

LJN: BP4943, Hoge Raad , 10/00475 Print uitspraak

Datum uitspraak: 08-04-2011  
Datum publicatie: 08-04-2011  
Rechtsgebied: Civiel overig  
Soort procedure: Cassatie  
Inhoudsindicatie: Enquête. Bevoegdheid tot indienen verzoek; art. 2:346 lid 1, onder b, BW. Primary beneficiary van een trust naar het recht van Bermuda bevoegd enquête te verzoeken van in Nederland gevestigde 'kleindochter'? Oordeel OK dat aandelen kleindochter worden gehouden door twee Nederlands-Antilliaanse vennootschappen en dat deze vennootschappen niet kunnen worden 'weggedacht' bij beantwoording ontvankelijkheidsvraag, is juist en niet onbegrijpelijk. Oordeel dat trust - en met haar ook de primary beneficiary - niet kan worden beschouwd als of gelijkgesteld met economisch rechthebbende op aandelen in de Nederlandse rechtspersoon, geeft niet blijk van onjuiste rechtsopvatting en kan verder in cassatie niet op juistheid worden onderzocht. Hebben van economisch belang op grond van trustverhouding onvoldoende om voor toepassing enquêterecht gelijk te worden gesteld met economisch rechthebbende voor wier rekening en risico de aandelen worden gehouden. Bevoegdheid tot indienen verzoek ook niet bij wege van 'concernenquête' nu aandeelhouders Nederlandse 'kleindochter' zijn gevestigd te Curacao en verzoek als bedoeld in art. 2:345 BW mitsdien zowel ten aanzien van deze vennootschappen als ten aanzien van kleindochter op niet-ontvankelijkheid stuit.

---

Uitspraak

8 april 2011  
Eerste Kamer  
10/00475  
EE/IF

Hoge Raad der Nederlanden

Beschikking

in de zaak van:

**[Verzoeker]**,  
wonende te [woonplaats], Verenigd Koninkrijk,  
VERZOEKER tot cassatie,  
advocaat: mr. R.A.A. Duk,

t e g e n

1. **TRANSMISSION AND ENGINEERING SERVICES NETHERLANDS B.V.**,  
gevestigd te Rotterdam,  
VERWEERSTER in cassatie,  
advocaat: mr. H.H.M. Meijroos,  
2. **BERMUDA TRUST COMPANY LIMITED**,  
gevestigd te Hamilton, Bermuda,  
VERWEERSTER in cassatie,  
advocaat: mr. K.G.W. van Oven.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [verzoeker], TESN en BTCL.

1. Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de beschikking in de zaak 200.039.311 OK van de ondernemingskamer te Amsterdam van 5 november 2009. De beschikking van de ondernemingskamer is aan deze beschikking gehecht.

## 2. Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van de ondernemingskamer heeft [verzoeker] beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

TESN en BTCL hebben ieder afzonderlijk verzocht het beroep te verwerpen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, advocaat te Amsterdam, heeft namens [verzoeker] bij brief van 25 februari 2011 op die conclusie gereageerd.

## 3. Beoordeling van het middel

3.1 In deze zaak, waarin centraal staat de vraag of een "primary beneficiary" (ook wel: discretionary object) van een trust naar het recht van Bermuda, welke trust de aandelen houdt in twee Nederlands-Antilliaanse vennootschappen die op hun beurt de aandelen houden in een Nederlandse besloten vennootschap (TESN), bevoegd is een enquête te verzoeken naar het beleid en de gang van zaken van deze besloten vennootschap, kan in cassatie van het volgende worden uitgegaan.

(i) TESH is een houdstermaatschappij. Zij heeft geen werknemers in dienst en houdt alle aandelen in JCB Service PLC, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. TESH vormt tezamen met een groot aantal in en buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen de JCB Groep, die wereldwijd ongeveer 4500 werknemers in dienst heeft. Oprichter van de groep is [betrokkene 1], de vader van [verzoeker] en [betrokkene 2]. [Betrokkene 1] is op 1 maart 2001 overleden.

(ii) De aandelen TESH worden voor 75 onderscheidenlijk 25% gehouden door twee te Curaçao gevestigde rechtspersonen naar het recht van de Nederlandse Antillen: de naamloze vennootschappen Global Engineering Services N.V. en Castor N.V., hierna onderscheidenlijk Castor.

(iii) [Betrokkene 1] heeft destijds alle aandelen Global en Castor ondergebracht in een viertal door hem op 25 juli 1996 ingestelde trusts (MB Bermuda Trusts 1 en 2 en AB Bermuda Trusts 1 en 2), en heeft daartoe die aandelen in trust overgedragen aan BTCL, de trustee van deze trusts.

(iv) [Verzoeker] is de "primary beneficiary" van de beide MB Bermuda Trusts, zijn broer van de beide AB Bermuda Trusts. Het gaat hier om irrevocable discretionary trusts. Op grond van de daaruit volgens het recht van Bermuda voortvloeiende rechtsverhoudingen heeft BTCL een grote mate van vrijheid, of, wanneer, op welke wijze en ten behoeve van, respectievelijk aan wie van de beneficiaries zij (de opbrengsten uit) het trustvermogen aanwendt of uitkeert, en zelfs wie zij als beneficiary (nader) aanwijst of uitsluit, een en ander - waar toepasselijk - met de instemming van de Protector.

3.2.1 [Verzoeker] heeft zich tot de ondernemingskamer gewend met het verzoek

a) een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van TESH en

b) voor de duur van het geding een aantal onmiddellijke voorzieningen te treffen.

Hij stelde zich daarbij primair op het standpunt dat hem de bevoegdheid toekomt om - uit eigen hoofde - dit verzoek in te dienen omdat hij dient te worden beschouwd als de economisch rechthebbende op (certificaten van) aandelen TESH, althans omdat zijn positie met die van een economisch gerechtigde dient te worden gelijkgesteld. Subsidiair voerde hij aan bevoegd te zijn het verzoek in te dienen namens BTCL, nu deze dit als trustee nalaat.

3.2.2 De ondernemingskamer, die - in cassatie onbestreden - heeft geoordeeld dat het recht van Bermuda van toepassing is op de vraag welke bevoegdheden BTCL ten aanzien van het trustvermogen heeft en welke rechten [verzoeker] (ten aanzien daarvan) jegens BTCL kan uitoefenen en dat Nederlands recht van toepassing is op de vraag of [verzoeker] bevoegd is tot het indienen van een verzoek als bedoeld in art. 2:345 BW, heeft [verzoeker] niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek. Naar haar oordeel rechtvaardigt hetgeen [verzoeker] heeft aangevoerd geen uitzondering op de hoofdregel van art. 2:346 lid 1, onder b, BW, volgens welke slechts houders van (certificaten van) aandelen in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft bevoegd zijn tot het indienen van een zodanig verzoek: "hij kan noch uit eigen hoofde noch namens BTCL - daarvoor is immers een eigen bevoegdheid van BTCL vereist en deze ontbreekt - een enquêteverzoek met betrekking tot TESH indienen" (rov. 3.11).

3.3 Tegen deze niet-ontvankelijkverklaring keert zich het middel met een reeks van klachten, waarvan het hoofdthema is dat de ondernemingskamer heeft miskend dat de economische werkelijkheid, waarop het bij de toepassing van het enquêterecht vooral aankomt, in dit geval meebrengt dat [verzoeker] als primary beneficiary van de beide MB Bermuda Trusts, hetzij uit eigen hoofde hetzij namens BTCL, bevoegd is tot het indienen van

een verzoek als bedoeld in art. 2:345 met betrekking tot TESN. Voor die toepassing, aldus [verzoeker], moet hij dan wel BTCL immers worden gelijkgesteld aan een aandeel(- of certificaat)houder van TESN.

3.4.1 De aandelen TESN - certificaten daarvan zijn niet uitgegeven - worden gehouden door de Antilliaanse vennootschappen Global (75%) en Castor (25%). Alleen zij zijn derhalve degenen die naar de letter van art. 2:346, aanhef en onder b, bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek betreffende TESN, zoals ook de ondernemingskamer vooropgesteld heeft (rov. 3.3).

3.4.2 [Verzoeker] heeft zich in de procedure voor de ondernemingskamer op het standpunt gesteld dat hij, althans BTCL, naar de economische werkelijkheid gelijk te stellen is met een aandeelhouder (of certificaathouder) van TESN die bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek. Daartoe heeft hij in de eerste plaats aangevoerd dat aan Global en Castor geen reële betekenis toekomt bij de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag.

