

‘Verdiepend Ondernemingsrecht’
College 4 – Geschillen in het
Ondernemingsrecht; Recht van enquête

Mr. Dr. K. Frielink

University of Curaçao

Dinsdag 8 maart 2022 van 17.30 - 19.10 uur

1. Inleiding

De te bestuderen literatuur voor dit college is hoofdstuk 8 van het boek ‘Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht’. Hieronder volgt een globaal overzicht van de structuur van hoofdstuk 8. De na het verschijnen van het boek gewezen beschikkingen d.d. 13 april 2018 en 6 juli 2018 van de Hoge Raad inzake de Curaçaose enquêteprocedures worden hierna ook kort besproken.

2. Geschillen en procesgangen

- Kort geding
- Gewone bodemprocedure
- Arbitrage (art. 2:9 lid 3 BW)
- Mediation
- Enquêteprocedure (art. 2:270 e.v. BW)
- Uttreding (art. 2:251 e.v. BW)
- Gedwongen overdracht (art. 2:257 BW)
- [Uitkoopprocedure (art. 2:250 e.v. BW) – deze procedure kan ook worden gevoerd als er helemaal geen geschil is]

Bespreking kort geding-vonnis d.d. 5 februari 2021 (*Coral Estate*) en kort geding-vonnis 22 juni 2020 (*Eiseres/ABVO*) – op BlackBoard geplaatst.

3. Enquêterecht

- Regeling geldt voor alle (commerciële) rechtspersonen (art. 2:270 lid 1 BW); vóór 1 januari 2012 (Curaçao) respectievelijk 1 april 2014 (St. Maarten) bevatte Boek 2 BW alleen een regeling inzake de mini-enquête bij de stichting.

- Geldt dus bij: commerciële stichting, commerciële vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, NV en BV en bij de SPF.
- Bevoegde rechter: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (art. 2:270 lid 2 BW).
- Drie fases: (i) bezwarenbrief (niet altijd vereist); (ii) eerste fase (verzoek tot het gelasten van een onderzoek / voorlopige voorzieningen); en (iii) tweede fase (definitief oordeel of sprake is van wanbeleid / vaststellen wie daarvoor verantwoordelijk is of zijn / eventueel treffen definitieve voorzieningen).

N.B. 1: Er hoeft geen tweede fase te komen! Er hoeft uiteraard ook geen eerste fase te komen na de voorfase (de bezwarenbrief).

N.B. 2: In het enquêterecht is (uiteindelijk) niet meer aan de orde dan de vaststelling van de (individuele) *verantwoordelijkheid* voor gebleken wanbeleid van de onderzochte rechtspersoon. Aan de orde is dus niet of een (rechts)persoon die (mede)verantwoordelijk wordt gehouden voor het wanbeleid (bijvoorbeeld als lid van een verantwoordelijk gehouden orgaan), ook (persoonlijk) *aansprakelijk* is. Die vraag, indien aan de orde gesteld, dient in een ‘gewone’ procedure te worden beantwoord.

4. Enquêterecht - vervolg

Doeleinden¹ van het enquêterecht:

- 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 certificaaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid; en
- f. de bescherming van aandeelhouders of certificaaathouders tegen onjuist beleid dat hun (rechts)positie zodanig ondermijnt dat een door hen ongewild verlies van hun aandeelhouderschap daarvan het gevolg is.

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

¹ Ik noem a. t/m f. doeleinden, maar in de literatuur is de opsomming in de regel beperkter. Zo worden a. en b. vaak als één doel gezien, en wordt f. (anders dan door mij in mijn boek) niet als (apart) doel genoemd.

om het belang van de procespartijen over een *antagonistische enquête* (sub e. en f.).² 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.

5. Enquêterecht - vervolg

Situaties waarin de mogelijkheid van (snel) ingrijpen via de rechter gewenst kan zijn:

- De benoeming van Lord Crazy *a.k.a.* GaGa tot bestuurder
- De bestuurder blijkt een zakkenvuller te zijn die weigert te verantwoorden wat hij doet
- De Raad van Commissarissen pleegt obstructie
- Het dividendbeleid is al jarenlang onredelijk
- Een president-commissaris die last heeft van ADHD (*Attention Deficit Hyperactivity Disorder*) maakt het functioneren van de bestuurder onmogelijk
- Door allerlei ruzies bestaat er een *deadlock*-situatie in een orgaan van de rechtspersoon

