

## Economisch gerechtigde niet bevoegd tot instellen van enquêteverzoek

<b>Instantie:</b> Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
<b>Datum uitspraak:</b> 25-09-2020
<b>Publicatie:</b> JOR 2021/36 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 2, 2021
<b>Annotator:</b> Schreurs, Ph.W.
<b>ECLI:</b> <a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2020:2522</a>
<b>Zaaknummer:</b> nr. 200.280.503/01
<b>Rechtsgebied:</b> Ondernemingsrecht
<p><b>Overige publicaties:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2020:2522</a></li> <li>▪ <a href="#">JOR 2021/36 met annotatie van Schreurs, Ph.W.</a></li> <li>▪ ARO 2020/175</li> <li>▪ OR-Updates.nl 2021-0087</li> <li>▪ RO 2021/20</li> <li>▪ JONDR 2021/190</li> </ul>
<p><b>Rechter(s):</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ mr. Vink</li> <li>▪ mr. Wolfs</li> <li>▪ mr. Vetter</li> <li>▪ mr. drs. Boon RA</li> <li>▪ drs. Moolenaar</li> </ul>
<p><b>Partijen:</b></p> <p>1. Unius Holding BV te Kampen,</p> <p>2. StAK Unius Holding te Urk,</p> <p>3. [A],</p> <p>verzoekers,</p> <p>advocaat: mr. A.R. de Vlieger,</p> <p>tegen</p> <p>1. Exodus Holding BV te Urk,</p> <p>2. SeaVsat BV te Urk,</p> <p>verweersters,</p> <p>advocaat: mr. A. Arslan,</p> <p>en tegen</p> <p>1. [B],</p> <p>2. [C],</p> <p>3. [D],</p> <p>4. [E],</p>

belanghebbenden,  
niet bij advocaat verschenen.

**Regelgeving:**

- **BW art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b**
- **Fw art. 27**

**Inhoudsindicatie**

Enquêteprocedure Exodus, Verzoekster verkeert in staat van faillissement en **curator** neemt geding niet over, Ontslag van instantie, Geen gelijkstelling met belang van aandeelhouder of certificaathouder in vennootschap, Niet-ontvankelijkheid

**Ga direct naar**

- **Samenvatting**
- **Uitspraak**
- **Beslissing/besluit**
- **Noot**

**Samenvatting**

Unius is in staat van faillissement verklaard. De **curator** heeft meegedeeld het geding niet over te zullen nemen. Op grond van **art. 27 lid 2 Fw** hebben Exodus en SeaVsat (waar het enquêteverzoek betrekking op heeft) dan het recht ontslag van de instantie te vragen. De OK zal dat verzoek inwilligen, nu voortzetting van de enquêteprocedure, ook buiten bezwaar van de boedel, voor Exodus en SeaVsat onnodig belastend zal zijn en niet is gebleken dat Unius in staat zal zijn aan een eventuele proceskostenveroordeling jegens Exodus en SeaVsat te voldoen.

In zijn arrest van 29 maart 2013, **«JOR» 2013/166**, m.nt. Doorman (*Chinese Workers*) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een **enquête** toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend en dat de daartoe strekkende opsomming in **art. 2:346 BW** limitatief is. Volgens vaste rechtspraak brengt de strekking van het enquêterecht echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b BW, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders.

Niet in geschil is dat aan [A] en StAK als certificaathouder respectievelijk aandeelhouder van Unius op grond van het bepaalde in art. 2:346 BW niet de bevoegdheid toekomt een verzoek in te dienen tot het instellen van een **enquête** bij Exodus en/of dochtervennootschap SeaVsat. De vraag is dan ook of [A] en StAK, als verschaffer van risicodragend kapitaal, een eigen economisch belang hebben in Exodus en/of SeaVsat dat in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder als bedoeld in art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b BW.

De OK beantwoordt die vraag ontkennend. Daarbij is met name van belang dat Unius niet uitsluitend ten behoeve van StAK en [A] de aandelen in Exodus beheert, maar dat zij daarnaast ook zelf nog (ondernemings)activiteiten verricht. Zo is Unius tevens economisch eigenaar van het (voormalig) kantoorpand van SeaVsat en de woning van [A], heeft zij uit dien hoofde nog een aanzienlijke hypothecair gedekte schuld aan Rabobank en bestaat tussen SeaVsat en Unius een rekening-courantverhouding op grond waarvan Unius blijkens het arrest van 3 september 2020 ten minste nog € 400.000 aan SeaVsat verschuldigd is. Unius heeft daarmee een eigen economisch belang bij haar aandeelhouderschap; dit geldt temeer nu zij in staat van faillissement is verklaard en de **curator** de failliete boedel dient te beheren en te vereffenen. Onder die omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat het economisch belang van [A] en StAK als verschaffers van risicodragend kapitaal, in dit geval op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder in Exodus (en SeaVsat).

**Uitspraak**

(...; red.)