De ondernemingskamer heeft die stelling in haar rov. 3.7 verworpen: ook indien de onderhavige constructie uitsluitend om fiscale redenen is opgezet, is de betekenis van Global en Castor in ieder geval - mede - dat zij, en niet [verzoeker] of BTCL, de aandelen in TESN houden alsmede dat de onderscheiden vennootschappen telkens zijn gevestigd in een andere staat.

Dit oordeel wordt in onderdeel 2 bestreden. Tevergeefs, want het geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, kan voor het overige als verweven met waarderingen van feitelijke aard in cassatie niet op juistheid worden onderzocht en behoefde geen nadere motivering om begrijpelijk te zijn. Global en Castor kunnen dus, anders dan [verzoeker] betoogt, niet worden "weggedacht" bij de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag.

3.4.3 Met betrekking tot die bij de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag in aanmerking te nemen economische werkelijkheid heeft [verzoeker] voorts nog aangevoerd dat Global en Castor, die volgens hem - kort gezegd - louter als "doorgeefluik" fungeren, slechts als administratiekantoor moeten worden aangemerkt. Naar het oordeel van de ondernemingskamer in rov. 3.8 zou hetgeen [verzoeker] in dat verband heeft aangevoerd weliswaar wellicht mee kunnen brengen dat het functioneren van Global en Castor ten dele overeenkomt met dat van een administratiekantoor, maar betekent dit nog niet dat Global en Castor uit hoofde van hun rechtsverhouding tot BTCL de aandelen TESN voor rekening en risico van BTCL houden en evenmin dat BTCL aanspraken uit hoofde van een vorderingsrecht jegens Global en Castor heeft, zodat aan BTCL niet als ware zij certificaathouder de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek met betrekking tot TESN toekomt. Ook dit oordeel, dat aldus moet worden begrepen dat BTCL, en met haar ook [verzoeker] als primary beneficiary, niet bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek met betrekking tot TESN omdat zij niet kan worden beschouwd als of gelijkgesteld met een economisch rechthebbende op de aandelen TESN, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan voor het overige als van feitelijke aard in cassatie niet op juistheid worden onderzocht. Anders dan [verzoeker] aanvoert, is de omstandigheid dat BTCL of [verzoeker] op grond van de trustverhouding met Global en Castor een "economisch belang" in TESN hebben, onvoldoende om hen voor de toepassing van het enquêterecht te beschouwen als, of op een lijn te stellen met economisch rechthebbenden voor wier rekening en risico de aandelen TESN worden gehouden. Nadere motivering behoefde het oordeel van de ondernemingskamer niet. Voor zover de klachten van onderdeel 3 van een andere opvatting uitgaan falen zij.

3.4.4 Onderdeel 4 richt klachten tegen het oordeel van de ondernemingskamer dat [verzoeker] evenmin de bevoegdheid toekomt tot het verzoeken van een zogenoemde concernenquête, het (mede) instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een of meer dochtermaatschappijen van een concern. Global en Castor zijn gevestigd in Curaçao. Met juistheid heeft de ondernemingskamer in haar rov. 3.9 op grond daarvan geoordeeld dat een verzoek tot het instellen van een onderzoek als bedoeld in art. 2:345 naar het beleid en de gang van zaken van die beide vennootschappen op niet-ontvankelijkheid zou stuiten en dat dit betekent dat [verzoeker] (ook) niet-ontvankelijk moet worden verklaard voor zover zijn verzoek is gericht op het bij wijze van concernenquête instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van (de dochtermaatschappij) TESN. Onderdeel 4 treft dus evenmin doel.

3.4.5 Op het hiervoor overwogene stuiten ook de overige klachten van de onderdelen 1-4 af, voor zover deze al feitelijke grondslag hebben.

3.4.6 Onderdeel 5 richt klachten tegen ten overvloede gegeven oordelen en behoeft daarom geen behandeling.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [verzoeker] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van TESN begroot op € 359,38 aan verschotten en € 1.800,-- voor salaris en aan de zijde van BTCL op € 359,38 aan verschotten en € 1.800,-- voor salaris.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, J.C. van Oven, W.A.M. van Schendel en C.A. Streefkerk, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 8 april 2011.

---

Conclusie

10/00475

Mr. P. Vlas

Parket, 11 februari 2011

Conclusie inzake:

[Verzoeker] (Verenigd Koninkrijk)

tegen

1. Transmission and Engineering Services Netherlands B.V.

en tegen

2. Bermuda Trust Company Limited (Bermuda)

Deze zaak heeft betrekking op de reikwijdte van art. 2:346 onder b BW, waarin een (limitatieve) opsomming is gegeven van enquêtégerechtigden. Aan de orde komt de vraag of een 'primary beneficiary' in een trust naar het recht van Bermuda, welke trust de aandelen houdt in twee Nederlands-Antilliaanse vennootschappen, die op hun beurt de aandelen houden in een Nederlandse BV, bevoegd is een enquête te verzoeken naar het beleid en de gang van zaken in deze Nederlandse vennootschap.

1. Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.(1)

[Betrokkene 1] is tot aan zijn overlijden op 1 maart 2001 gehuwd geweest met [betrokkene 3]. Uit het huwelijk zijn twee kinderen geboren, [betrokkene 2 en verzoeker] (de laatste hierna te noemen: [verzoeker]; verzoeker tot cassatie).

1.2 TESN (verweerster in cassatie onder 1) is een houdstermaatschappij. Zij heeft geen werknemers in dienst. Zij houdt alle aandelen in JCB Service PLC, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. Zij vormt tezamen met een groot aantal in en buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen de JCB Groep. [Betrokkene 1] heeft de JCB Groep opgericht. De kernactiviteit van de groep is de ontwikkeling, productie en distributie van bouw- en landbouwmachines (grondgraafmachines, bulldozers en vorkheftrucks). Wereldwijd zijn er ongeveer 4.500 werknemers bij de groep in dienst.

1.3 De aandelen in TESN worden voor 75% gehouden door de te Curaçao gevestigde vennootschap naar het recht van de Nederlandse Antillen Global Engineering Services N.V. en voor de overige 25% door de eveneens te Curaçao gevestigde vennootschap naar het recht van de Nederlandse Antillen Castor N.V. (hierna: Global respectievelijk Castor). [betrokkene 1], destijds houder van alle aandelen in Global en Castor, heeft deze aandelen alle ondergebracht in een viertal door hem op 25 juli 1996 ingestelde trusts (AB Bermuda Trust 1, AB Bermuda Trust 2, MB Bermuda Trust 1, MB Bermuda Trust 2) en de aandelen daartoe in trust overgedragen aan Bermuda Trust Company Limited (hierna: BTCL; verweerster in cassatie onder 2), de trustee van de vier trusts. [Betrokkene 1] heeft [betrokkene 2] aangewezen als primary beneficiary van AB Bermuda Trust 1 en AB Bermuda Trust 2 (hierna tezamen: de AB Trusts), en [verzoeker] als primary beneficiary van MB Bermuda Trust 1 en MB Bermuda Trust 2 (hierna tezamen: de MB Trusts). Als secondary beneficiaries van de onderscheiden trusts heeft [betrokkene 1] de kinderen en verdere afstammelingen in de rechte lijn van de onderscheiden broers, alsmede - over en weer - de broers zelf en hun kinderen en verdere afstammelingen in de rechte lijn en de

echtgenote of weduwe, aangewezen.

1.4 Met een op 30 juli 2009 ter griffie van het gerechtshof te Amsterdam ingekomen verzoekschrift heeft [verzoeker] zich gewend tot de Ondernemingskamer van dat hof met het verzoek (kort samengevat) een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van TESN alsmede voor de duur van het geding verscheidene onmiddellijke voorzieningen te treffen.(2)

1.5 Bij brief van 11 augustus 2009 heeft de secretaris van de Ondernemingskamer onder meer aan partijen bericht dat de behandeling van de zaak zal worden gesplitst en dat op de eerste zitting (gehouden op 2 oktober 2009) uitsluitend zal worden behandeld de vraag of [verzoeker] op de voet van art. 2:346 BW bevoegd is een enquête te verzoeken.(3)

1.6 TESN heeft een verweerschrift ingediend en de Ondernemingskamer verzocht [verzoeker] in zijn verzoek niet-ontvankelijk te verklaren althans dit verzoek af te wijzen.

1.7 BTCL heeft als belanghebbende eveneens een verweerschrift ingediend en heeft de Ondernemingskamer verzocht [verzoeker] niet-ontvankelijk te verklaren in zijn verzoek.

1.8 Bij beschikking van 5 november 2009 heeft de Ondernemingskamer [verzoeker] niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.

