstandigheden - aldus gehandeld zou hebben, geldt evenzeer voor de quasi-bestuurder.

Rechtspersonen kunnen uiteraard een rechtspersoon als bestuurder hebben. Een dergelijke rechtspersoon-bestuurder kan ‘leeg’ zijn en dan geen verhaal bieden. In artikel 2:17 lid 1 BW is vastgelegd dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon (de directe of 1e graads bestuurder) tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is (de indirecte of 2e graads bestuurder). In dit verband wordt ook wel over doorbraak van aansprakelijkheid gesproken. Dit werkt door tot aan de natuurlijke personen. En dat is ook logisch, omdat ernstig verwijtbaar gedrag uiteindelijk de verantwoordelijkheid is van een natuurlijke persoon. De gedachte achter de regeling is dus dat moet worden voorkomen dat een natuurlijk persoon zich achter de rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon-bestuurder kan verschuilen wanneer sprake is van benadeling van schuldeisers als gevolg van slecht of onbehoorlijk bestuur.<sup>3</sup> Voor deze indirecte bestuurder geldt, net als voor de directe bestuurder, dat hij niet aansprakelijk is als hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling, mede gelet op zijn werkkring en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek bevat een vergelijkbare bepaling en wel in artikel 2:11 NED-BW. Over de reikwijdte van die bepaling heeft in de Nederlandse literatuur de nodige discussie plaatsgevonden.<sup>4</sup> Die discussie ging onder meer over de vraag of in een situatie waarin een Nederlandse rechtspersoon een buitenlandse rechtspersoon als bestuurder heeft, de natuurlijke persoon die bestuurder is van die buitenlandse rechtspersoon, aansprakelijk is als die buitenlandse rechtspersoon-bestuurder naar Nederlands recht aansprakelijk is uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

De doorwerking ‘naar boven’ kent inderdaad grenzen. Dat blijkt uit een naar Nederlands recht gewezen arrest dat geacht moet worden in Curaçao van overeenkomstige toepassing te zijn. De Hoge Raad heeft bepaald dat deze doorwerking alleen van toepassing is als de aansprakelijke bestuurder-rechtspersoon een rechtspersoon naar Nederlands recht is (in ons geval naar het recht van Curaçao); dat volgt uit de (IPR) incorporatieleer (HR 21 juni 2013, JOR 2013, 238 inzake *My Guide*).

Het ging in deze zaak om de vraag naar de aansprakelijkheid van een bestuurder (een in Monaco woonachtige Nederlander) van een Zwitserse vennootschap (MyGuide Holding GmbH) die rechtspersoon-bestuurder was van de failliete Nederlandse vennootschap My Guide (Nederland) BV. De Hoge Raad oordeelt:

<sup>3</sup> HR 17 februari 2017, JOR 2017, 121 m.nt. Leijten inzake *Le Roux Fruit Exporters*. Volgens de Hoge Raad volgt uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW, dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van artikel 2:11 NED-BW (art. 2:17 BW in Curaçao) (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet volgens de Hoge Raad recht zowel aan de ratio van artikel 2:11 NED-BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW.

<sup>4</sup> Zie hierover bijvoorbeeld C.D.J. Bulten en A.F.J.A. Leijten, ‘Een lastige doorbraakbepaling?’, in: D. Busch en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels Koers. Liber Amicorum Prof.mr.dr.s. C.M. Grundmann-van de Krol*, Deventer: Kluwer 2013, p. 163-187.

*“3.3 In zijn arrest van 18 maart 2011, LJN BP1408, NJ 2011/132, heeft de Hoge Raad een beslissing gegeven in een zaak die betrekking had op de aansprakelijkheid van een buitenlandse rechtspersoon (D Group) in haar hoedanigheid van bestuurder van de Nederlandse vennootschap D Freight, die op haar beurt bestuurder was van enkele gefailleerde Nederlandse besloten vennootschappen. Daarin is onder meer overwogen (rov. 4.1.3):*

*‘Ingevolge het bepaalde in art. 3, aanhef en onder e, Wet conflictenrecht corporaties beheerst het op de corporatie toepasselijke recht onder meer de vraag wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van bestuurder, naast de corporatie aansprakelijk is. Dit brengt mee dat Nederlands recht als het incorporatierecht van D Freight tevens de aansprakelijkheid van D Group als bestuurder van deze vennootschap beheerst en dat art. 2:11 BW binnen deze vennootschapsrechtelijke verhouding van toepassing is. Dit laat onverlet, gelijk het hof in rov. 11.7.5 met juistheid heeft overwogen, dat de vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen D Group en háár bestuurder(s), worden beheerst door Belgisch recht als het incorporatierecht van D Group.’*

*3.4 Art. 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon, tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van die aansprakelijkheid van de rechtspersoon, daarvan bestuurder is. Het voorschrift ziet derhalve op directe bestuurders van de aansprakelijke rechtspersoon. Indien de bestuurder die op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk is, op zijn beurt eveneens een rechtspersoon is, kunnen vervolgens ook diens bestuurders op de voet van art. 2:11 BW aansprakelijk gehouden worden. De vraag of deze regel van Nederlands rechtspersonenrecht toepassing kan vinden in een geval waarin buitenlandse rechtspersonen zijn betrokken, dient te worden beantwoord aan de hand van het Nederlandse internationaal privaatrecht.*

*Zoals in voormeld arrest van 2011 is overwogen, wordt de vraag wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid, zoals die van bestuurder van een corporatie, naast de corporatie aansprakelijk is, naar Nederlands internationaal privaatrecht beheerst door het op die corporatie toepasselijke recht (zie het destijds geldende art. 3, aanhef en onder e, Wet conflictenrecht corporaties, en thans art. 10:119, aanhef en onder e, BW). Daaruit volgt dat een bestuurder slechts op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk kan worden gehouden, indien de door hem bestuurde aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is.”*

De rechtspersoon wordt (ook gezien vanuit het recht van Curaçao) in al zijn rechtspersonenrechtelijke aspecten beheerst door het recht van het land waaraan het zijn rechtspersoonlijkheid ontleent. Het incorporatiestelsel ziet onder meer op het bezit van rechtspersoonlijkheid, de interne huishouding van de rechtspersoon (waaronder de bevoegdheidsverdeling, maar evenzeer de administratieplicht en het jaarrekeningenrecht), de bevoegdheid van organen van een rechtspersoon om hem te vertegenwoordigen, de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de rechtspersoon en de beëindiging van het bestaan van de rechtspersoon.

Met deze uitspraak van de Hoge Raad wordt de in de Nederlandse literatuur aangehangen opvatting bevestigd dat het Nederlandse rechtspersonenrecht niet door middel van artikel 2:11 NED-BW kan “inbreken” in een door buitenlands recht beheerste rechtsverhouding, namelijk de rechtsverhouding tussen de buitenlandse rechtspersoon (die bestuurder is van een Nederlandse

rechtspersoon) en zijn eigen bestuurder. De rechtsverhouding tussen een buitenlandse rechtspersoon en diens bestuurder wordt immers beheerst door buitenlands recht.

De volgende conclusie kan worden getrokken (en geldt *mutatis mutandis* ook voor Aruba, St. Maarten en de BES-eilanden): artikel 2:17 BW mist toepassing in het geval van een indirecte bestuurder (2e graads bestuurder) indien deze bestuurder is van een buitenlandse bestuurder-rechtspersoon die bestuurder is van een rechtspersoon naar het recht van Curaçao. Anders gezegd: er kan geen doorwerking plaatsvinden als zich tussen de (primair aansprakelijke) rechtspersoon naar het recht van Curaçao en de uiteindelijke natuurlijke persoon of personen, een buitenlandse rechtspersoon bevindt.

De vraag kan nog worden gesteld of de natuurlijke persoon die bestuurder is van de buitenlandse bestuurder-rechtspersoon van een rechtspersoon naar het recht van Curaçao niet toch aansprakelijk zou kunnen zijn als quasi-bestuurder. Het antwoord op die vraag wordt op grond van de incorporatieleer beheerst door het recht van Curaçao. In dat verband zou (mede) een rol kunnen spelen of de betrokken natuurlijke persoon een buitenlandse rechtspersoon heeft tussengeschoven met het oogmerk om de werking van artikel 2:17 BW te frustreren. In dat geval zou dienen te gelden dat misbruik van rechtspersonenrecht in rechte niet dient te worden gehonoreerd. Bovendien zou in dat geval de ‘gewone’ toetsingsnorm van artikel 6:162 BW dienen te gelden.

14

Wat de aansprakelijkheid van een trustbestuurder betreft moet worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2011 (LJN: BP8686; JOR 2011/285 inzake MeesPierson [“MPT”]). De Hoge Raad hanteert wat betreft het leerstuk ‘ernstig persoonlijk verwijt’ het volgende uitgangspunt (r.o. 3.6.1):

*“In cassatie is (terecht) niet bestreden dat de maatstaf van een ernstig verwijt heeft te gelden bij de beantwoording van de vraag of MPT als bestuurder van de vennootschap haar taak onbehoorlijk heeft vervuld zonder dat daarbij betekenis toekomt aan het feit dat MPT als trustdirecteur optrad.”*

Het feit dat een (rechts)persoon als trustbestuurder optrad is, aldus begrijp ik de Hoge Raad, op zichzelf genomen niet relevant, in die zin, dat het niet als ‘verzachtende omstandigheid’ in de beoordeling kan worden betrokken. Met andere woorden: er bestaat voor trustbestuurders geen verlicht regime wat betreft bestuurdersaansprakelijkheid: een trustbestuurder heeft als een volwaardige bestuurder te gelden.

Dat dit ook in Curaçao geldt is eerder dit jaar door het Hof alhier bevestigd in de zaak van Standard Trust vs mrs. Seferina en Le Poole q.q. (vonnis van 13 maart 2015; AR 125/2012 ghis 69560 – H 300/14).

