

I

PAO-Cursus

Radboud Universiteit Nijmegen &
the University of Curaçao

ACTUALITEITEN ONDERNEMINGSRECHT

“Enquêterecht: introductie van een nieuwe procedure in het Antilliaanse en Arubaanse recht”

Woensdag 16 maart 2011 – WTC, Curaçao

Mr. K. Frielink

18.30 – 20.45 uur

Hieronder volgt de toelichting bij de diverse sheets die onderdeel uitmaken van het cursusmateriaal. Op *Karel's Legal Blog* (<http://www.curacao-law.com>) wordt uitvoerig verhaald over het recht van de Nederlandse Cariben. Voor vragen en opmerkingen: Karel.Frielink@Spigthoffcuracao.com.

II

“Het Antilliaanse enquêterecht wordt om die reden dan ook wel tandoos genoemd. Gelet op de in de praktijk bestaande behoefte aan een adequaat enquêterecht, ware het te overwegen om de wettelijke regeling aan te passen.”

(K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, 1^e druk 2003, par. 2.7)

“Het ware te overwegen om bij een toekomstige herziening van Boek 2 BW ook een, met de in Nederland geldende vergelijkbare, enquêteregeling in het leven te roepen. In de praktijk bestaat daaraan behoefte.”

(K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, 2^e druk 2006, par. 2.5.2)

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 tandoos 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 twifelen. 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. Als het meezit wordt dat enquêterecht in

de tweede helft van 2011 dan wel in 2012 ingevoerd in Curaçao, Aruba, St. Maarten en de BES-eilanden (Bonaire, St. Eustatius en Saba), maar ook in Suriname. De ontwerpen voor Boek 2 BW (die zullen worden ingevoerd in Aruba en Suriname) dan wel die tot herziening van het bestaande Boek 2 BW (Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden) liggen klaar. Het woord is nu, in de betrokken jurisdicties, aan de politiek.

Het doel van een enquêteprocedure is gericht op:

- sanering en/of
- herstel van gezonde verhoudingen en/of
- het verkrijgen van opening van zaken¹ alsmede
- de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk wanbeleid

(Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 728). 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

¹ HR 10 september 2010, JOR 2010, 304 inzake LCI Technology Group.

elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 790). 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 (HR 18 november 2005, JOR 2005, 295 inzake Unilever). 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 beschermings aandelen door een Stichting Continuïteit kan evenmin worden getoetst in een enquêteprocedure.²

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.

III

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

² HR 9 juli 2010, JOR 2010, 228 inzake ASMI.

enquêterecht? Een paar willekeurige voorbeelden ter illustratie,³ waarbij ik nog even in het midden laat of en door wie een enquêteverzoek kan worden ingediend:

- 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)⁴ 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.

³ B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, diss. 2007, p. 413-416.

⁴ 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.

- Door allerlei ruzies bestaat er een *deadlock*-situatie in een orgaan van de rechtspersoon (een tweespalt waardoor de rechtspersoon vleugellam wordt gelegd).⁵

IV

We zullen de hoofdlijnen van de regeling bespreken. We gaan daarbij uit van het ontwerp dat gelijklopend is voor Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden. Waar hierna over “BW” wordt gesproken wordt dat ontwerp 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)⁶
- (Commerciële) vereniging
- Coöperatie
- Onderlinge waarborgmaatschappij
- Naamloze vennootschap
- Besloten vennootschap

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

⁵ B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, diss. 2007, p. 425.

⁶ 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).

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. Overigens zullen toonderaandelen in Aruba worden afgeschaft. In alle landen zal het enquêterecht van toepassing zijn op de in het betreffende Boek 2 BW geregelde (of te regelen) rechtspersonen.

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.

V

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 wordt in de wet niet een bijzondere kamer gelijk aan de ondernemingskamer 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 (eerder in deze cursus door Prof. Gerard van Solinge besproken).

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.⁷ Voor wat betreft de

⁷ 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

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 het voorstel. 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

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 winst oogmerk heeft.

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.

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 twifelen (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 heeft 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 Robbé).

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?⁸

Wie worden in het wetsvoorstel niet genoemd? De houders van certificaten van aandelen die al dan niet met medewerking van de NV of BV zijn uitgegeven. 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).⁹ In 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. Daartegenover kan worden gesteld dat de wetgever, die bekend is met het Nederlandse recht, kennelijk kiest voor een andere benadering.

Hoe dit ook zij, wat mij betreft wordt het ontwerp op dit punt aangepast overeenkomstig de bevindingen van de Nederlandse Commissie Vennootschapsrecht, zoals vastgelegd in haar advies van 19 oktober 2010.¹⁰ 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% kapitaalseis). Of de certificaten al dan niet met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, is daarbij niet van belang.

⁸ Vgl. OK 5 oktober 2005, JOR 2005, 296 inzake Smit Transformatoren.

⁹ In Nederland worden de certificaathouders genoemd in artikel 2:346 onder b. Ned-BW. Zie daarover ook HR 10 september 2010, NJ 2010, 665 inzake Butôt m.nt. Van Schilfgaarde en Perrick.

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

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 kapitaaleis 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.

VI

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).¹¹

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

¹¹ 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).

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.

VII

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 (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 belangenverstrengeling (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).

VIII

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 (vooralsnog) een gesloten overeenkomst niet uit te voeren.¹² 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.

¹² 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.

IX

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).

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).¹³

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

¹³ OK 24 november 2005, JOR 2006, 6 inzake Ahold.

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.¹⁴

X

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 het voorstel 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 een gelukkige 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 beter aan bij de Nederlandse regeling (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009, nr. 793).

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):

¹⁴ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 19 maart 2002, JOR 2002, 127 inzake Text Lite.

- 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

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 BW¹⁵ 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 BW¹⁶ moet in elk geval wel worden verleden.

Tenslotte wordt opgemerkt dat het Hof, indien het daartoe aanleiding ziet, de instelling van een nader onderzoek kan bevelen ten aanzien van bepaalde

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

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.¹⁷

Slotopmerking

Het zou mij niet verbazen als het enquêterecht ook in dit deel van het Koninkrijk een succes wordt, in de zin dat na invoering veelvuldig van dit instrument gebruik zal worden gemaakt. Er zijn veel ondernemingsrechtelijke geschillen en een aanzienlijk deel daarvan leent zich voor het enquêterecht.

* * * * *

¹⁷ HR 10 september 2010, JOR 2010, 304 inzake LCI Technology Group.