1.9 [Verzoeker] heeft tegen deze beschikking (tijdig) beroep in cassatie ingesteld. TESN en BTCL hebben (afzonderlijk) verweer gevoerd.

## 2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel valt uiteen in vijf onderdelen. Vooropgesteld kan worden dat geen klachten zijn gericht tegen rov. 3.1. Daarin heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat op de vraag welke bevoegdheden BTCL als trustee ten aanzien van het trustvermogen heeft en welke rechten [verzoeker] (ten aanzien daarvan) jegens BTCL kan uitoefenen het recht van Bermuda van toepassing is, terwijl op de vraag of [verzoeker] de bevoegdheid heeft een verzoek in te dienen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van TESN Nederlands recht van toepassing is. In cassatie dient hiervan derhalve te worden uitgegaan.

2.2 Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 3.3, waarin de Ondernemingskamer het volgende heeft overwogen: '3.3 Nu [verzoeker] noch BTCL zelf (certificaten van) aandelen in TESN houden, behoren zij naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet tot de kring van degenen aan wie artikel 2:346 BW de bevoegdheid toekent een enquête in TESN te verzoeken. Reeds deze hoofdregel brengt derhalve mee dat [verzoeker] noch uit eigen hoofde noch namens BTCL - als afgeleide van deze - bevoegd is een enquête te verzoeken.'

2.3 Het onderdeel bevat - als ik het goed zie - een rechtsklacht en een motiveringsklacht. De rechtsklacht klaagt dat de Ondernemingskamer heeft miskend dat uit de enkele vaststelling dat [verzoeker] noch BTCL zelf (certificaten van) aandelen in TESN houden, niet volgt dat [verzoeker] niet-ontvankelijk is in zijn enquêteverzoek. Daartoe wordt aangevoerd dat de bevoegdheid om een enquête te verzoeken ook kan toekomen aan degene die weliswaar geen aandeelhouder of certificaathouder is, maar wel een economisch belang heeft bij de (certificaten van) aandelen in de vennootschap waarin de enquête wordt verzocht. Voorts betoogt het onderdeel dat [verzoeker] zich primair op het standpunt heeft gesteld dat hij bevoegd is een enquête in TESN te verzoeken, omdat hij als de economisch rechthebbende op (certificaten van) aandelen in TESN moet worden beschouwd althans omdat zijn positie met een economisch rechthebbende moet worden gelijkgesteld (zie rov. 3.2). Het onderdeel klaagt dat het oordeel van de Ondernemingskamer in het licht van deze stellingname onjuist is en in ieder geval niet toereikend is gemotiveerd.

2.4 Ten aanzien van dit onderdeel geldt het volgende. In art. 2:346 BW is bepaald wie bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek als bedoeld in art. 2:345 BW.(4) Indien het verzoek een naamloze of besloten vennootschap betreft, zijn ingevolge art. 2:346 onder b BW bevoegd: een of meer houders van aandelen of van certificaten van aandelen, die alleen of gezamenlijk ten minste een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op een bedrag van aandelen of certificaten daarvan tot een nominale waarde van € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de opsomming van enquêtegerechtigden in art. 2:346 BW limitatief is.(5) Aan deze beslissing van de Hoge Raad lag mede ten grondslag dat uit de wetsgeschiedenis bleek dat verruiming van het begrip belanghebbenden tot onder meer rechtsonzekerheid voor de rechtspersonen zou leiden. Op bedoelde wetsgeschiedenis wordt hierna (onder

2.6 en 2.7) ingegaan.

2.5 De bevoegdheid voor certificaathouders om een enquête te verzoeken is bij Wet van 10 september 1970, Stb. 411 opgenomen in de wet. Aan deze wet lagen ten grondslag de voorstellen van de Commissie Ondernemingsrecht (de Commissie-Verdam) in haar op 26 november 1964 aangeboden verslag(6) en het daarop gebaseerde advies van de Sociaal Economische Raad.(7) De Commissie vatte het voorstel met betrekking tot de bevoegdheid van certificaathouders als volgt samen:

'De commissie meent voorts, dat het aanbevelenswaardig is de certificaathouders op gelijke voet als de aandeelhouders de bevoegdheid te verlenen een verzoek tot het houden van een enquête in te dienen. De certificaathouders zijn, evenals de aandeelhouders, verschaffers van risicodragend kapitaal, doch missen, in tegenstelling tot de aandeelhouders, zeggenschap in de n.v. Voor de bijzondere bescherming die de mogelijkheid van een enquête biedt, bestaat in hun geval dan ook alle redenen (...).' (8)

Blijkens de memorie van toelichting zijn in het wetsvoorstel tot wijziging van het enquêterecht in hoofdlijnen de voorstellen van de Commissie-Verdam gevolgd.(9)

2.6 Op verzoek van de minister van Justitie heeft de SER in 1988 een advies uitgebracht over de wenselijkheid van een wijziging van het enquêterecht. De SER is in dat advies ook ingegaan op de vraag of het enquêterecht moest worden uitgebreid naar 'alle rechtstreeks belanghebbenden bij de onderneming'. De SER heeft deze vraag ontkennend beantwoord(10):

'De aard van het enquêterecht (...) verdraagt het niet dat bedoelde bevoegdheid zou worden verleend aan onbepaalde belanghebbenden. Het begrip 'rechtstreeks belanghebbenden' is onduidelijk en onbepaald: het geeft geen uitsluitel over de zwaarte van het belang dat op het spel moet staan, noch over de personen of groeperingen die de enquête zouden kunnen aanvragen. De concretisering van een dergelijke bepaling zou geheel aan de OK worden overgelaten. De wijze waarop de OK de bepaling zou toepassen, is niet te voorzien. In ieder geval houdt zo'n bepaling de mogelijkheid in van een zeer vérgaande en onvoorspelbare verruiming van de kring van enquêtegerechtigden. De bepaling zou leiden tot rechtsonzekerheid voor de rechtspersonen ten aanzien waarvan het enquêterecht toepasselijk is.' (11)

2.7 Het SER-advies heeft geleid tot de Wet van 8 november 1993 tot wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête.(12) De minister heeft in deze wet het advies van de SER overgenomen en de kring van enquêtegerechtigden ongewijzigd gelaten.(13) Wel heeft de minister in de memorie van toelichting erop gewezen dat belanghebbenden die door de wettelijke begrenzing van de groep enquêtegerechtigden van het enquêterecht verstoken dreigden te blijven, de mogelijkheid behouden:

'(...) dat bij overeenkomst aan bepaalde belanghebbenden, met name subsidieverstrekkers, die bevoegdheid wordt toegekend, zoals dat ook voor de andere in artikel 344 genoemde rechtspersonen mogelijk is.'(14)

2.8 Het vorenstaande duidt erop dat de wetgever bewust ervoor heeft gekozen de kring van enquêtegerechtigden zo nauwkeurig mogelijk af te bakenen en alleen via de weg van art. 2:346 sub c BW het enquêterecht voor andere dan de in art. 2:345-347 BW genoemde belanghebbenden open te stellen.

2.9 In zijn beschikking van 6 juni 2003, LJN AF9440, NJ 2003/486, m.nt. Ma (Scheipar)(15) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een economisch rechthebbende op certificaten gelijk moet worden gesteld met een certificaathouder in de zin van art. 2:346 onder b BW. De Hoge Raad heeft daartoe het volgende overwogen (rov. 3.5.2):

'(...) Indien aan de economische certificaathouder in zijn verhouding tot de juridische certificaathouder alle bevoegdheden toekomen met betrekking tot de zeggenschap en de certificaten geheel en al voor rekening en risico van de economische certificaathouder worden gehouden, brengt de strekking van het enquêterecht mee dat de daardoor aan de kapitaalverschaffer verleende bescherming door de economische certificaathouder kan worden ingeroepen. Anders dan het onderdeel betoogt is daartoe niet noodzakelijk dat tussen de economisch rechthebbende op de certificaten en de aandeelhouder een rechtstreekse contractuele band bestaat. (...)'.