6. Enquêterecht - vervolg

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

- Commerciële stichting: iedere belanghebbende
- OWM/Coop/Commerciële vereniging: minimaal 10% van de leden
- NV/BV: aandeelhouders die (alleen of tezamen) minimaal 10% van het eigen vermogen vertegenwoordigen of minimaal 10% van het aantal stemmen t.a.v. alle onderwerpen kunnen uitbrengen
- Openbaar ministerie om redenen van openbaar belang, of op verzoek van een belanghebbende op dringende gronden (denk aan overheidsvennootschappen en SPF)
- De curator in geval van faillissement van de rechtspersoon of ontbinding op de voet van artikel 2:24 BW
- De vereffenaar in andere gevallen van ontbinding van de rechtspersoon
- Degenen aan wie deze bevoegdheid in de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon is gegeven
- En sinds 1 januari 2021: de rechtspersoon zelf

² De indeling in drie soorten is in 2003 bedacht door Hermans. In zijn proefschrift gaat hij er uitgebreid op in: R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par 1.3.

7. Enquêterecht - vervolg

Aan de vereniging van werknemers (vakbonden) is niet de bevoegdheid toegekend een enquêteverzoek in te dienen.

De houders van certificaten van aandelen - die al dan niet met medewerking van de NV of BV zijn uitgegeven - worden evenmin in de wet genoemd als personen aan wie de bevoegdheid wordt toegekend een enquêteverzoek in te dienen: zij houden geen aandelen en hebben (in de regel) geen stemrecht. Aangenomen moet echter worden dat ook certificaathouders die aan de grens van het eigen vermogen voldoen (10% of meer) bevoegd zijn een enquêteverzoek in te dienen.

8. Enquêterecht - vervolg

Rechtspraak (samengevat):

- Een zeker heer Bamford had bij de OK in Nederland 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). Hoge Raad (2011): (i) dat Bamford een economisch belang heeft bij TESN is onvoldoende om hem in het kader van het enquêterecht met een aandeelhouder gelijk te stellen, en (ii) de aandelen in TESN worden gehouden door twee vennootschappen buiten Nederland, en zelfs als het slechts een fiscale constructie betreft, moet daaraan voor het enquêterecht reële betekenis worden toegekend.
- Het is niet zo dat de positie van een indirecte 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 (Hoge Raad, Slotervaart; 2014).
- Chinese Workers (Hoge Raad; 2013): 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.

- SNS (Hoge Raad; 2016): door de Staat onteigende aandeelhouders zijn bevoegd een enquêteverzoek in te dienen, aangezien het verlies van hun aandelen samenhangt met het beleid en de gang van zaken binnen SNS voorafgaand aan de interventie door de Staat.³ Deze enquêteprocedure is volgens mij een goed voorbeeld van een zaak waarmee specifiek wordt beoogd om (voormalige) bestuurders en commissarissen van SNS (in een vervolprocedure) persoonlijk aansprakelijk te kunnen stellen.

9. Enquêterecht - vervolg

- Behalve als de rechtspersoon zelf, de vereffenaar of de curator als verzoeker optreedt, moeten bezwaren eerst aan de rechtspersoon kenbaar zijn gemaakt met redelijke termijn om te reageren/ maatregelen te nemen (art. 2:273 BW)
- Hof wijst het verzoek slechts toe wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen (art. 2:274 lid 1 BW)
- Hof kan verzoek afwijzen omdat het niet op redelijke gronden is gedaan: het Hof *kan* in dat geval op verzoek van de rechtspersoon vergoeding toekennen wat betreft directe kosten (art. 2:274 lid 2 BW)

10. Enquêterecht - vervolg

- Toewijzing verzoek en benoeming onderzoekers (art. 2:274 BW)
- Kosten van het onderzoek en zekerheid daarvoor (art. 2:274 lid 3 BW)
- Aanwijzingen van het Hof aan de onderzoekers (art. 2:275 lid 1 BW)

³ Zie daarover reeds mijn noot bij Rechtbank Amsterdam 15 januari 2015, *JOR* 2015, 73 (*Stichting Beheer/SNS en de Staat der Nederlanden*).

11. Enquêterecht - vervolg

In iedere stand van een geding kan het Hof desverzocht een voorlopige voorziening treffen (art. 2:276 lid 1 BW). Het gaat om (art. 2:276 lid 4 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 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 art. 2:7 lid 1 BW gericht bevel om bepaalde handelingen te verrichten of na te laten.

12. Enquêterecht - vervolg

Enkele bepalingen inzake het onderzoek zelf.