De zaak betrof een stichting particulier fonds (SPF) waaraan een stuk grond toebehoorde en waarop de SPF een appartementencomplex heeft laten neerzetten. Dat complex is vervolgens gesplitst in appartementsrechten, die daarna aan derden zijn verkocht. Een trustkantoor was bestuurder van de SPF en is ongeveer anderhalf jaar voor het faillissement van de SPF afgetreden. De trustbestuurder werd door de curator van het faillissement aansprakelijk gesteld op grond van onbehoorlijk bestuur. Er was bijvoorbeeld geen deugdelijke boekhouding, de SPF had geen bankrekening, leningen die de SPF aanging verliepen via de rekening van de

achterligger terwijl de SPF zekerheden verschaftte, de verkoopopbrengsten van appartementen gingen rechtstreeks naar de achterligger, en er was nog wel het een en ander niet in orde.

Gaat een rechtspersoon failliet dan is elke (statutaire) bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort van de failliete boedel, indien er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze hoofdregel is op een stichting van toepassing wanneer daaraan (gedurende een tijdvak van drie jaren voorafgaande aan het faillissement) een onderneming in de zin van de *Handelsregisterverordening* toebehoorde, waarbij dan alleen onbehoorlijk bestuur gedurende dat tijdvak in aanmerking wordt genomen.

Volgens het trustkantoor was aan de SPF geen onderneming verbonden en kon het trustkantoor dus niet uit hoofde van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid worden aangesproken. Het Hof oordeelde dat, gezien de activiteiten van de SPF, feitelijk sprake was van het voeren van een onderneming door de SPF. De hoofdregel, namelijk dat bestuurders aansprakelijk zijn bij faillissement ingeval van onbehoorlijk bestuur, is dan ook van toepassing.

Het trustkantoor had ook betoogd dat een derde (de principaal / *ultimate beneficiary*) feitelijk het bestuur over de SPF voerde en dus als medebeleidsbepaler aansprakelijk diende te worden gehouden. Het Hof overweegt dat als er een dergelijke quasi-bestuurder is, dit de formele bestuurder niet van haar eigen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid ontslaat. Met andere woorden: de formele bestuurder kan zich niet disculperen met de stelling dat feitelijk (materieel) iemand anders het bestuur voerde. Het Hof voegt daaraan toe dat ook niet is gebleken dat het trustkantoor maatregelen heeft genomen om de gevolgen van het handelen van die quasi-bestuurder af te wenden.

Het trustkantoor had ook betoogd dat voor trustbestuurders andere normen wat betreft aansprakelijkheid gelden. Het Hof overweegt dat artikel 2:16 BW ziet op bestuurdersaansprakelijkheid van bestuurders van een rechtspersoon ingeval van faillissement. Volgens het Hof kent genoemd wetsartikel geen aparte toetsingsnorm voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van bestuurders van een SPF (een rechtspersoon). Volgens het Hof is het uitgangspunt dan ook dat het trustkantoor wordt aangemerkt als een bestuurder van een SPF die zich bezig heeft gehouden met het voeren van een onderneming.

Het Hof overweegt, in navolging van het Gerecht, dat het trustkantoor een volwaardige bestuurder is, met alle daarbij horende taken en verantwoordelijkheden. Aan een trustbestuurder worden dan ook dezelfde eisen gesteld als aan een 'gewone' bestuurder. De stelling van het trustkantoor dat het handelt in overeenstemming met de instructies van de opdrachtgever / principaal (de *ultimate beneficiary*) doet daar volgens het Hof niets aan af.

15

In de zaak van Windward Roads BV tegen Rudolph Richard Neuss is door het Gemeenschappelijk Hof op 9 oktober 2015 vonnis gewezen (Ghis 71394 – AR 06/13 – H 414/14). In het kort komt de zaak er op neer dat Windward Roads een vordering had op Point Esprit Development NV, waarvan Neuss bestuurder was. Toen de vordering, na aanvankelijk te zijn afgewezen, eenmaal in rechte was toegewezen, bleek Point Esprit geen geld meer te hebben. Windward Roads stelde daarop een vordering tegen Neuss in. Hem werd onder andere verweten de bankrekening, waarop aanvankelijk beslag lag, na opheffing van het beslag te hebben leeggehaald. Het verweer van Neuss dat hij de gelden heeft gebruikt om crediteuren van Point



Esprit te voldoen, en dat bovendien op een moment dat de vordering van Windward Roads was afgewezen, werd in eerste aanleg en in hoger beroep gehonoreerd.

Het Hof besteedt bijna twee bladzijden aan een weergave van de arresten van de Hoge Raad over bestuurdersaansprakelijkheid (al is het door het Hof als eerste genoemde arrest niet van 5 september 2015, maar van 2014). Daaruit moet worden afgeleid dat het Hof die naar Nederlands recht gewezen arresten ook leidend acht wat betreft het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid in Curaçao. En dat geldt dan uiteraard ook voor Aruba, St. Maarten en de BES-eilanden.

Ten slotte, wat dit onderwerp betreft, nog enkele algemene overwegingen waarvan het handig is die te kennen. Deze zijn terug te vinden in (onder andere) het arrest van Hof Arnhem van 27 oktober 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:8114).

*“Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Zie HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015, 22, RCI Financial Services/K. Het ligt daarbij op de weg van de benadeelde om te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat de bestuurder persoonlijk jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld (HR 8 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2812, NJ 1999, 318, r.o. 3.6 en volgende).”*

16

In artikel 2:3 lid 2 BW is vastgelegd dat leden, aandeelhouders en anderen die krachtens de wet of de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken, niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de rechtspersoon, voor zover uit de wet niet het tegendeel voortvloeit. Hiermee is een belangrijk kenmerk van de rechtspersoonlijkheid gegeven: beperkte aansprakelijkheid voor degenen die bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken. Deze wettelijk verschaft bescherming tegen aansprakelijkheid is echter niet onbeperkt. We zagen reeds dat een bestuurder of commissaris persoonlijk aansprakelijk kan zijn in geval van een ernstig tekortschietende taakvervulling. Hier is sprake van een uitzondering gebaseerd op een wettelijke bepaling in Boek 2 BW. Het is een variant van wat wel ‘doorbraak van aansprakelijkheid’ wordt genoemd. Er zijn ook andere gevallen waarbij iemand anders dan de rechtspersoon zelf of naast de rechtspersoon aansprakelijk kan zijn. In dat verband wordt doorgaans gesproken over relativering van de rechtspersoonlijkheid of het negeren van de rechtspersoonlijkheid (‘piercing the corporate veil’). De betrokken entiteit behoudt zijn rechtspersoonlijkheid, maar die wordt in een concreet geval even terzijde gesteld, genegeerd: de bescherming die de rechtspersoonlijkheid beoogt te bieden wordt in dat geval niet gegeven.

17

In de literatuur vinden we allerlei varianten van aansprakelijkheid die dan worden aangeduid als directe aansprakelijkheid, dus op grond van de wet, of indirecte, oneigenlijke of quasi-doorbraak van aansprakelijkheid, waarbij het gaat om de eigen onrechtmatige daad van (veelal) een bestuurder. Het gebruik van deze termen is niet altijd even verhelderend. Uitgaande van de NV



en BV en artikel 6:162 BW inzake de onrechtmatige daad, noem ik hier aan de dissertatie van Kemp<sup>5</sup> ontleende – en enigszins aangepaste - voorbeelden van vijf situaties waarin aandeelhoudersaansprakelijkheid aan de orde komt. Dat wil niet zeggen dat deze voorbeelden tot aandeelhouders en vennootschappen beperkt zijn: ook bij andere rechtspersonen kan bijvoorbeeld de schijn van kredietwaardigheid zijn gewekt. Hier volgen de voorbeelden, die deels al in het rechtspraakoverzicht werden genoemd:

1. De aandeelhouder wekt bij derden de verwachting dat de vennootschap kredietwaardig is, als gevolg waarvan die derden zaken met de vennootschap (blijven) doen (Albada Jelgersma II).
2. Er is sprake van een hechte concernstructuur tussen de aandeelhouder en de vennootschap als gevolg waarvan de aandeelhouder ‘ingrijpmacht’ heeft, waarbij de aandeelhouder zich bovendien intensief bemoeit met het beleid van de (dochter)vennootschap (Albada Jelgersma II).
3. De voor de vennootschap noodzakelijke financiering wordt stopgezet door de aandeelhouder dan wel de aandeelhouder is debet aan de stopzetting.
4. De aandeelhouder verbetert op onrechtmatige wijze zijn eigen positie ten opzichte van de andere crediteuren van de vennootschap (Osby).
5. De aandeelhouder onttrekt op onrechtmatige wijze vermogen aan de vennootschap, terwijl er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de vennootschap financieel in de problemen komt (Nimox).

18

Bij misbruik van rechtspersoonlijkheid kan door de rechtspersoon worden heengekeken. Misbruik van identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen is in de regel aan te merken als een onrechtmatige daad. De schadevergoedingsverplichting terzake rust zowel op de zeggenschapshouder als op de rechtspersoon zelf. Daarnaast is het in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk om met succes vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen aan een vordering ten grondslag te leggen. In zijn algemeenheid geldt echter dat van vereenzelviging bepaald niet gauw sprake zal zijn. Bij fiscale aansprakelijkheden en niet-vermogensrechtelijke geschillen zal wellicht iets ruimhartiger over de toepassing van het leerstuk vereenzelviging kunnen worden gedacht. Volgens Mohr is vereenzelviging in het kader van vermogensrechtelijke verhoudingen uit den boze en kan ‘buitenwettelijke’ vereenzelviging nooit (los van onrechtmatigheid) een zelfstandige grondslag vormen voor aansprakelijkheid van de één voor de schulden van (of aan) een ander.

Bij vereenzelviging worden twee of meer rechtspersonen als één rechtseenheid aangemerkt, in die zin, dat zij in gelijke mate (hoofdelijk) zijn verbonden voor dezelfde handelingen en verbintenissen. Overigens is ook denkbaar dat een natuurlijke persoon met een rechtspersoon wordt vereenzelvigd. Voor de toewijzing van een op dit leerstuk gebaseerde vordering moet in de eerste plaats aan alle elementen van een onrechtmatige daad zijn voldaan. Bovendien moet het in de gegeven omstandigheden de meest aangewezen vorm van redres zijn. Daarvan zal slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn.

De Hoge Raad (HR 13 oktober 2000, JOR 2000, 238, m.nt. De Witt Wijnen (Rainbow/Ontvanger) overwoog in 2000 dat ‘*door degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan worden gemaakt van het*

---

<sup>5</sup> B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2015, nr. 7.6.

*identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, en dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Het maken van zodanig misbruik zal in de regel moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf. De omstandigheden van het geval kunnen evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is.’*

De achterliggende gedachte is dat het bij het leerstuk onrechtmatige daad gaat om vergoeding van schade en dat die schade niet noodzakelijk gelijk is aan de vordering waarvan werd getracht het verhaal te verijdelen. Vereenzelviging leidt tot een medeaansprakelijkheid van de aangesproken (rechts)personen voor de volle omvang van de vordering van de crediteur op de oorspronkelijke debiteur. Bij vereenzelviging worden handelingen van de één volledig toegerekend aan de ander, terwijl het bij het leerstuk onrechtmatige daad ten aanzien van ieder van de betrokken partijen gaat om de vraag of zij onrechtmatig hebben gehandeld en in welke mate zij tot vergoeding van schade verplicht zijn. Anders gezegd: bij het leerstuk onrechtmatige daad spelen bijvoorbeeld de artikelen 6:98 BW (toerekening schade), 6:100 BW (voordeelstoerekening) en 6:101 BW (verdeling schade over meerdere daders) wel een rol en bij het leerstuk vereenzelviging niet.

Eerder<sup>6</sup> heb ik aangegeven dat toepassing van het leerstuk vereenzelviging het merkwaardige resultaat tot gevolg zou kunnen hebben dat een crediteur over meer verhaalsmogelijkheden komt te beschikken dan hij gehad zou hebben wanneer geen misbruik van identiteitsverschil zou hebben plaatsgevonden. Dit kan eenvoudig worden geïllustreerd: X heeft een vordering op vennootschap A. Vennootschap A is insolvent en zou 50% van de vordering van X kunnen voldoen. De enig aandeelhouder en directeur van A is ook enig aandeelhouder en bestuurder van vennootschap B, een goed draaiende en ruim solvabele vennootschap. Door A wordt haar onderneming voor 1 gulden aan B verkocht. Het verhaal van de vordering van X wordt daardoor gefrustreerd. In een tegen B aangespannen procedure beroept X zich op vereenzelviging en op een onrechtmatige daad. Wordt het beroep op vereenzelviging gehonoreerd dan moet B de vordering van X ten volle betalen. Wordt het beroep op onrechtmatige daad gehonoreerd dan zal door B aan X alleen dat deel van zijn vordering worden voldaan, waartoe A voor het plegen van de onrechtmatige daad in staat was. Ik gaf toen aan dat een zo verstrekkende aansprakelijkheid als vereenzelviging meebrengt een wettelijke basis behoeft en dat die er niet is.

19

De rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen draagt een sterk casuïstisch karakter. Daarom wordt hierna gepoogd een toetsingskader in bredere zin te schetsen. Er wordt uitgegaan van bestuursbesluiten die de rechter toetst in het kader van de vraag of een bestuurder van een rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk is. Bovendien draagt dit toetsingskader een algemeen karakter, waarbij aanvullingen en nuanceringen mogelijk zijn.

---

<sup>6</sup> Noot bij Gerecht in Eerste Aanleg St. Maarten 8 februari 2011, *Cjb* 2 (2011), p. 116-125 inzake *Workers Institute/Simpson Bay Resort*.

De rechter zal zoveel mogelijk willen vermijden op de stoel van het bestuur te gaan zitten als hem een besluit ter toetsing wordt voorgelegd. Een rechter is geen bestuurder met de kennis en ervaring van degenen die het besluit hebben genomen, en hij kan zich onmogelijk verplaatsen in de positie van de bestuurders op het moment dat zij het gewraakte besluit namen. In de literatuur is vanwege dat feit een discussie ontstaan over de vraag of de rechter een besluit slechts marginaal dan wel ten volle mag toetsen. Het gemaakte onderscheid is echter kunstmatig.

De toetsing zal in de eerste plaats betrekking hebben op het besluitvormingsproces. Een doorgaans eenvoudig te toetsen element daarvan is of alle procedurele regels in acht zijn genomen. Is sprake van een schending van één of meer regels dan ligt de vraag voor welke gevolgen die schending met zich behoort te brengen. Los van de vraag of de procedurele regels door het bestuur goed zijn toegepast, zal in ieder geval ook meer materieel een rol spelen of naast de bestuurders ook de overige betrokkenen (in het bijzonder degenen voor wie het besluit gevolgen heeft) zodanig tijdig en adequaat van het voorgenomen besluit op de hoogte zijn gesteld, dat zij geacht kunnen worden voldoende invloed op de besluitvorming te hebben kunnen uitoefenen. Dat laatste uiteraard alleen voor zover zij dat recht expliciet hebben dan wel het naar eisen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn hen niet in het besluitvormingsproces te betrekken.

Een ander element is of het bestuur zichtbaar en beredeneerd tot een afweging is gekomen, met name in het geval dat de evidentie van het nemen van het besluit niet aanstonds blijkt. Bij een afweging speelt bijvoorbeeld een rol de noodzaak van het besluit, wat voor en tegen het besluit pleit, welke alternatieven er voorhanden waren en of de (op dat moment kenbare) belangen van de betrokkenen voldoende in de afweging zijn betrokken. De toetsing kan in zoverre marginaal worden genoemd, dat het er niet om gaat of onder de gegeven omstandigheden het (naar het inzicht van de rechter) beste besluit is genomen, maar of een redelijk handelend en redelijk bekwaam bestuurder (de ‘prudente maatman-bestuurder’) dit besluit had kunnen nemen. Het is bovendien goed mogelijk dat een bestuurder die zich irrationeel heeft gedragen desondanks een besluit heeft genomen dat deze redelijkheidstoets kan doorstaan. De ‘rationaliteit’ van het besluit wordt primair getoetst, terwijl de (ir)rationaliteit van de bestuurder aan de orde komt bij de vraag of hem (persoonlijk) een ernstig verwijt kan worden gemaakt of hem kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten.

Door een bestuur worden niet zelden talloze besluiten genomen. Besluiten van verschillende soort en verschillend gewicht. Naarmate de importantie van een besluit groter is kunnen aan de besluitvorming hogere eisen worden gesteld. Vanuit een oogpunt van (potentiële) bestuurdersaansprakelijkheid zijn de meer belangrijke besluiten uiteraard het meest interessant. Aan dat soort besluiten kan de eis worden gesteld dat die op ‘*fully informed basis*’ behoren te worden genomen, in het bijzonder wanneer de gevolgen van deze besluiten negatief of zelfs dramatisch blijken te zijn. Bij dit alles zal echter ook een rol kunnen spelen onder welke druk de besluitvorming tot stand is gekomen.

## Onderdeel II – Recht van enquête

20

Tot de invoering van Boek 2 BW op 1 maart 2004 bestond het recht van enquête in de Nederlandse Antillen. Dat recht was geregeld in de artikelen 132 e.v. Wetboek van Koophandel en zag op de NV. Voor de BV (ingevoerd op 1 januari 2000) gold die regeling niet. Er zaten nog enkele andere nadelen aan die regeling, waaronder: (i) van het recht van enquête kon alleen gebruik worden gemaakt in geval van toonderaandelen en niet bij aandelen op naam, tenzij de statuten anders mochten bepalen en (ii) in de wet waren geen expliciete sancties opgenomen die de rechter zou kunnen toepassen wanneer de uitkomst van het onderzoek daartoe aanleiding zou hebben gegeven. Het Antilliaanse enquêterecht werd om die reden dan ook wel tandoel genoemd.

Met de invoering van Boek 2 BW in de Nederlandse Antillen verdween het recht van enquête, op één kleine uitzondering na, namelijk de mini-enquête inzake de stichting en de Stichting Particulier Fonds (SPF). Deze regeling geldt op dit moment. Juist bij een stichting kan behoefte bestaan, aldus de MvT, aan een door de rechter bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken en dit los van de vraag of de stichting commerciële of niet-commerciële doeleinden heeft. Bij een gewone stichting is iedere belanghebbende, evenals het openbaar ministerie, bevoegd om zich tot de rechter te wenden en om een onderzoek te verzoeken, zowel wanneer aan het verzoek om inlichtingen niet of niet behoorlijk wordt voldaan, als wanneer er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen. Bij de SPF is alleen het openbaar ministerie daartoe bevoegd.

De wens tot invoering van een meer omvattend enquêterecht leeft hier al lang, met name natuurlijk in de advocatuur. Het volwaardige enquêterecht is in Curaçao per 1 januari 2012 en in St. Maarten per 1 april 2014 ingevoerd.

21

Uit de rechtspraak en literatuur zijn de volgende doeleinden van een enquêteprocedure af te leiden:<sup>7</sup>

- a. sanering;
- b. het herstel van gezonde verhoudingen;
- c. het verkrijgen van opening van zaken;
- d. de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk wanbeleid;
- e. de bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid;<sup>8</sup> en
- f. de bescherming van aandeelhouders of certificaathouders tegen onjuist beleid dat hun (rechts)positie zodanig ondermijnt dat een door hen ongewild verlies van hun aandeelhouderschap daarvan het gevolg is.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Vgl. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 728 en G. van Solinge, 'Van wanbeleid naar aansprakelijkheid', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 489-519.

<sup>8</sup> HR 11 april 2014, *JOR* 2014, 259 m.nt. Olden inzake *Slotervaartziekenhuis*.

<sup>9</sup> HR 4 november 2016, *JOR* 2017, 1 m.nt. Spruitenburg inzake *Staat der Nederlanden/VEB e.a.*. De door de Hoge Raad genoemde bescherming kan mijns inziens een bredere strekking hebben dan het geval waarin sprake is van ongewild verlies van aandeelhouderschap.

Gaat het om sanering of het herstel van gezonde verhoudingen dan wordt wel over een *curatieve enquête* gesproken (sub a. en b.), bij het verkrijgen van opening van zaken en het vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid ligt over een *inquisitoire enquête* (sub c. en d.) en wanneer het gaat om het belang van de procespartijen over een *antagonistische enquête* (sub e. en f.).<sup>10</sup> Van het bestaan van de enquêteprocedure en met name ook de wijze waarop dat instrument in de praktijk wordt toegepast, kan – zeker waar het betreft de betrokken partijen in een concrete zaak – een zekere preventieve werking uitgaan.