2.10 In de praktijk is deze uitspraak veelal aldus begrepen dat de economische certificaathouder alleen een enquêteverzoek kan doen indien (i) er sprake is van een economisch belang en (ii) aan hem in de verhouding tot de juridische certificaathouder alle bevoegdheden met betrekking tot de zeggenschap toekomen. Op het vereiste van de zeggenschap is in de literatuur veel kritiek geleverd.(16) Voorts bestaat enige verwarring over de vraag wat met 'zeggenschap' wordt bedoeld: (1) zeggenschap over de certificaten, (2) zeggenschap over de aandelen, of (3) zeggenschap in de vennootschap.(17)

2.11 In zijn conclusie vóór de beschikking van de Hoge Raad van 10 september 2010(18) - in welke zaak het

(onder meer) ging om de vraag of een erfgenaam die deelgenoot is in een onverdeelde nalatenschap waartoe certificaten van aandelen behoren, bevoegd is zelfstandig een enquêteverzoek te doen - heeft A-G Timmerman over de hier bedoelde eis van zeggenschap voor economische certificaathouders het volgende opgemerkt (onder 3.9):

'Zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt is de enquêteprocedure juist bedoeld om de kapitaalverschaffer de mogelijkheid te bieden om openheid van zaken te krijgen, ook al heeft deze geen zeggenschap. Nu certificaathouders in de regel geen zeggenschap in de N.V. hebben, zou dit een belemmering zijn om een enquêteprocedure te starten. Dat is m.i. in strijd met de bedoeling van de wetgever. De strekking van het enquêterecht staat dan ook een algemeen zeggenschapsvereiste voor het zijn van economisch certificaathouder in de weg.'

De Hoge Raad oordeelde daarop als volgt (rov. 3.6.3):

'Het oordeel van de ondernemingskamer dat het economisch belang van de onderhavige certificaten bij X. c.s. ligt, dat zij als economisch rechthebbenden op de certificaten de bescherming van het enquêterecht kunnen invoeren en dat zij daarom moeten worden gelijkgesteld met de in art. 2:346, aanhef en onder b, BW bedoelde certificaathouders en als economisch gerechtigden tot 50% van de certificaten bevoegd zijn tot het doen van een enquêteverzoek, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook toereikend gemotiveerd. Daarbij wordt het volgende in aanmerking genomen.

In een geval als het onderhavige, waarin X. c.s. ieder voor hun aandeel in de nalatenschap moeten worden aangemerkt als economische certificaathouder voor wier rekening en risico de certificaten worden gehouden, brengt de strekking van het enquêterecht mee dat zij de daardoor aan hen als verschaffer van risicodragend kapitaal verleende bescherming kunnen invoeren en met de in art. 2:346, aanhef en onder b, BW bedoelde certificaathouders kunnen worden gelijkgesteld, ook indien aan hen geen bevoegdheden met betrekking tot de zeggenschap toekomen (vgl. HR 6 juni 2003, nr. R02/078, LJN AF9440, NJ 2003/486).

Aan deze gelijkstelling met de in art. 2:346, aanhef en onder b, BW bedoelde certificaathouders en de daarop gebaseerde bevoegdheid van X. c.s. om een enquêteverzoek te doen, staat niet in de weg dat een executeur is benoemd die tot taak heeft de goederen der nalatenschap, waartoe de certificaten van aandelen behoren, te beheren en de erfgenamen in en buiten rechte te vertegenwoordigen.

De bevoegdheid tot het doen van een enquêteverzoek hangt in een geval als het onderhavige, anders dan de onderdelen tot uitgangspunt nemen, niet ervan af of de verzoeker de hoedanigheid toekomt van houder van de certificaten die deel uitmaken van de onverdeelde nalatenschap, maar of deze als kapitaalverschaffer een eigen economisch belang bij die certificaten heeft. (...)'.

2.12 Aldus lijkt(19) het erop dat om een enquêteverzoek te kunnen indienen niet langer is vereist dat aan de economische certificaathouder de zeggenschap toekomt. Relevant is dat de betrokkene 'als kapitaalverschaffer een eigen economisch belang bij die certificaten heeft'. Van Schilfgaarde is van mening dat een meer doorzichtige algemene regel zou zijn dat degene die als kapitaalverschaffer een economisch belang heeft bij een aandeel (waaraan dat certificaat - direct of indirect - is gekoppeld) voor de toepassing van art. 2:346 onder b BW met een aandeelhouder kan worden gelijkgesteld.(20)

2.13 In de literatuur is verdedigd dat een en ander behalve voor de economisch gerechtigde tot een certificaat ook geldt voor de economisch gerechtigde tot een aandeel.(21)

2.14 Ik keer terug naar de bespreking van het onderdeel. De rechtsklacht dat de Ondernemingskamer heeft miskend dat de bevoegdheid om een enquête te verzoeken ook kan toekomen aan degene die weliswaar geen aandeelhouder of certificaathouder is, maar wel een economisch belang heeft bij de (certificaten van) aandelen in de vennootschap waarin de enquête wordt verzocht, moet naar mijn mening falen. De Ondernemingskamer heeft in rov. 3.3 terecht de hoofdregel vooropgesteld dat het recht van enquête op grond van art. 2:346 onder b BW toekomt aan aandeelhouders en certificaathouders. Deze opsomming is, zoals gezegd, limitatief. De bovengenoemde beschikkingen van de Hoge Raad van 6 juni 2003 en 10 september 2010 noch de wetsgeschiedenis rechtvaardigen de opvatting van het onderdeel dat art. 2:346 onder b BW van toepassing is op een dergelijke ruime (onbepaalde) kring van enquêtegerechtigden. De enkele aanwezigheid van 'een economisch belang' bij (certificaten van) aandelen in de vennootschap is onvoldoende voor toepasselijkheid van art. 2:346 onder b BW. Het gaat erom dat de betrokkene als kapitaalverschaffer een eigen - dat wil zeggen een niet afgeleid - economisch belang heeft bij de (certificaten van) aandelen. De rechtsklacht gaat uit van een andere, onjuiste, rechtsopvatting en faalt derhalve.

2.15 De motiveringsklacht mist naar mijn mening feitelijke grondslag en faalt evenzeer. De Ondernemingskamer is niet voorbijgegaan aan de stelling van [verzoeker] dat hij dient te worden beschouwd als de economisch rechthebbende op (certificaten van) aandelen in TESN althans dat zijn positie met een economisch gerechtigde

dient te worden gelijkgesteld. De Ondernemingskamer heeft in rov. 3.3 de hoofdregel van art. 2:346 onder b BW vooropgesteld. Na bespreking van andere stellingen van [verzoeker] (zoals weergegeven in rov. 3.4 en behandeld in de daaropvolgende rechtsoverwegingen) is de Ondernemingskamer vervolgens in de rov. 3.13 t/m 3.18 ingegaan op de zojuist genoemde stelling van [verzoeker]. De Ondernemingskamer heeft (ook) die stelling (uitgebreid gemotiveerd) verworpen.

2.16 Onderdeel 2 valt uiteen in drie subonderdelen en is gericht tegen hetgeen de Ondernemingskamer heeft overwogen in rov. 3.7 (en de slotsom in rov. 3.11). In rov. 3.7 heeft de Ondernemingskamer de stelling van [verzoeker] behandeld (en verworpen) dat Global en Castor alleen om fiscale redenen zijn tussengevoegd en geen reële betekenis hebben, zodat aan hen ook in rechte bij de beoordeling van de enquêtebevoegdheid geen betekenis moet worden toegekend (zie rov. 3.4, eerste liggende streepje). De Ondernemingskamer heeft het volgende overwogen:

'3.7 BTCL houdt - onder trustverband en via Global en Castor - de aandelen in TESN en - via deze laatste - de aandelen in JCB Service PLC. Ook indien deze constructie uitsluitend om fiscale redenen is opgezet, kan niet worden gezegd dat aan Global en Castor geen reële betekenis toekomt. Hun betekenis is in ieder geval - mede - deze dat Global en Castor - en niet [verzoeker] of BTCL - de aandelen in TESN houden alsmede dat de onderscheiden vennootschappen telkens zijn gevestigd in een andere staat. Het gaat hier derhalve - mede - om een keuze ten aanzien van de vennootschappelijke structuur en ten aanzien van de onderscheiden plaatsen van vestiging. Die keuze dient in rechte te worden gerespecteerd. Uitzonderingen op dit uitgangspunt zijn wellicht denkbaar (bijvoorbeeld in geval van misbruik van bevoegdheid bij de totstandkoming of de toepassing van de constructie), maar daaromtrent is onvoldoende gesteld en ook overigens niet gebleken.

(...)

3.11 Al het voorgaande brengt mee dat hetgeen [verzoeker] heeft aangevoerd geen uitzondering op de onder 3.3 geformuleerde hoofdregel rechtvaardigt: hij kan noch uit eigen hoofde noch namens BTCL - daarvoor is immers een eigen bevoegdheid van BTCL vereist en deze ontbreekt - een enquêteverzoek met betrekking tot TESN indienen.'