Art. 2:277 BW:

- Verplichting tot medewerking (voormalige) (quasi-)bestuurders etc.
- Toegang tot alle boeken, bescheiden en andere gegevensdragers
- Hof kan bevelen geven (met dwangsom voor de rechtspersoon, of de opdracht aan de openbare macht om voor zoveel nodig bijstand te verlenen en de last om een woning binnen te treden, wanneer de plaats waar de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers of de bezittingen zich bevinden, een woning is, of alleen door een woning toegankelijk. De woning wordt niet tegen de wil van de bewoner binnengetreden dan na vertoon van de last van de rechter-commissaris)
- Relatieve geheimhoudingsplicht onderzoekers

Art. 2:278 BW:

- Onderzoekers maken een verslag dat ter griffie wordt gedeponeed
- Het verslag moet eerst in concept zijn voorgelegd aan de bestuurders van de rechtspersoon en aan de RvC als die er is
- De onderzoekers moeten in het eindverslag gemotiveerd reageren op de gemaakte opmerkingen
- Het Hof kan bepalen dat het verslag geheel of gedeeltelijk ter inzage ligt voor door het Hof aan te wijzen personen of voor eenieder

13. Enquêterecht - vervolg

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).

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. Het moet dus gaan om zeer ernstig tekortschietend beleid. Hoewel over vennootschapsrechtelijke normen wordt gesproken, kan wanbeleid zich ook voordoen bij andere rechtspersonen dan de NV en BV. Gemakshalve wordt echter deze veel gebruikte terminologie ook hier gehanteerd. Het gaat niet slechts om strijd met elementaire beginselen van goed ‘ondernemerschap’. Wanbeleid kan ook betrekking hebben op het niet of onvoldoende functioneren van de rechtspersoon, terwijl ook de wijze waarop besluiten tot stand zijn gekomen (denk aan de formele voorschriften omtrent overleg en besluitvorming, en de mate van zorgvuldigheid van de voorbereiding) in de beoordeling kunnen worden betrokken. Wanbeleid moet aan de vennootschap kunnen worden toegerekend: ofwel, wanbeleid volgt uit gedragingen (of het nalaten) van een orgaan van de vennootschap, waarbij het op zich niet nodig is dat aan de (individuele) (voormalige) bestuurders en commissarissen, waaronder eventuele quasi-bestuurders en quasi-commissarissen, persoonlijk wanbeleid kan worden verweten.

Het Hof kan vervolgens, op verzoek, een of meer voorzieningen treffen als het Hof op grond van de uitkomst van het onderzoek geboden acht (art. 2:282 lid 2 BW).

Definitieve voorzieningen (art. 2:283 BW):

- De voorlopige voorzieningen van art. 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

14. Beschikking van 6 juli 2018

De enquêteregeling is in Curaçao van kracht geworden op 1 januari 2012 en wel met onmiddellijke werking.⁴ Dat riep in het kader van de enquêteprocedure inzake de overheidsvennootschappen⁵ vragen van overgangsrechtelijke aard op. De Hoge Raad mocht zich

⁴ In St. Maarten is een vergelijkbare enquêteregeling op 1 april 2014 van kracht geworden, eveneens met onmiddellijke werking.

⁵ Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 13 juni 2017, *JOR* 2017, 316 m.nt. Van den Heuvel en Van Hees (*OM & Aqualectra/Aqualectra c.s.*). Zie ook par. 8.10 van ‘*Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht*’.

daarover uitlaten. De Hoge Raad gaf eerst in algemene zin aan wat deze ‘onmiddellijke werking’ inhoudt:

“Art. 2 lid 1 Lvo Overgangsrecht NBW is voor zover hier van belang gelijkloidend aan het Nederlandse art. 68a Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: Overgangswet NBW), dat voor de overgangsregeling in verband met de Boeken 3-10 BW onmiddellijke werking tot uitgangspunt neemt.

De parlementaire geschiedenis van de Nederlandse overgangsregeling, die in zoverre ook kan worden betrokken op art. 2 lid 1 Lvo Overgangsrecht NBW, vermeldt over de inhoud van het begrip ‘onmiddellijke werking’ onder meer het volgende.

Het beginsel van onmiddellijke werking houdt in dat in principe de wet vanaf haar inwerkingtreding ‘van toepassing wordt’, dat wil zeggen dat deze toepassing niet beperkt blijft tot hetgeen na het tijdstip van inwerkingtreding gebeurt en ontstaat (Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 36).

Onmiddellijke werking van een regeling brengt aldus mee dat deze vanaf de inwerkingtreding nieuwe rechtsposities en rechtsverhoudingen schept en gehandhaafde rechtsposities en rechtsverhoudingen voor het vervolg beheerst. Onder onmiddellijke werking – en niet onder terugwerkende kracht – valt ook dat de nieuwe wet vanaf haar inwerkingtreding een ‘andere rechtswaarde’ verleent aan zogenoemde anterieure feiten (Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 11).