Uitgangspunt van Boek 2 BW is dat aan bestuurders van een rechtspersoon een zekere mate van beleidsvrijheid toekomt. In het kader van het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid komt dat uitgangspunt tot uitdrukking in het feit dat daarvan pas sprake is ingeval van een ‘ernstig persoonlijk verwijt’. Een investering die jammerlijk is mislukt en de rechtspersoon schade heeft berokkend, leidt dus niet automatisch tot aansprakelijkheid van de bestuurders die tot die investering hebben besloten. Voor het enquêterecht geldt dezelfde benadering. Het moet goed fout zijn gegaan of dreigen te gaan, alvorens door middel van het enquêterecht kan worden ingegrepen.

Van ‘wanbeleid’ in het kader van het enquêterecht is sprake bij een zodanig ernstige schending van de vennootschapsrechtelijke normen, dat er strijd is met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.<sup>11</sup> Het moet dus gaan om zeer ernstig tekortschietend beleid.

Het beslechten of onderzoeken van de achtergronden van geschillen van uitsluitend vermogensrechtelijke aard behoort niet tot de doeleinden van het enquêterecht.<sup>12</sup> Het enquêterecht kan dus niet worden gebruikt om uitsluitend informatie te vergaren waarvan wordt gehoopt dat die kan dienen ter schraging van een vordering tot schadevergoeding. Dat ligt dan weer anders als het enquêteverzoek ook de positie van de rechtspersoon en het functioneren van zijn organen raakt, en daarvan zal toch al gauw sprake kunnen zijn. De uitoefening van een optie op preferente beschermingsaandelen door een Stichting Continuïteit kan evenmin worden getoetst in een enquêteprocedure.<sup>13</sup>

Wat het enquêterecht voor (cliënten van) advocaten zo interessant maakt is de mogelijkheid onderzoek te laten verrichten (je zou kunnen zeggen: een vergaande vorm van ‘*discovery*’) in combinatie met de mogelijkheid van voorlopige (en uiteindelijk ook definitieve) voorzieningen. Voorzieningen die diep kunnen ingrijpen in de verhoudingen binnen een rechtspersoon. Natuurlijk kunnen ook in kort geding voorlopige voorzieningen worden gevraagd, maar juist omdat in het enquêterecht onderzoek, voorlopige voorzieningen en ‘definitieve’ voorzieningen in samenhang met elkaar aan de orde komen, is het een meer effectief en dus in veel gevallen boven het kort geding te prefereren instrument.

22

Voordat we aan de meer droge kant van het verhaal beginnen, aan wat voor soort geschillen moeten we denken als het gaat om de toepassing van het enquêterecht? Een paar willekeurige voorbeelden ter illustratie,<sup>14</sup> waarbij ik nog even in het midden laat of en door wie een enquêteverzoek kan worden ingediend:

<sup>10</sup> Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II (2009), nr. 729.

<sup>11</sup> Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 790.

<sup>12</sup> HR 18 november 2005, *JOR* 2005, 295 inzake *Unilever*.

<sup>13</sup> HR 9 juli 2010, *JOR* 2010, 228 inzake *ASMI*.

<sup>14</sup> B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, diss. 2007, p. 413-416.

- U bent minderheidsaandeelhouder in een NV en de meerderheid in de algemene vergadering benoemt iemand tot enig bestuurder die volstrekt niet geëquipeerd is om deze functie behoorlijk uit te oefenen.
- Als aandeelhouder constateert u dat de bestuurder privétransacties verricht met de vennootschap, waarover hij geen uitleg (aan de algemene vergadering)<sup>15</sup> wil geven en die mogelijk ook nog eens ten detrimente van de rechtspersoon zijn.
- De rechtspersoon voert een ondeugdelijke administratie.
- U bent bestuurder van een BV en de Raad van Commissarissen weigert stelselmatig goedkeuring te geven voor de rechtshandelingen die u wilt aangaan en waarvoor u toestemming van deze Raad nodig hebt.
- Als minderheidsaandeelhouder krijgt u al jaren geen of zeer weinig dividend uitgekeerd, omdat de meerderheidsaandeelhouder u niet mag, terwijl de vermogenspositie van de vennootschap een hogere uitkering makkelijk toelaat.
- Het bestuur van de rechtspersoon neemt te grote financiële risico's en zet daarmee de continuïteit op het spel.
- De voorzitter van de Raad van Commissarissen heeft een nogal actieve taakopvatting en is alle werkdagen aanwezig in het kantoor van de vennootschap of de commerciële vereniging, vraagt continu stukken op en bemoeit zich intensief met de dagelijkse gang van zaken, waardoor u als bestuurder niet normaal kunt functioneren.
- Door allerlei ruzies bestaat er een *deadlock*-situatie in een orgaan van de rechtspersoon (een tweespalt waardoor de rechtspersoon vleugellam wordt gelegd).<sup>16</sup>

23

We zullen de hoofdlijnen van de regeling bespreken. Waar hierna over “BW” wordt gesproken wordt Boek 2 BW van Curaçao en St. Maarten bedoeld. Waar over “Ned-BW” wordt gesproken, wordt het geldende Boek 2 BW van Nederland bedoeld.

Het recht van enquête is van toepassing op en beperkt tot de volgende in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen (art. 2:270 BW):

- (Commerciële) stichting
- Stichting Particulier Fonds (SPF)<sup>17</sup>
- (Commerciële) vereniging
- Coöperatie
- Onderlinge waarborgmaatschappij
- Naamloze vennootschap
- Besloten vennootschap

<sup>15</sup> HR 9 juli 2010, *JOR* 2010, 228 inzake *ASMI*. De Hoge Raad wijst er op dat de wet bepaalt dat het bestuur en de RvC gehouden zijn, behoudens zwaarwichtige redenen, om aan de algemene vergadering alle verlangde inlichtingen te verschaffen. De Hoge Raad overweegt voorts dat iedere aandeelhouder ter vergadering zelfstandig het recht heeft om vragen te stellen – ongeacht of deze betrekking hebben op punten die op de agenda zijn vermeld – en dat de vennootschap die vragen dient te beantwoorden.

<sup>16</sup> B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, diss. 2007, p. 425.

<sup>17</sup> Een SPF mag uitkeringen doen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen en aan anderen (art. 2:50 lid 4 BW). Het doel van een SPF mag niet inhouden het uitoefenen van een bedrijf (art. 2:50 lid 6 BW).



De SPF wordt niet ingevoerd in Aruba en Suriname, terwijl ook de BV niet zal worden ingevoerd in Aruba en Suriname. Op 1 januari 2009 is in Aruba de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (VBA) geïntroduceerd. Die zal in aangepaste vorm in het Arubaanse Boek 2 BW worden geïncorporeerd en dan sterk lijken op de flexibele BV, zoals wij die ook op Curaçao kennen.

Een enquête kan niet tegen (het filiaal alhier van) een buitenlandse rechtspersoon worden ingesteld. Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden zijn in dit verband ten opzichte van elkaar als buitenland aan te merken. Voor Suriname, dat geen onderdeel van het Koninkrijk uitmaakt, spreekt dat uiteraard voor zich. In Curaçao kan dus niet (met succes) een enquêteverzoek worden ingediend tegen een NV of BV die is gevestigd op Sint Maarten of Bonaire (of een VBA op Aruba), ook niet als die NV of BV (of VBA) een filiaal (bijkantoor) op Curaçao heeft.

24

Bevoegde rechter: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (art. 2:271 BW). Ondanks de staatkundige herziening is er nog steeds één Gemeenschappelijk Hof. Er is géén bijzondere kamer gelijk aan de ondernemingskamer (Hof Amsterdam) in het leven geroepen. Het Hof zal er ongetwijfeld voor zorgen dat er op termijn een aantal in het enquêterecht geverseerde rechters is, zodat de voor dit soort procedures noodzakelijke ervaring en expertise aanwezig is en behouden blijft. Verstekverlening en hoger beroep zijn niet mogelijk, beroep in cassatie wel. De rechtspersoon zelf is in alle gevallen bevoegd beroep in cassatie in te stellen (art. 2:286 BW).

Het Hof kan een of meer onderzoekers benoemen met de opdracht een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij de rechtspersoon, hetzij in de gehele omvang daarvan, hetzij met betrekking tot een bepaald gedeelte of gedurende een bepaald tijdvak (art. 2:271 lid 1 BW). Een punt van aandacht is of er in de diverse jurisdicties wel voldoende deskundige en onafhankelijke onderzoekers beschikbaar zullen zijn, zeker wanneer van de enquêteprocedure frequent gebruik zal worden gemaakt.

Desgevraagd kan het Hof bepalen dat het onderzoek zich mede uitstrekt tot het beleid en de gang van zaken bij een nauw verbonden rechtspersoon, mits deze als belanghebbende is opgeroepen (art. 2:271 lid 2 BW). Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan: (i) dochtermaatschappijen en groepsmaatschappijen (al dan niet in het buitenland); (ii) een stichting die houdster is van alle aandelen van een NV of BV (bijvoorbeeld een stichting administratiekantoor) en (iii) een NV of BV die optreedt als beherend vennoot van een uit rechtspersonen bestaande contractuele vennootschap (bijvoorbeeld een vennootschap onder firma).

Het zal van de feitelijke omstandigheden en het internationale recht afhangen of en in hoeverre buitenlandse rechtspersonen in het onderzoek kunnen worden betrokken. Binnen het Koninkrijk zal dat doorgaans geen probleem zijn: zie OK 18 augustus 2005, JOR 2005, 271 inzake Huijzer Holding vs Dubbelhuis en De Olde Molen en HR 13 mei 2005, JOR 2005, 147 inzake Aannemingsmaatschappij Zeelandia Curaçao.