2.17 Subonderdeel 2a klaagt dat de Ondernemingskamer heeft miskend dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat het bij de toepassing daarvan vooral aankomt op de economische werkelijkheid. [Verzoeker] heeft in het kader van zijn stelling dat Global en Castor geen reële, economische betekenis hebben, verscheidene (in het onderdeel genoemde) omstandigheden aangevoerd.(22) Gelet hierop is het oordeel van de Ondernemingskamer dat [verzoeker] niet-ontvankelijk is in zijn verzoek, omdat hij noch BTCL rechtstreeks aandeelhouder is in TESN, onjuist. Doorslaggevend is de economische realiteit waarin [verzoeker] en BTCL zich bevinden, namelijk dat zij rechtstreeks economisch belang hebben bij het beleid en de gang van zaken bij de 'kleindochter' TESN. Dit rechtvaardigt dat het feit dat [verzoeker] noch BTCL zelf aandeelhouder in TESN is, niet doorslaggevend is voor de vraag of het enquêteverzoek ontvankelijk is.

2.18 Het subonderdeel faalt, nu hieraan (kennelijk) de - onjuiste - rechtsopvatting ten grondslag ligt dat de positie van degene die een economisch belang heeft bij het beleid en de gang van zaken in een (kleindochter)vennootschap, moet worden gelijkgesteld met een enquêtegerechtigde aandeelhouder, certificaathouder of hieraan gelijk te stellen economisch gerechtigde. Ik moge verwijzen naar hetgeen ik hierboven heb opgemerkt bij de bespreking van het eerste onderdeel.

Overigens lijkt het subonderdeel te miskennen dat de Ondernemingskamer de economische werkelijkheid aldus heeft beoordeeld dat aan Global en Castor wél een reële betekenis toekomt en zij dus voor de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag niet, anders dat het onderdeel betoogt(23), kunnen worden 'weggedacht'. Reeds daarom gaat de verwijzing naar de beschikking van de Ondernemingskamer van 22 maart 2006(24)(waarin het bovendien ging om een concernenquête binnen een structuur van Nederlandse vennootschappen) niet op.

2.19 Subonderdeel 2b klaagt dat de overwegingen van de Ondernemingskamer in rov. 3.7 geen toereikende motivering vormen voor de verwerping van de stelling van [verzoeker] dat aan Global en Castor geen reële betekenis toekomt. Uit de omstandigheid dat een keuze is gemaakt voor een bepaalde structuur en dat de onderscheiden vennootschappen in verschillende staten zijn gevestigd, volgt niet dat Global en Castor een reële economische betekenis hebben.

2.20 De beoordeling of aan Global en Castor reële betekenis toekomt, is in hoge mate feitelijk van aard. De door [verzoeker] aangevoerde omstandigheden waarom aan Global en Castor geen reële economische betekenis toekomt, zijn door TESN (verweerschrift onder 73-83) en door BTCL (verweerschrift onder 5.6-5.14) weersproken. Het oordeel van de Ondernemingskamer is, mede in het licht van het partijdebat, voldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.



2.21 Subonderdeel 2c klaagt dat de Ondernemingskamer in strijd met art. 25 Rv. heeft verzuimd te oordelen dat BTCL als 100% aandeelhouder in Global en Castor de economisch gerechtigde op de aandelen in TESN is en derhalve enquêtegerechtigd is. Ten gevolge hiervan heeft de Ondernemingskamer verzuimd te beoordelen of [verzoeker] op deze grond de bevoegdheid heeft om namens BTCL een enquête in TESN te verzoeken, nu BTCL dit als trustee nalaat.

2.22 Het subonderdeel faalt, nu het voortbouwt op voornoemde onjuiste rechtsopvatting dat de positie van [verzoeker] moet worden gelijkgesteld met een enquêtegerechtigde aandeel- of certificaathouder of een daaraan gelijk te stellen economisch gerechtigde.

2.23 Onderdeel 3 valt uiteen in drie subonderdelen en is gericht tegen rov. 3.8 (en rov. 3.4 en - wederom - rov. 3.11). In rov. 3.8 heeft de Ondernemingskamer het volgende geoordeeld:

'3.8 Ter ondersteuning van zijn stelling, dat Global en Castor moeten worden aangemerkt als administratiekantoor, heeft [verzoeker] onder meer aangevoerd (verzoekschrift 196 en verder)

-dat Global en Castor "louter als doorgeefluik" fungeren,

-dat "de dividendenstroom niet bepaald wordt door Global en Castor, maar door (een of meer bestuurders van) TESN of JCB Service" en

-dat "het bestuur van Global en Castor in een fiduciaire verhouding tot zijn opdrachtgever" staat, op grond waarvan het bestuur belast is met het beheer van beide vennootschappen, "hetgeen feitelijk neerkomt op beheer van de aandelen in TESN, aangezien de aandelen in TESN de enige activa van Global en Castor zijn".

Het hier gestelde brengt - indien juist, het is betwist - wellicht mee, dat het functioneren van Global en Castor in de praktijk ten dele met het functioneren van een administratiekantoor overeenkomt. Dat betekent echter nog niet, dat Global en Castor uit hoofde van hun rechtsverhouding tot BTCL de aandelen voor haar rekening en risico houden en/of dat BTCL aanspraken uit hoofde van een vorderingsrecht jegens Global en Castor heeft. De positie van BTCL onderscheidenlijk Global en Castor kan dan ook niet worden aangemerkt als of worden gelijkgesteld met die van een certificaathouder respectievelijk een administratiekantoor, althans niet in die zin dat op grond van artikel 2:346 BW aan die positie de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het houden van een enquête ontleend kan worden.'

2.24 Subonderdeel 3a klaagt dat de Ondernemingskamer er ten onrechte vanuit gaat dat de positie van BTCL onderscheidenlijk Global en Castor alleen dan kan worden aangemerkt als of worden gelijkgesteld met die van certificaathouder respectievelijk administratiekantoor, wanneer BTCL aanspraken uit hoofde van een vorderingsrecht jegens Global en Castor heeft. Volgens het onderdeel is voldoende dat BTCL kan worden beschouwd als degene die (indirect) het risicodragend kapitaal in TESN verschaft. Als certificaathouder in de zin van art. 2:346 onder b BW moet namelijk worden aangemerkt, althans daarmee kan worden gelijkgesteld, degene bij wie het economisch belang van de aandelen berust. Door dit te miskennen heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

2.25 Het subonderdeel lijkt in de eerste plaats te miskennen dat geen certificaten van aandelen in TESN zijn uitgegeven. De aandelen van Global en Castor in TESN zijn alle ondergebracht in de eerdergenoemde vier trusts (AB Bermuda Trust 1, AB Bermuda Trust 2, MB Bermuda Trust 1, MB Bermuda Trust 2) en de aandelen zijn daartoe in trust overgedragen aan BTCL, de trustee van de vier trusts. BTCL is mitsdien geen certificaathouder. Global en Castor houden de aandelen dus niet ten titel van beheer en voor rekening van BTCL. Anders dan aan een certificaathouder, aan wie op grond van de administratievoorwaarden jegens het administratiekantoor rechten toekomen die in het financiële vlak liggen (zoals dividenduitkeringen), heeft BTCL terzake dan ook geen 'vorderingsrecht' op Global en Castor. Het oordeel van de Ondernemingskamer geeft in zoverre dan ook niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ten tweede bouwt het subonderdeel voort op de onjuiste rechtsopvatting dat degene bij wie het economisch belang van de aandelen berust, moet worden gelijkgesteld aan de enquêtegerechtigde certificaathouder (zie hierboven). De verwijzing in het subonderdeel naar het oordeel van de Ondernemingskamer van 9 december 1999(25) gaat niet op nu de Ondernemingskamer in dat geval vaststelde dat de verzoekster de economische eigendom had van 25% van de aandelen en oordeelde dat haar positie daarmee is gelijk te stellen aan die van een houder van certificaten van aandelen. Over het hebben van een economisch belang bij aandelen (in een kleindochtervennootschap) heeft de Ondernemingskamer zich in genoemde beschikking niet uitgelaten. De verwijzing naar het oordeel van de Ondernemingskamer van 27 juni 2003(26) gaat evenmin op. In die zaak oordeelde de Ondernemingskamer dat de verzoekers, erven van certificaten van aandelen in de vennootschap waarop hun enquêteverzoek betrekking had, bevoegd waren tot het indienen van het enquêteverzoek. Het subonderdeel faalt dan ook.