Men mag niet reeds van terugwerkende kracht spreken indien de nieuwe wet een (nieuw) rechtsgevolg verbindt aan een feit dat voor haar inwerkingtreding is geschied en toen geen rechtsgevolg heeft gehad. Terugwerkende kracht is er alleen indien krachtens een nieuwe wet het rechtsgevolg van de nieuwe regeling zelf intreedt op een moment gelegen voor haar inwerkingtreding. (Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 12-13).”

Vervolgens geeft de Hoge Raad aan wat dit alles nu betekent voor de Curaçaose regeling van het enquêterecht:

“Uitgaande van het bovenstaande, brengt het verlenen van onmiddellijke werking aan de art. 2:282 en 2:283 BWC mee dat het daarin neergelegde rechtsgevolg (de bevoegdheid van het hof tot het vaststellen van wanbeleid, het aanwijzen van de daarvoor verantwoordelijke personen en het treffen van voorzieningen) mede kan berusten op feiten die zich voor de inwerkingtreding van die bepalingen hebben voorgedaan. Daarmee is van terugwerkende kracht geen sprake.”

Wat betreft het concordantiebeginsel overweegt de Hoge Raad dat de Curaçaose wetgever zich er bewust van moet zijn geweest wat betreft het overgangsrecht voor een ander uitgangspunt te hebben gekozen dan de Nederlandse wetgever. De Hoge Raad vervolgt:

“Gelet hierop kan het in art. 39 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden verankerde concordantiebeginsel niet meebrengen dat het Curaçaose overgangsrecht op dit punt wordt uitgelegd overeenkomstig art. 29 Overgangswet NBW. Het beginsel van concordantie van rechtspraak geldt immers niet indien is gekozen voor een afwijkende wettelijke regeling.”

Ten slotte overweegt de Hoge Raad:

“Voor zover het middel met een beroep op rov. 4.1.8 van de bestreden beschikking bepleit dat, in verband met de negatieve effecten voor personen, geen wanbeleid van een vennootschap kan worden vastgesteld op grond van ‘anterieure feiten’ [feiten die plaatsvonden voor de inwerkingtreding van het enquêterecht in Curaçao – KF] en evenmin op grond van zodanige feiten de voor wanbeleid verantwoordelijke personen kunnen worden aangewezen, faalt het eveneens. De regeling van het enquêterecht is gericht op het belang van de vennootschap. De mogelijkheden waarin die regeling voorziet, waaronder het treffen van voorzieningen als bedoeld in art. 2:282 lid 3 in verbinding met art. 2:283 BWC, dienen steeds dat belang en vervullen een belangrijke rol voor de doeltreffendheid van die regeling (vgl. HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/466 (Ogem)). Dat is niet anders indien daarbij negatieve effecten voor personen optreden. Van een sanctiekarakter als waarop de klacht kennelijk doelt, kan daarom niet worden gesproken (vgl. EHRM 14 september 1999, nr. 39031/97 (D.H., H.S. en A.D./Verenigd Koninkrijk), en EHRM 1 februari 2007, nr. 12277/04 (Storbråten/Noorwegen)). De door het middel genoemde negatieve effecten kunnen dan ook geen grond zijn om de wettelijke regeling van het enquêterecht geheel of gedeeltelijk buiten toepassing te laten, ook niet in verband met de toepassing van die regeling op ‘anterieure feiten’.”

15. Beschikking van 13 april 2018

Bij beslissing van 13 april 2018⁶ heeft de Hoge Raad in het kader van een Nederlandse enquêteprocedure geoordeeld dat een feitelijk bestuurder door de Ondernemingskamer op grond van art. 2:354 BW-NL (hoofdelijk) kan worden veroordeeld in de onderzoekskosten.

In Curaçao bestaat wat betreft de veroordeling in (een deel van) de kosten van het onderzoek geen vergelijkbare bepaling. Wel zou daar, net als in Nederland, in het kader van de enquêteprocedure zelf (door het Gemeenschappelijk Hof) kunnen worden vastgesteld dat (bepaalde) quasi-bestuurders (mede) *verantwoordelijk* zijn voor het geconstateerde wanbeleid. In de bekende enquêtezaak met betrekking tot de Curaçaose overheidsvennootschappen heeft het Gemeenschappelijk Hof in zijn beschikking van 13 juni 2017 enkel de verantwoordelijke *organen* van de betrokken vennootschappen aangewezen. Tot vervolgpcedures, bijvoorbeeld inzake persoonlijke aansprakelijkheid, is het nimmer gekomen.

⁶ HR 13 april 2018, JOR 2018, 171 m.nt. Overkleeft (*Leaderland*).