Bevoegd tot indienen enquêteverzoek (art. 2:272 BW):

- Commerciële stichting: iedere belanghebbende  
Een stichting is commercieel als daaraan een onderneming in de zin van de Handelsregisterverordening is verbonden.<sup>18</sup> Voor wat betreft de bevoegdheid in het kader van het recht van enquête is voldoende dat in de periode van drie jaar voorafgaande aan de indiening van het verzoek “*op enig tijdstip*” een onderneming aan de stichting heeft toebehoord.
- OWM/Coop/Commerciële vereniging: minimaal 10% van de leden  
De onderlinge waarborgmaatschappij en de coöperatie zijn per definitie commerciële verenigingen. Voor de overige verenigingen geldt dat die als commercieel worden aangemerkt als daaraan een onderneming in de zin van de Handelsregisterverordening is verbonden. Ook hier geldt voor wat betreft de bevoegdheid in het kader van het recht van enquête dat het voldoende is dat in de periode van drie jaar voorafgaande aan de indiening van het verzoek “*op enig tijdstip*” een onderneming aan de vereniging heeft toebehoord.
- De niet-commerciële vereniging of stichting: het openbaar ministerie, de curator en degenen aan wie dit recht is toegekend  
Dit volgt m.i. uit de letterlijke tekst van de wet. Zie artikel 2:272 lid 2 BW, waarover later meer (zie overigens ook artikel 2:54 e.v. BW voor interventiemogelijkheden voor het openbaar ministerie).
- NV/BV: aandeelhouders die (alleen of tezamen) minimaal 10% van het eigen vermogen vertegenwoordigen of minimaal 10% van het aantal stemmen ten aanzien van alle onderwerpen kunnen uitbrengen  
De omvang van het eigen vermogen moet worden vastgesteld aan de hand van de verslaggevingsregels die op de jaarrekening van toepassing zijn (US GAAP, Dutch GAAP, IFRS). Het gaat bij het begrip ‘eigen vermogen’ in Boek 2 BW immers om het bedrijfseconomische eigen vermogen zoals dat uit de jaarrekening blijkt. Denk er in dat verband aan dat bijvoorbeeld bepaalde preferente aandelen onder het ene stelsel als 'eigen vermogen' gelden (GAAP) en onder het andere stelsel als 'vreemd vermogen' (IFRS). In dat laatste geval tellen deze aandelen dus niet mee bij het bepalen of de grens van 10% wordt gehaald.

In de MvT van het ontwerp staat inzake de minimumgrens van 10% van het eigen vermogen: “*In gevallen waarin alle aandelen een nominale waarde hebben komt dit op het zelfde neer als een berekening die uitgaat van het geplaatste kapitaal*”. Met dit laatste wordt naar de Nederlandse situatie verwezen. Dat zal meestal ook zo zijn, maar men zij bedacht op het bijzondere geval dat ik net noemde, namelijk dat sommige preferente aandelen (met een nominale waarde) onder de IFRS als vreemd vermogen worden aangemerkt.

---

<sup>18</sup> De Kamer van Koophandel Curaçao is van oordeel dat er sprake is van een onderneming indien er sprake is van een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van één of meer personen, waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen, ten behoeve van derden diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen. Er is niet sprake van een onderneming indien er, naar het oordeel van de Kamer, onvoldoende omvang en regelmaat van activiteiten is. Ik hanteer doorgaans deze omschrijving: een onderneming is een organisatie van mensen en (kapitaal)middelen, die duurzaam aan het economisch verkeer deelneemt en een winstooitmerk heeft.

Wanneer sprake is van één soort aandelen (waaraan dus gelijke rechten zijn verbonden), is het natuurlijk eenvoudig vast te stellen of aan de grens van 10% van het eigen vermogen is voldaan. Als sprake is van meerdere soorten aandelen – bijvoorbeeld naast gewone aandelen ook gelijksoortige aandelen met als extraatje bijzondere zeggenschapsrechten (prioriteitsaandelen) – dan zal dat in de praktijk ook geen probleem opleveren, omdat die in alle gevallen eigen vermogen vertegenwoordigen. Zijn er alleen gewone aandelen, maar met verschillende nominale waarden, dan is het ‘aandeel’ (in de zin van percentage) van elk afzonderlijk aandeel in het eigen vermogen simpel uit te rekenen.

Naast het voldoen aan de eigen vermogensgrens van 10%, kan de bevoegdheid tot indiening van een enquêteverzoek ook worden ontleend aan de zeggenschapsgrens van 10%. Het gaat daarbij om aandelen zonder enige beperking wat betreft zeggenschap. Houders van (alleen) stemrechtloze aandelen, of van aandelen waaraan alleen zeggenschap ten aanzien van bepaalde onderwerpen is verbonden, kunnen een dergelijk verzoek dus niet indienen. Datzelfde geldt voor pandhouders en vruchtgebruikers aan wie stemrecht is toegekend, omdat zij geen aandeelhouder zijn.

- Openbaar ministerie al dan niet op verzoek van een belanghebbende op dringende gronden

Het openbaar ministerie (OM) is bevoegd tot indiening van een verzoek om redenen van openbaar belang. Het OM zal daartoe, zo verwacht ik, niet snel overgaan. Voor wat betreft overheidsvennootschappen zou het OM niet te terughoudend moeten zijn, op voorwaarde dat het OM zich ervan bewust is dat het enquêterecht kan worden gebruikt of misbruikt voor politieke doeleinden. Een door het OM in te dienen verzoek moet op objectieve gronden te rechtvaardigen zijn, hetgeen uiteraard door het Hof wordt getoetst, omdat een verzoek slechts wordt toegewezen wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (art. 2:274 lid 1 BW).

Het OM kan, ter voorbereiding op een enquêteverzoek, een of meer deskundige personen belasten met het inwinnen van inlichtingen over het beleid en de gang van zaken bij de rechtspersoon. De rechtspersoon is verplicht die inlichtingen te verschaffen en desgevraagd ook inzage in zijn boeken, bescheiden en andere gegevensdragers te geven aan die deskundigen (art. 2:272 lid 3 BW).

- De curator in geval van faillissement van de rechtspersoon

De curator heeft op grond van het *Faillissementsbesluit 1931* reeds ruime bevoegdheden tot het (doen) verrichten van onderzoek. Hij kan echter behoefte hebben aan onderzoek dat door ter zake meer deskundige personen wordt verricht alsmede aan de mogelijkheid om via de regeling van het enquêterecht bepaalde voorzieningen te laten treffen, in het bijzonder de vernietiging van besluiten (art. 2:283 onder b. BW) of om het onderzoek zich te laten uitstrekken tot met de failliete rechtspersoon nauw verbonden rechtspersonen.

Voor het indienen van een enquêteverzoek behoeft de curator m.i. toestemming van de rechter-commissaris. Dat in artikel 2:272 lid 2 aanhef en onder b. BW is bepaald dat de curator ‘steeds bevoegd’ is, betekent m.i. slechts dat aan de uitoefening van deze bevoegdheid door Boek 2 BW geen nadere eisen worden gesteld. Dit laat echter de bepalingen van het *Faillissementsbesluit 1931* onverlet.

Wanneer de curator een enquêteverzoek instelt blijft het bestuur m.i. bevoegd om namens de rechtspersoon verweer te voeren (vgl. HR 19 mei 1999, NJ 1999, 670 inzake De Haan).

- Degenen aan wie deze bevoegdheid in de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon is gegeven

In Nederland bestaat eenzelfde bepaling (art. 2:346 onder c. Ned-BW). Die bevoegdheid kan niet worden gegeven aan de rechtspersoon die zelf voorwerp van onderzoek zal zijn (HR 1 februari 2002, JOR 2002, 29 inzake De Vries Robbè).

Wellicht dat de mogelijkheid om bij overeenkomst deze bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek aan een derde toe te kennen, uitkomst kan bieden waar het betreft overheidsvennootschappen. Deze vennootschappen kennen in de regel maar één aandeelhouder (de overheid), terwijl het onder omstandigheden wenselijk zou kunnen zijn als ook de gedragingen van de aandeelhouder in een onderzoek zouden kunnen worden betrokken. Zou het dan niet een idee zijn dat het bestuur van een dergelijke vennootschap een overeenkomst als hier bedoeld aangaat met een (al dan niet voor dit doel opgerichte) derde, bijvoorbeeld een Stichting Bewaking Corporate Governance, of met een andere organisatie die als belangenbehartiger optreedt?<sup>19</sup>

Wie worden in de wet niet genoemd?

De rechtspersoon die voorwerp van onderzoek zou moeten worden wordt niet genoemd. In Nederland is met ingang van 1 januari 2013 de rechtspersoon zelf bevoegd een enquêteverzoek in te dienen.<sup>20</sup> In de eerstvolgende herziening van het Curaçaose Boek 2 BW zal deze mogelijkheid eveneens worden opgenomen, behalve in geval de rechtspersoon failliet is, aangezien in dat geval deze bevoegdheid aan de curator toekomt.

De vereniging van werknemers (vakbonden) wordt evenmin genoemd. In Nederland is de bevoegdheid van dergelijke verenigingen geregeld in artikel 2:347 NED-BW. Voor zover hier te lande gevreesd wordt dat verenigingen van werknemers te lichtvaardig naar dit middel zullen grijpen, dient te worden bedacht dat het Hof het enquêteverzoek slechts toewijst wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Indien het Hof het verzoek afwijst en vaststelt dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan, kan de betrokken vakvereniging in diverse kosten worden veroordeeld (art. 2:274 lid 2 BW). Overigens kan aan verenigingen van werknemers contractueel de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek worden toegekend (art. 2:272 lid 2 onder c BW).

De houders van certificaten van aandelen die al dan niet met medewerking van de NV of BV zijn uitgegeven.<sup>21</sup> Het administratiekantoor (doorgaans een stichting) houdt de aandelen in de NV of BV ten titel van beheer (ook wel administratie genoemd). De kapitaalverschaffers zijn de certificaathouders. In de huidige tekst worden zij buitengesloten, omdat ze geen aandeelhouders zijn (en dat is vereist om aan de grens van 10% eigen vermogen of zeggenschap te voldoen).<sup>22</sup> In

<sup>19</sup> Vgl. OK 5 oktober 2005, JOR 2005, 296 inzake *Smit Transformatoren*.

<sup>20</sup> Zie daarover in kritische zin K. Spruitenburg, *De enquêtebevoegdheid van de rechtspersoon*, Ondernemingsrecht 7 (2017), p. 327-336.