2.26 Subonderdeel 3b klaagt dat het oordeel van de Ondernemingskamer dat de stellingen van [verzoeker] niet

betekenen dat Global en Castor uit hoofde van hun rechtsverhouding tot BTCL de aandelen voor haar rekening en risico houden, onvoldoende is gemotiveerd. Daartoe wordt gewezen op de stelling van [verzoeker] dat BTCL als de aandeelhouder van Global en Castor weliswaar juridisch niet gerechtigd is tot de aandelen in TESN, maar dat de economische realiteit is dat BTCL op dezelfde wijze als een juridische aandeelhouder<sup>(27)</sup> gerechtigd is tot het dividend (en eventuele liquidatiesaldo) van TESN, aangezien Global en Castor slechts als doorgeefluik fungeren.<sup>(28)</sup>

2.27 Het subonderdeel voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen, nu het niet aangeeft waarom het oordeel van de Ondernemingskamer in het licht van bedoelde (blote) stelling onvoldoende is gemotiveerd.

2.28 Subonderdeel 3c klaagt dat de Ondernemingskamer in rov. 3.4, tweede liggende streepje, een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de stellingname van [verzoeker] dat Global en Castor als administratiekantoor moeten worden beschouwd. Deze stellingname houdt in dat sprake is van een 'dubbele certificering': BTCL moet worden beschouwd als de certificaathouder, althans kan daarmee worden gelijkgesteld; [verzoeker] moet worden beschouwd als houder van certificaten (van certificaten) van aandelen in TESN, althans als economisch gerechtigde daartoe, althans kan daarmee worden gelijkgesteld.<sup>(29)</sup> Het gaat erom dat uiteindelijk het economisch belang van de aandelen in TESN bij [verzoeker] als primary beneficiary van de MB Trusts berust.<sup>(30)</sup>

2.29 De uitleg van stellingen is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. De verkorte weergave van de stellingen van [verzoeker] door de Ondernemingskamer in rov. 3.4, tweede streepje in verbinding met rov. 3.8, eerste alinea, is niet onbegrijpelijk. Dat geldt te meer nu de Ondernemingskamer genoegzaam heeft gemotiveerd waarom [verzoeker] als primary beneficiary van de MB Trusts niet enquêtégerechtigd is. Dit oordeel geeft - het zij herhaald - niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

2.30 Onderdeel 4 bestaat uit drie subonderdelen en is gericht tegen rov. 3.9 en 3.10 (en - wederom - rov. 3.11). Daarin heeft de Ondernemingskamer het volgende geoordeeld:

'3.9 Een verzoek tot het houden van een zogeheten concernenquête, dat wil zeggen tot het (mede) instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een of meer dochtermaatschappij(en) van een concern, kan onder omstandigheden, indien aan de daaraan te stellen eisen is voldaan, worden toegewezen in samenhang met de toewijzing van een op een enquête in de moeder gericht verzoek. Het verzoek tot het instellen van een onderzoek bij de dochtermaatschappij moet derhalve - ook indien er bij de moeder weinig te onderzoeken valt en het zwaartepunt van het onderzoek zich richt op de dochtermaatschappij - worden beschouwd als een afgeleide van het enquêteverzoek ten aanzien van de moeder. Nu de moedermaatschappijen van TESN, Global en Castor, op Curaçao zijn gevestigd, kan een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van deze vennootschappen hier niet aan de orde komen. Zodanig verzoek is ook niet gedaan. Gelet op het voorgaande betekent dit echter tevens, dat (ook) het verzoek tot het instellen van een enquête in de dochter, TESN, als concernenquête niet ontvankelijk is.

Ook hier zijn uitzonderingen op voormeld uitgangspunt wellicht denkbaar, maar daaromtrent is ook hier onvoldoende gesteld en ook overigens niet gebleken. Dat TESN en Global en Castor organisatorisch en economisch nauw met elkaar zijn verweven en dat leden van het bestuur van TESN tevens zitting hebben in het bestuur van Global en Castor en aldus "feitelijk zeggenschap uitoefenen ten aanzien van het bestuur van de moedervernootschappen" (verzoekschrift onder 211) is onvoldoende om zodanige uitzondering aan te nemen en een enquêteverzoek gericht op de dochter onafhankelijk van een enquêteverzoek gericht op de moeder te ontvangen.

3.10 [Verzoeker] heeft zich ook nog beroepen op de "economische werkelijkheid" (onder meer verzoekschrift onder 203). Die werkelijkheid wordt hier gevormd door een getrapte moeder/dochterrelatie, waarin de in Nederland gevestigde tussenliggende vennootschap TESN uitsluitend een houdsterfunctie heeft en de activiteiten waarop het gewenste onderzoek zich zou moeten richten in essentie en in ieder geval in overwegende mate buiten Nederland plaatsvinden. In dat licht kan de economische werkelijkheid moeilijk als grond voor het aannemen van een uitzondering op voormeld uitgangspunt dienen. In het midden kan dan ook blijven of een vergelijkbare werkelijkheid in andere gevallen zodanige uitzondering (wèl) zou kunnen rechtvaardigen.'

2.31 Subonderdeel 4a betoogt dat een verzoek door een houder van (certificaten van) aandelen in een moedermaatschappij om een enquête in de dochtermaatschappij een zelfstandig verzoek vormt dat alleen dan voor toewijzing in aanmerking komt indien er gegronde redenen zijn om aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken van de dochter te twifelen. Volgens het subonderdeel vormt een dergelijk verzoek geen afgeleide van het eventueel enquêteverzoek bij de moeder en kan een dergelijk verzoek derhalve ook worden

gedaan zonder dat tegelijkertijd zo'n verzoek bij de moeder wordt gedaan. Dit geldt in ieder geval indien de dochtermaatschappij het beleid van de moedermaatschappij bepaalt en het zwaartepunt van het onderzoek zich dus richt op de dochtermaatschappij. De strekking van het enquêterecht brengt mee dat het vooral aankomt op de economische werkelijkheid. Als de economische werkelijkheid is dat de dochtermaatschappij het beleid van de moedermaatschappij bepaalt, is een concernenquête in de dochtermaatschappij mogelijk, ook zonder een gelijktijdige enquête in de moeder. De Ondernemingskamer heeft dan ook ten onrechte geoordeeld dat [verzoeker] niet kan worden ontvangen in zijn verzoek om een concernenquête in TESN. De omstandigheid dat bij Global en Castor geen enquête mogelijk is omdat zij beide op Curaçao zijn gevestigd, staat - anders dan de Ondernemingskamer heeft geoordeeld - niet in de weg aan de ontvankelijkheid van het verzoek om een concernenquête in TESN, aldus nog steeds het onderdeel.

2.32 Het subonderdeel gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting. Het gaat eraan voorbij dat voor het toestaan van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij de dochter door een aandeelhouder/certificaathouder in de moeder(31) tenminste is vereist dat deze aandeelhouder/certificaathouder de bevoegdheid heeft tot het doen van een enquêteverzoek in de moedervernootschap op de voet van art. 2:346 onder b BW. Het gaat immers om een 'bevoegdheidsdoorbraak'. In zoverre betreft een verzoek tot bedoeld onderzoek bij de dochter dan ook een afgeleid verzoek tot het houden van een enquête bij de moeder. In het onderhavige geval kan niet worden gezegd dat [verzoeker](32) (en zelfs niet BTCL) bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek bij de moedervernootschappen Global en Castor, omdat beide vennootschappen niet in Nederland zijn gevestigd.(33) Dientengevolge is [verzoeker] niet gerechtigd tot het indienen van een enquêteverzoek bij de dochter TESN. Evenmin is BTCL daartoe gerechtigd. Het oordeel van de Ondernemingskamer geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het subonderdeel faalt.

2.33 Subonderdeel 4b klaagt dat het oordeel van de Ondernemingskamer om in dit geval op genoemd uitgangspunt geen uitzondering aan te nemen, onvoldoende is gemotiveerd in het licht van de stelling van [verzoeker] dat het beleid van de moedermaatschappijen (Global en Castor) door de dochter (TESN) wordt bepaald.(34) Als de dochtermaatschappij het beleid van de moedervernootschap bepaalt, valt niet te begrijpen - althans niet zonder nadere motivering, die ontbreekt - dat de concernenquête in de dochter als een afgeleide moet worden beschouwd van de enquête in de moeder en dus alleen zou kunnen worden toegewezen in samenhang met een enquête in de moeder.

2.34 In wezen bevat deze motiveringsklacht een herhaling van de rechtsklacht van subonderdeel 4a. In zoverre faalt het subonderdeel op de gronden als hiervoor uiteengezet. Voor het overige geldt dat de Ondernemingskamer genoegzaam is ingegaan op de stellingen van [verzoeker]. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk gemotiveerd.