<sup>21</sup> De wet bevat geen regeling wat betreft certificaten van aandelen en kent derhalve evenmin het onderscheid tussen wel en niet met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten. Het onderscheid was in het verleden relevant voor de vraag of aan certificaathouders vergaderrechten toekwamen. Die vraag moet thans worden beantwoord aan de hand van de statuten van de vennootschap: hebben de certificaathouders op grond van de statuten wel of geen vergaderrechten (art. 2:129 lid 2 BW).

<sup>22</sup> In Nederland worden de certificaathouders genoemd in artikel 2:346 onder b. Ned-BW. Zie daarover ook HR 10 september 2010, NJ2010, 665 inzake *Butôt* m.nt. Van Schilfgaarde en Perrick.

Nederland is het criterium op basis van de rechtspraak of iemand (voor minimaal 10%) economisch gerechtigde is. Verdedigd zou kunnen worden dat de regeling hier overeenkomstig geïnterpreteerd moet worden.

Blijkens een uitspraak van de Hoge Raad<sup>23</sup> is het hebben van een economisch belang op grond van een trustverhouding onvoldoende om voor toepassing enquêterecht gelijk te worden gesteld met economisch rechthebbende voor wiens rekening en risico de aandelen worden gehouden. In deze zaak had een zekere Bamford een enquêteverzoek ingediend tegen een Nederlandse BV. Bamford is de "primary beneficiary" (ook wel: discretionary object) van een trust naar het recht van Bermuda, welke trust de aandelen houdt in twee vennootschappen die naar Nederlands Antilliaans recht waren opgericht (en gevestigd te Curaçao), en die op hun beurt de aandelen houden in een Nederlandse besloten vennootschap (TESN). De vraag was of Bamford bevoegd is een enquête te verzoeken naar het beleid en de gang van zaken van TESN. Het feit dat Bamford een economisch belang heeft bij TESN is onvoldoende om hem in het kader van het enquêterecht met een aandeelhouder gelijk te stellen. Wat betreft de twee Nederlands Antilliaanse vennootschappen betreft werd overwogen dat ook indien de onderhavige constructie uitsluitend om fiscale redenen is opgezet, de betekenis van die vennootschappen in ieder geval – mede – is dat zij, en niet Bamford of de Trustee, de aandelen in TESN houden alsmede dat de onderscheiden vennootschappen telkens zijn gevestigd in een andere staat. Aan de twee Nederlands Antilliaanse vennootschappen – die niet kunnen worden aangemerkt als administratiekantoren - wordt reële betekenis toegekend en voor de toepassing van het enquêterecht kunnen zij daarom niet worden weggedacht. Van een concernenquête kan overigens ook geen sprake zijn, nu het gaat om twee Nederlands Antilliaanse en geen Nederlandse vennootschappen. Het enquêteverzoek in deze zaak is op 30 juli 2009 ingediend. Inmiddels is per 1 januari 2012 het 'volwaardige' enquêterecht in Curaçao ingevoerd. In voorkomend geval kan men dus ook een enquêteverzoek indienen in Curaçao. Voor dit soort gevallen zal het verzoek worden beoordeeld op basis van dezelfde criteria als die in Nederland worden gehanteerd.

Verder is er nog de categorie van personen die aandeelhouder noch certificaathouder zijn, maar indirect het risicodragend kapitaal van de vennootschap verschaffen.<sup>24</sup> Denk bijvoorbeeld aan de houder van aandelen in een vennootschap (een holding) die aandeelhouder is van de vennootschap die voorwerp van onderzoek zou moeten zijn. De Hoge Raad<sup>25</sup> overwoog in dat verband dat in de rechtspraak niet de rechtsregel is aanvaard dat de positie van een verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft, zonder meer kan worden gelijkgesteld met die van een aandeelhouder of certificaathouder. Een dergelijke gelijkstelling is volgens de rechtspraak slechts mogelijk indien en voor zover op grond van de feiten en omstandigheden van het geval kan worden geoordeeld dat het eigen economisch belang van de verschaffer van risicodragend kapitaal in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, van dien aard is dat het op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of een certificaathouder van die vennootschap. Het enkel hebben van een indirect economisch belang is derhalve onvoldoende. Het Hof dient alle relevante feiten en omstandigheden te betrekken in zijn oordeelsvorming ten aanzien van die mogelijke gelijkstelling.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> HR 8 april 2011, *JOR* 2011, 178 m.nt. Doorman (*Bamford/TESN c.s.*).

<sup>24</sup> Vgl. Ondernemingskamer Hof Amsterdam 9 december 1999, *JOR* 2000, 33 (*Wesel Venture Capital/Sito*) in een geval waarin de verzoeker economisch gerechtigd is tot 25% van de aandelen en met een certificaathouder wordt gelijkgesteld.

<sup>25</sup> HR 11 april 2014, *JOR* 2014, 259 m.nt. Olden (*Slotervaartziekenhuis*).

<sup>26</sup> Zie voor een voorbeeld Ondernemingskamer Hof Amsterdam 19 juli 2016, *JOR* 2016, 272 m.nt. Spruitenburg (*Soops/FEIST*). De tussenholding kan hier worden weggedacht, omdat (i) die uitsluitend participeert in het aandelenkapitaal van FEIST (de vennootschap die voorwerp van onderzoek zou moeten zijn); (ii) tussen de



De Hoge Raad<sup>27</sup> heeft – in een zaak naar Nederlands recht - geoordeeld dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend en dat de daartoe strekkende opsomming in de wet limitatief is. Volgens vaste rechtspraak (zie de vorige alinea's) brengt de strekking van het enquêterecht volgens de Hoge Raad echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van de vraag of de bevoegdheid bestaat een enquêterecht in te dienen, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders. In deze zaak stond de vraag centraal staat of een aandeelhouder in een vennootschap naar het recht van Hong Kong, die op haar beurt de aandelen houdt in een Nederlandse werkmaatschappij (Chinese Workers BV), bevoegd is een enquête te verzoeken naar het beleid en de gang van zaken van deze besloten vennootschap. De ondernemingskamer had vastgesteld dat de aandeelhouders in de vennootschap naar het recht van Hong Kong (Chinnede) dienden te worden aangemerkt als de economisch gerechtigden in Chinese Workers BV. Met dat oordeel heeft de Ondernemingskamer volgens de Hoge Raad tot uitdrukking gebracht dat de partij die het enquêteverzoek had ingediend als verschaffer van risicodragend kapitaal een eigen economisch belang heeft in Chinese Workers BV dat in zoverre kan worden gelijkgesteld met het belang van een aandeelhouder. Dat oordeel getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. De omstandigheid dat de verzoeker niet rechtstreeks aandelen houdt in Chinese Workers BV, maar dat hij door middel van aandelen in Chinnede een economisch belang heeft in Chinese Workers BV, doet daaraan niet af. Ook de omstandigheid dat Chinnede een vennootschap is naar het recht van Hong Kong leidt volgens de Hoge Raad niet tot een ander oordeel, nu de Ondernemingskamer heeft vastgesteld dat de ondernemingsactiviteiten plaatsvinden in Chinese Workers BV.

De gelijkstelling van de indirecte kapitaalverschaffer met een aandeelhouder, of met een certificaathouder, betekent dat de indirecte kapitaalverschaffer een gelijksoortig risico moet lopen als een aandeelhouder of certificaathouder. Uit deze uitspraak blijkt dat de Chinese tussenholding (een vennootschap naar buitenlands recht) kan worden weggedacht. Dat kan omdat, in de kern, de tussenholding geen enkele (ondernemings)activiteit verricht.<sup>28</sup>

Hoe dit alles ook zij, wat mij betreft wordt de wet op dit punt verduidelijkt. Zie ook de bevindingen van de Nederlandse Commissie Vennootschapsrecht, zoals vastgelegd in haar advies van 19 oktober 2010.<sup>29</sup> De Commissie is van oordeel dat alle houders van certificaten van aandelen een economisch belang in het kapitaal van de vennootschap hebben en daarom de mogelijkheid zouden moeten hebben om eventuele misstanden via een enquêteprocedure aan de orde te stellen, mits aan de overige voorwaarden van artikel 2:346 Ned-BW is voldaan (10%

---

aandeelhouders en 'hun' tussenholding is overeengekomen dat de tussenholding geen ander doel heeft dan het participeren in het aandelenkapitaal van FEIST; (iii) de tussenholding geen personeel in dienst heeft en evenmin een eigen beleid voert; (iv) alle ondernemingsactiviteiten door of in opdracht van FEIST worden verricht; en (v) volgens de aandeelhoudersovereenkomst de door de tussenholding van FEIST te ontvangen dividenden rechtstreeks aan de aandeelhouders van de tussenholding in de verhouding van hun aandelenbezit zullen worden betaald.

<sup>27</sup> HR 29 maart 2013, *JOR* 2013, 166 m.nt. Doorman (*Chinese Workers*).

<sup>28</sup> C.D.J. Bulten, *De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 3-7, neemt in dit verband een ontwikkeling waar, waarbij de door partijen gevormde (geconstrueerde) realiteit de vennootschappelijke verhoudingen kan beïnvloeden. De geconstrueerde werkelijkheid bepaalt volgens haar mede de rechtspersoon. Het gebruik van het model van de 'economische' werkelijkheid om enquêtebevoegdheid te creëren, sluit naar haar mening aan bij het doel en de strekking van het enquêterecht. Met haar benadering kan ook wat betreft het enquêterecht in Curaçao worden ingestemd.

<sup>29</sup> Vindplaats: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2010/10/19/voorontwerp-tot-aanpassing-van-het-enqueterecht.html>.



kapitaalseis). Of de certificaten al dan niet met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven (bij ons: of aan de certificaathouders vergaderrechten zijn toegekend), is daarbij niet van belang.

Als die suggestie wordt overgenomen zou tegelijkertijd ook wat betreft pandhouders en vruchtgebruikers een met Nederland vergelijkbare regeling kunnen worden opgenomen (vgl. art. 2:88/188 lid 4 Ned-BW en art. 2:89/189 lid 4 Ned-BW). Die komt dan hier op neer: als zij (ten aanzien van alle onderwerpen) stemrecht hebben en aan de kapitaalseis voldoen (10%), komt hen de bevoegdheid toe een enquêteverzoek in te dienen.