2.35 Subonderdeel 4c klaagt dat het oordeel van de Ondernemingskamer in rov. 3.10 rechtens onjuist is voor zover de Ondernemingskamer miskent dat een enquête kan worden bevolen naar het beleid van een Nederlandse moedervernootschap/houdstermaatschappij ter zake van haar buitenlandse dochtermaatschappijen. Voor zover de Ondernemingskamer dit niet miskent, is het oordeel onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd in het licht van de in het subonderdeel genoemde stellingen van [verzoeker]. Daartoe wordt in de eerste plaats gewezen op hetgeen [verzoeker] in zijn inleidend verzoekschrift onder nr. 218 heeft gesteld. Aldaar is - kort gezegd - betoogd dat het enquêteverzoek betrekking heeft op het handelen en (voornamelijk) nalaten van TESN om maatregelen te treffen tegen de handelwijzen van [betrokkene 2] en zijn gezin in onder andere JCB Service, waarmee tot exorbitante hoogte gelden worden onttrokken aan de JCB Groep; TESN veronachtzaamt dat haar bestuurstaak zich mede uitstrekt tot de tot het concern behorende ondernemingen. In de tweede plaats heeft [verzoeker] aan zijn verzoek mede ten grondslag gelegd dat TESN - niet Global en Castor of haar aandeelhouders - moet worden aangemerkt als de top holding van de hele JCB Groep, dat TESN de jaarrekening van JCB Service in haar jaarrekening consolideert en dat de rol van de aandeelhouders van TESN (Global en Castor) zeer beperkt is (zij hebben louter een fiscale functie).(35)

2.36 De rechtsklacht mist feitelijke grondslag nu het oordeel van de Ondernemingskamer in rov. 3.10 geen betrekking heeft op de vraag of een enquête kan worden bevolen naar het beleid van een Nederlandse moedervernootschap/houdstermaatschappij ter zake van haar buitenlandse dochtermaatschappijen. De Ondernemingskamer heeft de vraag onderzocht of [verzoeker] bevoegd is een enquêteverzoek te doen ten aanzien van TESN. De Ondernemingskamer heeft die vraag negatief beantwoord, zodat de in het subonderdeel geduide stellingen van [verzoeker] geen nadere bespreking behoeft.

2.37 Onderdeel 5, dat uiteenvalt in vier subonderdelen, is gericht tegen rov. 3.18, waarin de Ondernemingskamer het volgende heeft geoordeeld:

'3.18 Het voorgaande brengt naar het oordeel van de Ondernemingskamer enerzijds mee,

- dat BTCL holds the trust property for the benefit of the Beneficiaries of the Trusts (pleitnota Green QC 2.1),  
- dat [verzoeker] may legitimately expect to be regarded as the principal discretionary object of the MB Trust[s] (verzoekschrift 143, waar wordt verwezen naar de opinion van Green QC) - hetzelfde geldt voor [betrokkene 2] ten aanzien van de AB Trusts (de Ondernemingskamer laat de andere beneficiaries hier buiten beschouwing) - en  
-dat [verzoeker] derhalve een zekere verwachting heeft ten aanzien van de opbrengsten uit het trustvermogen, in die zin dat hij deze - als primary beneficiary - geheel of gedeeltelijk zal kunnen ontvangen of dat deze voor hem zullen kunnen worden aangewend.

Anderzijds brengt het voorgaande mee dat [verzoeker] op vervulling van die verwachting, net als [betrokkene 2], geen in rechte te handhaven aanspraak heeft. Voor het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop hij die opbrengsten ontvangt/zal kunnen ontvangen respectievelijk deze voor hem (kunnen) worden aangewend, is, zo is gebleken, [verzoeker] afhankelijk van de discretion van BTCL en/of de Protector.

Dit betekent naar het oordeel van de Ondernemingskamer dat [verzoeker] weliswaar een - groot (economisch) - belang bij (de opbrengst uit) de aandelen in Global en Castor respectievelijk (uit) de aandelen in TESN heeft, maar, anders dan een economisch rechthebbende, geen in rechte te handhaven vorderingsrecht op die rekenen en/of het onderliggende vermogen (jegens de juridisch rechthebbende) heeft. Het gaat hier - naar Nederlands recht, hier van belang voor de door [verzoeker] gewenste gelijkstelling - dan ook niet om een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW. Daarmee is niet in strijd, dat - zoals Green QC ter terechtzitting heeft verklaard - in veel gevallen het discretionary object (zoals de positie van [verzoeker] ook wel wordt aangeduid) taxable is voor all income and capital gains. Naar de Ondernemingskamer begrijpt, worden income and capital gains immers pas belastbaar, nadat zij aan het discretionary object zijn toegekend en deze daar derhalve aanspraak op heeft gekregen, dan wel nadat zij zijn uitgekeerd. Voordien is er voor de broers geen income of capital gain.

Dit een en ander leidt tot de slotsom dat de positie van [verzoeker] niet kan worden beschouwd als, of (uit een oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid) dient te worden gelijkgesteld met de positie van een economisch rechthebbende op aandelen TESN en in ieder geval niet kan worden beschouwd als/gelijkgesteld met die van een economisch rechthebbende aan wie de bevoegdheid toekomt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van TESN te verzoeken. Dit wordt uiteraard niet anders indien niet Global en Castor maar BTCL de aandelen in TESN zou houden.

Dat mogelijk op redelijke gronden eraan kan worden getwijfeld of BTCL haar discretionaire bevoegdheid op een objectief redelijke basis uitoefent doordat zij een gang van zaken in de JCB-Groep aanvaardt die, zoals [verzoeker] stelt, de Groep benadeelt en daardoor indirect ook [verzoeker] benadeelt, doet aan deze conclusie niet af. Die - betwiste - omstandigheid raakt immers niet de vraag naar de bevoegdheid voormeld onderzoek te verzoeken.

De Ondernemingskamer verwerpt dan ook de desbetreffende stelling als grond voor de bevoegdheid een enquêteverzoek in te stellen.'

2.38 Subonderdeel 5a klaagt dat de Ondernemingskamer ten onrechte als eis stelt dat [verzoeker] alleen dan kan worden beschouwd als, of gelijkgesteld met, een economisch rechthebbende op aandelen in TESN wanneer hij een in rechte te handhaven vorderingsrecht heeft op de rekenen uit de aandelen in Global en Castor respectievelijk de aandelen in TESN en/of op het onderliggende vermogen (jegens de juridisch rechthebbende) en derhalve een vermogensrecht heeft in de zin van art. 3:6 BW. Volgens het subonderdeel miskent de Ondernemingskamer dat het niet noodzakelijk is dat tussen de economisch rechthebbende op de (certificaten van de) aandelen en de aandeelhouder een rechtstreekse contractuele band bestaat. Ook miskent de Ondernemingskamer dat als certificaathouder in de zin van art. 2:346 onder b BW moet worden aangemerkt, althans daarmee kan worden gelijkgesteld, degene bij wie het economische belang van de aandelen berust, aldus nog steeds het subonderdeel.

2.39 Aan het subonderdeel ligt (wederom) de onjuiste rechtsopvatting ten grondslag dat degene bij wie slechts 'het economische belang' van de aandelen berust, als enquêtegerechtigde certificaathouder in de zin van art. 2:346 onder b BW moet worden aangemerkt. Ik moge verwijzen naar de bespreking van onderdeel 1. De klacht faalt.

2.40 Subonderdeel 5b klaagt dat de Ondernemingskamer bovendien miskent dat het voor de vraag of de positie van [verzoeker] als primary beneficiary van de MB Trusts kan worden beschouwd als, of worden gelijkgesteld met, die van een economisch rechthebbende op (certificaten van) aandelen aan wie de bevoegdheid toekomt een enquête te verzoeken, niet doorslaggevend is of in algemene zin overeenstemming bestaat tussen de positie van [verzoeker] naar het recht van Bermuda en die van een economisch rechthebbende die enquêtegerechtigd is naar

Nederlands recht, maar of met het oog op de regeling van het enquêterecht de positie van [verzoeker] naar het recht van Bermuda naar de inhoud en strekking gelijk kan worden gesteld met een verwante Nederlandse positie. Dat de Ondernemingskamer dit miskent, blijkt hieruit dat zij doorslaggevend acht dat [verzoeker] geen in rechte te handhaven vorderingsrecht heeft op de revenuen uit de aandelen in Global en Castor respectievelijk de aandelen in TESN en/of op het onderliggende vermogen (jegens de juridisch rechthebbende) en het derhalve niet gaat om een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW.

2.41 Het subonderdeel faalt, nu de Ondernemingskamer de juiste maatstaf heeft aangelegd.<sup>(36)</sup> Anders dan het onderdeel veronderstelt, heeft de Ondernemingskamer niet zozeer onderzocht of in algemene zin sprake is van overeenstemming, maar of met het oog op de toepassing van een specifieke regel of regeling van Nederlands recht (te weten: art. 2:346 sub b BW) de buitenlandse rechtsfiguur (de positie van [verzoeker] als primary beneficiary in een trustconstructie) naar inhoud en strekking op één lijn moet worden gesteld met een verwante Nederlandse rechtsfiguur (enquêtégerechtigde aandeelhouder/certificaathouder of daarmee gelijk te stellen persoon). Het gaat er mitsdien om of in het licht van de strekking van art. 2:346 onder b BW aan de figuur van primary beneficiary uit oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid de bevoegdheid dient te worden toegekend een enquête te verzoeken. De Ondernemingskamer heeft zulks onderzocht (rov. 3.18, 1e en 2e alinea) en deze vraag ontkennend beantwoord (rov. 3.18, 3e alinea).

2.42 Subonderdeel 5c klaagt, voor zover de Ondernemingskamer bovengenoemde maatstaf niet heeft miskend, dat het oordeel van de Ondernemingskamer dat [verzoeker], vanwege het discretionary karakter van de MB Trusts, geen in rechte te handhaven vorderingsrecht heeft op de inkomsten uit de aandelen in Global en Castor resp. TESN of op het onderliggende vermogen (jegens de juridische rechthebbende) en dat er derhalve geen sprake is van een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW, geen voldoende (begrijpelijke) weerlegging vormt van de stellingen van [verzoeker]. Daartoe wordt gewezen op vele stellingen van [verzoeker], waaronder de stellingen dat naar Engels recht (en het recht van Bermuda) de trust bij uitstek de rechtsfiguur is die wordt gehanteerd om economisch belang van zeggenschap te scheiden alsmede dat het rechtvaardig en doelmatig is om de positie van beneficiary in een trust op één lijn te stellen met de positie van houder van certificaten.

2.43 Deze klacht voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen, nu niet wordt aangegeven waarom het oordeel van de Ondernemingskamer in het licht van de aangewezen stellingen onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. De enkele omstandigheid dat de Ondernemingskamer - na uitleg van de overgelegde processtukken - tot een ander oordeel komt dan door [verzoeker] is betoogd, maakt dat oordeel niet onbegrijpelijk. Bovendien geldt dat de rechter niet is gehouden in te gaan op alle stellingen die partijen aandragen. Overigens wordt in subonderdeel 5d erkend dat de primary beneficiary geen in rechte te handhaven vorderingsrecht op de inkomsten uit het trustvermogen heeft. Het subonderdeel faalt.

2.44 Subonderdeel 5d klaagt dat het oordeel van de Ondernemingskamer dat de positie van [verzoeker] niet kan worden beschouwd als, of gelijkgesteld met, een economisch rechthebbende op aandelen TESN naar Nederlands recht, onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Daartoe wordt gewezen op diverse stellingen van [verzoeker], waaronder de stelling dat een beneficiary onder een discretionary trust zijn rechten op het trustvermogen tegenover derden kan handhaven, hetgeen betekent dat hij een proprietary en niet een louter personal interest heeft. Bovendien heeft de Ondernemingskamer verzuimd de redenen waarom voor een discretionary trust is gekozen, in de beoordeling te betrekken.

2.45 Ook dit subonderdeel faalt op de grond dat de enkele omstandigheid dat de Ondernemingskamer tot een ander oordeel komt dan door [verzoeker] is betoogd, dat oordeel niet onbegrijpelijk maakt. Daarbij geldt dat de Ondernemingskamer niet behoeft in te gaan op alle door partijen aangedragen stellingen. Het oordeel van de Ondernemingskamer is in het licht van het partijdebat genoegzaam gemotiveerd.

### 3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

<sup>1</sup> Zie de beschikking van de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam van 5 november 2009, rov. 2.1 t/m 2.3. De beschikking is gepubliceerd onder LJN: BK8124, JOR 2010/10, m.nt. A. Doorman.

- 2 Zie voor een uitgebreide weergave van het verzoek rov. 1.1 van de bestreden beschikking.
- 3 Zie rov. 1.3 van de bestreden beschikking.
- 4 Art. 2:345 lid 2 BW, 2:346 onder a en c BW en 2:347 BW zijn voor de onderhavige zaak niet van belang, zodat ik deze bepalingen buiten beschouwing laat.
- 5 HR 1 februari 2002, LJV AD8831, NJ 2002/225 (De Vries Robbé); HR 4 februari 2005, LJV AR8899, NJ 2005/127, m.nt. Ma (Landis).
- 6 Herziening van het ondernemingsrecht, Rapport van de Commissie ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie van 8 april 1960, 's-Gravenhage 1965.
- 7 SER-advies 1967/5.
- 8 Kamerstukken II, 1967-1968, 9596, nr. 3, p. 5.
- 9 Kamerstukken II, 1967-1968, 9596, nr. 3, p. 4.
- 10 SER-advies inzake wijziging van het enquêterecht 88/14, p. 68.
- 11 SER-advies inzake wijziging van het enquêterecht 88/14, p. 68.
- 12 Stb. 597, in werking getreden op 1 januari 1994.
- 13 Kamerstukken II, 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 4 en 13.
- 14 Kamerstukken II, 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 13.
- 15 Zie ook JOR 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta; Ondernemingsrecht 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart.
- 16 Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 738, met verdere verwijzingen.
- 17 Zie Van Schilfgaarde in zijn noot (onder 3) onder HR 10 september 2010, LJV BM6077, NJ 2010/665 (Butôt). Vgl. A. Doorman in zijn noot (onder 7) onder de thans bestreden beschikking van de Ondernemingskamer JOR 2010/10.
- 18 HR 10 september 2010, LJV BM6077, NJ 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick (Butôt); JOR 2010/337, m.nt. M. Brink; Ondernemingsrecht 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze.
- 19 Het is de vraag hoe verstrekkend deze uitspraak is, gelet op de omstandigheid dat de Hoge Raad zijn oordeel heeft toegespitst op de omstandigheden van het concrete geval (in de tweede en vierde alinea); zie ook de noot van Van Schilfgaarde onder deze beschikking (onder 3). M.J. Kroeze (Ondernemingsrecht 2010/146) en M. Brink (JOR 2010/337) menen dat de zeggenschapsbevoegdheden niet langer van belang zijn.
- 20 Zie Van Schilfgaarde in zijn noot onder meergenoemde beschikking van de Hoge Raad van 10 september 2010 (onder 3).
- 21 Zie (onder meer) Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 738 (met verdere verwijzingen).
- 22 In dit verband wordt verwezen naar het inleidend verzoekschrift van 30 juli 2009, nr. 188, 192 en 193.
- 23 Zie het cassatieverzoekschrift onder 2.2 en 2.4.
- 24 LJV: AY6788, ARO 2006/70; JOR 2006/180.
- 25 LJV AG3805, JOR 2000/33; Ondernemingsrecht 2000/28, m.nt. P.G.F.A. Geerts.
- 26 LJV BD4715, ARO 2003/113.
- 27 Bedoeld zal zijn certificaathouder, aangezien dat begrip in het verzoekschrift wordt gebruikt.
- 28 Verwezen wordt naar het inleidend verzoekschrift van 30 juli 2009, nr. 199.
- 29 Verwezen wordt naar het inleidend verzoekschrift van 30 juli 2009, nr. 134 (ii) en 200.
- 30 Zie het verzoekschrift tot cassatie onder 3.4.
- 31 Zie over de concernenquête onder meer: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 739-740 met verdere verwijzingen; HR 4 februari 2005, LJV AR8899, NJ 2005/127, m.nt. Ma (Landis); JOR 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh.
- 32 Nog daargelaten het antwoord op de vraag of [verzoeker] als primary beneficiary enquêtegerechtigd is, zelfs wanneer Global en Castor in Nederland zouden zijn gevestigd.
- 33 Immers, art. 2:344 BW beperkt het enquêterecht tot de aldaar genoemde naar Nederlands recht opgerichte rechtspersonen. Zie bijv. ook HR 13 mei 2005, LJV AT2829, NJ 2005/298 (Zeelandia Curaçao); JOR 2005/147, m.nt. M.W. Josephus Jitta; Ondernemingsrecht 2005/126, m.nt. P.G.F.A. Geerts.
- 34 Verwezen wordt naar het inleidend verzoekschrift onder 205.
- 35 Verwezen wordt naar het inleidend verzoekschrift van 30 juli 2009, nr. 16, 18, 22 en 182.
- 36 Zie HR 14 december 2001, LJV AD4933, NJ 2002/241 en HR 26 augustus 2003, LJV AI0369, NJ 2004/549; L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht, 2008, nr. 53.