De Commissie Vennootschapsrecht adviseert voorts om in de Nederlandse regeling expliciet te bepalen dat ook de rechtspersoon zelf, vertegenwoordigd door het bestuur of de RvC, een enquêteverzoek kan indienen. Dat maakt het voor de RvC mogelijk om een procedure te starten in het belang van de rechtspersoon, onafhankelijk van de vraag of het bestuur daarmee instemt en onafhankelijk van de vraag of het bestuur een tegenstrijdig belang heeft. Deze adviezen lijken mij ook hier aanbevelenswaardig. Het advies van de Commissie om ook de curator bevoegd te maken hoeft niet te worden overgenomen, want dat is reeds in het ontwerp bepaald.

25

De verzoekers en het OM zijn niet ontvankelijk indien niet blijkt dat zij tevoren schriftelijk hun bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken hebben kenbaar gemaakt aan het bestuur en, zo die er is, de RvC, en sindsdien een zodanige termijn is verlopen dat de rechtspersoon redelijkerwijze de gelegenheid heeft gehad deze bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen (art. 2:273 BW; art. 2:349 lid 1 Ned-BW).<sup>30</sup>

De bepaling is ontleend aan de Nederlandse regeling. Een enquêteverzoek kan dus niet rauwelijks worden ingediend. Ten tijde van het kenbaar maken van de bezwaren hoeft nog niet te zijn voldaan aan bijvoorbeeld de 10%-grens wat betreft het eigen vermogen of de zeggenschapsrechten bij de NV en BV. Net als in Nederland (OK 31 juli 2003, JOR 2003, 255 inzake Citylens en OK 16 november 2005, JOR 2006, 5 inzake Umi Beheer), mag worden aangenomen dat wanneer de bezwaren niet op voorhand kenbaar zijn gemaakt niet-ontvankelijkheid desondanks toch achterwege zal blijven als op voorhand duidelijk is dat de rechtspersoon daaraan toch niet tegemoet kan of zal komen.

Het wettelijke voorschrift is ruim geformuleerd en naar de letterlijke tekst geldt het voorschrift ook voor de curator. Het is echter de vraag of de wetgever ook heeft bedoeld dat de curator eerst zijn bezwaren (aan het bestuur en de RvC als die er is) kenbaar zou moeten maken. Het is immers op voorhand duidelijk dat een rechtspersoon die failliet is verklaard eerder niet dan wel aan de bezwaren tegemoet kan of zal komen. Zeker nu in de praktijk de curator al het nodige aan eigen onderzoek zal hebben gedaan, lijkt het niet nodig hem aan deze formaliteit te houden. Wel kan het zinvol zijn de curator te verplichten de bestuurders en commissarissen op de hoogte te brengen van een door hem ingediend enquêteverzoek.

26

Het Hof behandelt het verzoek met de meeste spoed. Het Hof wijst het verzoek slechts toe wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (art. 2:274 BW). De bevoegdheid van het Hof is van discretionaire aard (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 754). Zie in dat verband het woord 'kan' in artikel 2:271 lid 1 BW. Bij de belangenafweging die het Hof in dat verband moet maken geldt een ruime beoordelingsmarge

---

<sup>30</sup> Het onderzoek zelf kan overigens onder omstandigheden ook betrekking hebben op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de datum van indiening van het verzoek (HR 9 juli 2010, JOR 2010, 228 inzake ASMI).

(HR 26 juni 1996, NJ 1996, 730 inzake Transom). Allerlei belangen kunnen in dat verband een rol spelen, waaronder de belangen van de verzoekers, mogelijke reputatieschade van de rechtspersoon en het ingrijpende karakter van een onderzoek (HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 inzake Unilever).

Wanneer kan er aanleiding zijn om aan een juist beleid te twijfelen? Er moet sprake zijn van feiten die tezamen een behoorlijke kans inhouden (grote mate van waarschijnlijkheid opleveren) dat het beleid bij nader onderzoek onjuist blijkt te zijn (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 753). Enkele voorbeelden:

- Wanneer de rechtspersoon door een patstelling binnen het bestuur of in de algemene vergadering onbestuurbaar is of dreigt te worden. Het enkele feit dat er ruzie is binnen een orgaan of tussen leden van verschillende organen van de rechtspersoon is onvoldoende om een enquête te rechtvaardigen.
- Wanneer wettelijke en/of statutaire regels (al dan niet stelselmatig) niet worden nageleefd (bijvoorbeeld het niet vooraf vragen van de statutair verplichte goedkeuring van de RvC voor het aangaan van bepaalde rechtshandelingen).
- Wanneer sprake is van ontoelaatbare belangenverstremming (waardoor onvoldoende recht is gedaan aan het vennootschappelijk belang en aan bijvoorbeeld het belang van een minderheidsaandeelhouder).
- Wanneer de belangen van werknemers of minderheidsaandeelhouders ernstig of stelselmatig worden genegeerd.
- Bij ernstig verziekte verhoudingen binnen een orgaan of tussen personen die deel uitmaken van verschillende organen, als gevolg waarvan de rechtspersoon schade ondervindt of dreigt te ondervinden.
- Wanneer er ernstige gebreken zijn in de informatieverstrekking aan aandeelhouders, commissarissen of andere belanghebbenden.

Bij afwijzing van het verzoek waarbij het Hof beslist dat het verzoek niet op redelijke gronden is gedaan, geldt het volgende: het Hof *kan* op verzoek van de rechtspersoon aan deze een ten laste van de verzoekers tot enquête komende vergoeding toekennen ter zake van de *directe kosten* waartoe het verzoek tot enquête en de eventueel ingevolge artikel 2:276 BW getroffen voorlopige voorzieningen aanleiding hebben gegeven, voor zover deze kosten voor rekening van de rechtspersoon zijn gekomen (art. 2:274 lid 2 BW). Het woord 'kan' duidt volgens de MvT op een discretionaire bevoegdheid van het Hof. Er wordt voorts gesproken over 'directe kosten' en niet (zoals in de Nederlandse wet) over 'schade'. De kostenvergoeding wordt door het Hof naar redelijkheid en billijkheid begroot. Deze vergoeding laat onverlet dat ingeval de rechtspersoon daarenboven nog schade mocht hebben geleden, bij de burgerlijke rechter een vordering tot vergoeding daarvan kan worden ingesteld.

Van de gang naar de burgerlijke rechter moet de rechtspersoon sowieso gebruik maken wanneer het Hof niet heeft geoordeeld dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan. Die gang naar de burgerlijke rechter geldt ook wanneer het verzoek tot enquête niet-ontvankelijk wordt verklaard.

Als het verzoek wordt toegewezen dan benoemt het Hof een of meer onderzoekers. Het Hof stelt het bedrag vast dat het onderzoek ten hoogste mag kosten, inclusief de vergoeding van de onderzoekers. Op verzoek van de onderzoekers kan het bedrag nadien worden verhoogd.

Het Hof kan bepalen dat de rechtspersoon of de verzoekers tot enquête voor de betaling van het door het Hof vastgestelde bedrag zekerheid moeten stellen (art. 2:274 lid 3 BW). In Nederland kan alleen de rechtspersoon tot het stellen van zekerheid worden verplicht (art. 2:350 lid 3 Ned-

BW). Het ligt niet direct voor de hand om ingeval het OM de verzoeker is, het OM te verplichten tot het stellen van zekerheid. Wanneer de curator de verzoeker is zal het de rechtspersoon zijn (dat wil zeggen de failliete boedel) die tot het stellen van zekerheid kan worden verplicht. De curator dient een enquêteverzoek immers *qualitate qua* in.

Als het Hof tot het stellen van zekerheid besluit, bestaat niet de verplichting om die zekerheid te stellen. De onderzoekers zullen echter niet met hun onderzoek beginnen als geen zekerheid wordt gesteld en als de zekerheid te lang uitblijft kunnen zij het Hof verzoeken om van hun taak te worden ontheven (art. 2:275 lid 2 BW).

Het Hof kan aan de onderzoekers aanwijzingen geven met betrekking tot de wijze waarop het onderzoek dient te worden verricht en de inrichting van het verslag. Het Hof kan de onderzoekers opdragen een poging tot bemiddeling te doen (art. 2:275 lid 1 BW).

27

In iedere stand van een geding, dus ook voordat een onderzoek is bevolen, kan het Hof een aan hem gevraagde voorlopige voorziening treffen (art. 2:276 lid 1 BW). Een voorlopige voorziening kan worden verzocht:

- 1) door een of meer van de verzoekers tot enquête indien het belang van die verzoekers of de rechtspersoon dit eist;
- 2) door de onderzoekers, indien het belang van het onderzoek of van de rechtspersoon dit eist;
- 3) door de rechtspersoon indien diens belang dit eist; en
- 4) door het OM en wel om redenen van openbaar belang, alsmede op de grond dat een belanghebbende op dringende gronden een verzoek daartoe tot het OM heeft gericht (vgl. art. 2:272 lid 2 onder a. BW).

In Nederland kunnen alleen de indieners van het enquêteverzoek om een voorlopige voorziening verzoeken (art. 2:349a lid 2 Ned-BW).

Voorlopige voorzieningen kunnen ingrijpend van aard zijn. Van het Hof mag dan ook de nodige terughoudendheid worden verwacht, hetgeen volgt uit het door de wetgever gebruikte woord 'eist'. Het gaat daarbij in de regel om een afweging van betrokken belangen.

De wet geeft een limitatieve opsomming van mogelijk te treffen voorlopige voorzieningen. Het gaat bij de voorlopige voorzieningen om (art. 2:276 lid 3 BW):

- schorsing van de werking van een besluit van een orgaan van de rechtspersoon, dan wel een bevel om een besluit geheel of ten dele in te trekken, de uitvoering daarvan geheel of ten dele op te schorten of de gevolgen daarvan geheel of ten dele ongedaan te maken;
- schorsing van een of meer bestuurders of commissarissen;
- tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen, met of zonder toekenning van een ten laste van de rechtspersoon komende beloning;
- tijdelijke afwijking van daarbij aangegeven bepalingen van de statuten, een vennootschappelijke overeenkomst als bedoeld in het derde lid van de artikelen 2:127/227 BW of een reglement;
- tijdelijke ontneming van stemrecht;
- tijdelijke overgang van aandelen ten titel van beheer; en
- een tot de rechtspersoon of andere persoon als bedoeld in artikel 2:7 lid 1 BW gericht bevel om bepaalde handelingen te verrichten of na te laten (eventueel op verbeurte van een dwangsom; art. 2:276 lid 6 BW).

De voorlopige voorziening kan gedurende het geding te allen tijde op verzoek van een belanghebbende of de onderzoekers worden ingetrokken, opgeheven, verlengd of gewijzigd, of door een andere worden vervangen. Zij vervalt op het door het Hof bepaalde tijdstip en in elk geval op het tijdstip dat een beslissing tot afwijzing van het verzoek tot enquête onherroepelijk is geworden (art. 2:276 lid 2 BW). Een 'intrekking' heeft terugwerkende kracht en de voorziening wordt dan geacht nimmer te zijn gegeven. Tot intrekking kan bijvoorbeeld worden besloten wanneer later blijkt dat de voorziening op verkeerde gronden is gegeven. Het Hof zal er op moeten letten dat de intrekking niet tot schadelijke of anderszins bezwaarlijke gevolgen leidt. Het 'vervallen' van een voorziening heeft geen terugwerkende kracht.

Een voorziening kan door derden te goeder trouw verworven rechten niet aantasten (art. 2:276 lid 4 BW). De te geven voorzieningen kunnen uiteraard wel leiden tot aantasting van verworven rechten. Men denke aan het in de MvT genoemde voorbeeld van een bevel om (vooralnog) een gesloten overeenkomst niet uit te voeren.<sup>31</sup> Dreigt aantasting, dan wordt de derde als belanghebbende in het geding geroepen of op zijn verzoek toegelaten. Het Hof kan bepalen dat een te geven voorziening toch tegen die derde werkt op voorwaarde dat de schade die de derde lijdt (door de rechtspersoon) wordt vergoed of dat daarvoor zekerheid wordt gesteld. De schade die de derde zal lijden wordt door het Hof voorlopig begroot.

Het Hof regelt zo nodig de gevolgen van de getroffen voorziening (art. 2:276 lid 5 BW). Gedacht kan worden aan de bezoldiging van een tijdelijk aangestelde bestuurder.

Wordt beroep in cassatie ingesteld tegen een beschikking van het Hof inzake een voorlopige voorziening dan staat dat de voortzetting van het hoofdgeding niet in de weg (art. 2:276 lid 7 BW). In artikel 6 van de Rijkswet cassatierechtspraak voor Aruba, Curaçao, Sint Maarten en voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba (in werking getreden op 10 oktober 2010) is inmiddels vastgelegd dat Hof de voorlopige tenuitvoerlegging van een vonnis dan wel een beschikking niettegenstaande cassatie mag of moet gelasten in dezelfde gevallen en op dezelfde wijze, waarin dit in eerste aanleg is toegelaten of bevolen niettegenstaande verzet of hoger beroep. Het voorgestelde lid 7 kan dan ook worden geschrapt.

28

Dan nog kort iets over het onderzoek zelf. Bestuurders, commissarissen, werknemers (inclusief de voormalige) en anderen die tot de kring van personen bedoeld in artikel 2:7 lid 1 BW behoren moeten alle medewerking verlenen (art. 2:277 lid 1 BW). Alle boeken, bescheiden en andere gegevensdragers moeten ter beschikking worden gesteld (art. 2:277 lid 2 BW). Het Hof kan desgevraagd bevelen geven, eventueel met een door de rechtspersoon te verbeuren dwangsom (art. 2:277 lid 3 BW). Op de onderzoekers rust de verplichting tot geheimhouding, tenzij en voor zover hun onderzoeksopdracht meebrengt dat zij anderen op de hoogte brengen van hetgeen uit hun onderzoek is gebleken (art. 2:277 lid 4 BW).

Op verzoek van de onderzoekers kan het Hof getuigen en deskundigen horen. De verzoekers zijn bevoegd daarbij aanwezig te zijn (art. 2:278 BW).

---

<sup>31</sup> Er moet een billijke belangenafweging plaatsvinden, waarin ook de belangen van de derde dienen te worden betrokken. HR 13 juli 2007, *NJ*2007, 434, m.nt. Ma inzake *ABN AMRO*.

De onderzoekers kunnen worden aangemerkt als commissaris ('*commissioner*') in de zin van artikel 17 van het Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken van 18 maart 1970, Trb. 1979, 38 (het Haagse Bewijsverdrag).<sup>32</sup>

De onderzoekers maken een verslag dat ter griffie wordt gedeponereerd (art. 2:279 lid 1 BW). Het verslag moet eerst in concept zijn voorgelegd aan de bestuurders van de rechtspersoon en aan de RvC als die er is. Vanzelfsprekend bevat het conceptverslag nog niet de conclusies. De onderzoekers moeten in het eindverslag gemotiveerd reageren op de gemaakte opmerkingen en aangeven waarom bepaalde opmerkingen wel of niet tot aanpassing van het conceptverslag hebben geleid (art. 2:279 lid 2 BW). Het Hof kan bepalen dat het verslag geheel of gedeeltelijk ter inzake ligt voor door het Hof aan te wijzen personen of voor een ieder (art. 2:279 lid 3 BW). Totdat de onderzoekers hun verslag hebben afgerond en ter griffie hebben neergelegd, is geen sprake van vaststelling van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders of andere personen, noch van vaststelling van hun burgerrechtelijke rechten en plichten in de zin van art. 6 EVRM.<sup>33</sup>

29

De tweede fase: op verzoek kan het Hof vaststellen dat uit het verslag blijkt dat er sprake is geweest van wanbeleid (art. 2:282 lid 1 BW). Tot het doen van een dergelijk verzoek zijn volgens de wet bevoegd de personen bedoeld in artikel 2:279 lid 1 BW. De personen die daar worden genoemd zijn de rechtspersoon, de verzoekers tot enquête en de in artikel 2:272 lid 2 onder a. BW bedoelde belanghebbenden (via het openbaar ministerie). Ik vraag mij af of deze kring van personen wel is bedoeld en dus of de verwijzing naar artikel 2:279 lid 1 BW wel juist is. Ik vermoed dat bedoeld is dat bevoegd zijn de oorspronkelijke verzoekers, de belanghebbenden aan wie inzage in het verslag is toegekend door het Hof alsmede het OM (om redenen van openbaar belang of omdat een belanghebbende op dringende gronden een verzoek daartoe aan het OM heeft gericht). Dat sluit ook meer aan bij de Nederlandse regeling (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 793). De genoemde verwijzing maakt het mogelijk dat de rechtspersoon die zelf voorwerp van onderzoek is, in de tweede fase om vaststelling van wanbeleid en voorzieningen kan verzoeken, zoals ook is gebeurd in de bekende enquêtezaak rond Aqualectra.

Het Hof kan vervolgens, op verzoek, een of meer voorzieningen treffen als het Hof die op grond van de uitkomst van het onderzoek geboden acht (art. 2:282 lid 2 BW). Een voorziening kan later op verzoek weer worden ingetrokken, opgeheven, verlengd of gewijzigd dan wel door een andere voorziening worden vervangen (art. 2:284 lid 1 BW), maar een voorziening kan niet door een besluit van de rechtspersoon ongedaan worden gemaakt (art. 2:284 lid 3 BW).

De mogelijke 'definitieve' voorzieningen zijn de volgende (art. 2:283 BW):

- De voorlopige voorzieningen van artikel 2:276 lid 3 BW (of de verlenging daarvan)
- De vernietiging van een besluit van een orgaan van de rechtspersoon
- Het ontslag van een of meer bestuurders of commissarissen
- Ontbinding of splitsing van de rechtspersoon

---

<sup>32</sup> OK 24 november 2005, *JOR* 2006, 6 inzake *Ahold*.

<sup>33</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 19 maart 2002, *JOR* 2002, 127 inzake *Text Lite*.

Wordt de rechtspersoon ontbonden dan kan het Hof vereffenaars benoemen op de voet van artikel 2:284 lid 2 BW, waarin is bepaald dat het Hof zo nodig de gevolgen van de getroffen voorziening regelt.

Het Hof kan de splitsing bevelen. Die mogelijkheid kan bijvoorbeeld worden toegepast wanneer bij een familiebedrijf twee of meer takken lijnrecht tegenover elkaar staan en het bedrijf zich voor splitsing over twee of meer takken leent. De beschikking tot splitsing komt dan in de plaats van het in artikel 2:346 BW<sup>34</sup> bedoelde besluit tot splitsing. In beginsel blijven echter de overige splitsingsbepalingen van kracht. Dit betekent dat het Hof zich ervan zal moeten vergewissen dat die bepalingen behoorlijk zijn nagekomen voordat het een splitsingsbeschikking geeft.

Ik neem overigens aan dat bijvoorbeeld de voorgeschreven goedkeuring van de RvC bij de grote NV (art. 2:340 lid 4 BW) en de voorgeschreven goedkeuring van de bewindvoerder (art. 2:336 lid 7 BW) buiten toepassing dienen te blijven. Onder omstandigheden kan gebruik worden gemaakt van artikel 2:276 lid 3 juncto 2:283 BW, of van artikel 2:284 lid 2 BW. Een notariële akte als bedoeld in artikel 2:347 BW<sup>35</sup> moet in elk geval wel worden verleden.

Ten slotte wordt opgemerkt dat het Hof, indien het daartoe aanleiding ziet, de instelling van een nader onderzoek kan bevelen ten aanzien van bepaalde kwesties of een bepaalde nader aan te duiden periode (art. 2 :282 lid 4 BW). Het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid van het Hof, waarvan het Hof ambtshalve gebruik kan maken, maar waarbij het Hof niet verplicht is daarvan gebruik te maken.<sup>36</sup>

\* \* \* \* \*

---

<sup>34</sup> In de MvT wordt ten onrechte verwezen naar artikel 2:334m BW. Dat artikel bestaat hier niet en kennelijk had men artikel 2:334m Ned-BW voor ogen.

<sup>35</sup> In de MvT wordt ten onrechte verwezen naar artikel 2:334n BW. Dat artikel bestaat hier niet en kennelijk had men artikel 2:334n Ned-BW voor ogen.

<sup>36</sup> HR 10 september 2010, *JOR* 2010, 304 inzake *LCI Technology Group*.