**2. De feiten**

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Exodus is op 26 februari 2019 opgericht. De aandelen in het geplaatste kapitaal van Exodus worden gehouden door Unius (82,4%), [B] (10%) [C] (3,3%) [D] (1%) en [E] (3,3%). [D] is (indirect) enig bestuurder van Exodus. Exodus houdt alle aandelen in SeaVsat en is haar enig bestuurder.

2.2 Stak houdt alle aandelen in Unius en is haar enig bestuurder. [A] houdt de door Stak uitgegeven certificaten van aandelen in Unius en is enig bestuurder van Stak.

2.3 SeaVsat drijft een onderneming die zich bezig houdt met het leveren van (apparatuur voor) *airtime* en telefonie op maritiem gebied.

### **3. De gronden van de beslissing**

3.1 Unius c.s. hebben aan het verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Exodus en SeaVsat en dat gelet op de toestand van de vennootschap onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen.

3.2 Exodus en SeaVsat en hebben daartegenover als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat (i) Unius in staat van faillissement is verklaard en de **curator** het geding niet wenst over te nemen, zodat ter zake van het door Unius gedane verzoek ontslag van instantie moet worden verleend en dat (ii) [A] en Stak in hun verzoek niet-ontvankelijk zijn omdat zij als certificaathouder respectievelijk aandeelhouder van Unius niet bevoegd zijn een **enquête** bij Exodus of SeaVsat te verzoeken, aangezien zij niet voldoen aan de in artikel 2:346 BW gestelde eisen en hun economisch belang bij die vennootschappen daarmee ook niet gelijk gesteld kan worden.

3.3 Unius c.s. hebben daarop aangevoerd dat het faillissement van Unius nog niet definitief is en dat de enquêteprocedure buiten bezwaar van de boedel kan worden voortgezet. Ten aanzien van de verzoeken van [A] en Stak betogen zij dat hun eigen economische belangen in Exodus en SeaVsat meebrengen dat zij voor de toepassing van artikel 2:346 lid 1, aanhef en onder b BW gelijkgesteld dienen te worden met aandeelhouders of certificaathouders.

3.4 De Ondernemingskamer ziet aanleiding deze verweren eerst te bespreken.

#### **Ontslag van instantie**

3.5 Unius is op 15 juli 2020 door de rechtbank in staat van faillissement verklaard. Bij arrest van 3 september 2020 heeft het gerechtshof die beslissing bekrachtigd. Bij deze stand van zaken geldt als uitgangspunt voor de beoordeling dat Unius in staat van faillissement is verklaard. De **curator** heeft meegedeeld het geding niet over te zullen nemen. Op grond van artikel 27 lid 2 Fw hebben Exodus en SeaVsat dan het recht ontslag van de instantie te vragen. De Ondernemingskamer zal dat verzoek inwilligen, nu voortzetting van de enquêteprocedure, ook buiten bezwaar van de boedel, voor Exodus en SeaVsat onnodig belastend zal zijn en niet is gebleken dat Unius in staat zal zijn aan een eventuele proceskostenveroordeling jegens Exodus en SeaVsat te voldoen.

#### **Ontvankelijkheid**

3.6 In zijn arrest van 29 maart 2013 (**«JOR» 2013/166**, m.nt. Doorman; *red.*), (**ECLI:NL:HR:2013:BY7833**) (Chinese Workers) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een **enquête** toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend en dat de daartoe strekkende opsomming in art. 2:346 BW limitatief is. Volgens vaste rechtspraak brengt de strekking van het enquêterecht echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van art. 2:346, lid 1, aanhef en onder b BW, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders.

3.7 Niet in geschil is dat aan [A] en Stak als certificaathouder respectievelijk aandeelhouder van Unius op grond van het bepaalde in artikel 2:346 BW niet de bevoegdheid toekomt een verzoek in te dienen tot het instellen van een **enquête** bij Exodus en/of SeaVsat. De vraag is dan ook of [A] en Stak, als verschaffer van risicodragend kapitaal een eigen economisch belang hebben in Exodus en/of SeaVsat dat in zoverre op een lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder als bedoeld in artikel 2:346 lid 1, aanhef en onder b BW.

3.8 De Ondernemingskamer beantwoordt die vraag ontkennend. Daarbij is met name van belang dat Unius niet uitsluitend ten behoeve van Stak en [A] de aandelen in Exodus beheert, maar dat zij daarnaast ook zelf nog (ondernemings-)activiteiten verricht. Zo is Unius tevens economisch eigenaar van het (voormalig) kantoorpand van SeaVsat en de woning van [A], heeft zij uit dien hoofde nog een aanzienlijke hypothecair gedekte schuld aan Rabobank en bestaat tussen SeaVsat en Unius een rekening-courant verhouding op grond waarvan Unius blijkens het arrest van 3 september 2020 tenminste nog € 400.000 aan SeaVsat verschuldigd is. Unius heeft daarmee een eigen economisch belang bij haar aandeelhouderschap; dit geldt temeer nu zij in staat van faillissement is verklaard en de **curator** de failliete boedel dient te beheren en te vereffenen. Onder die omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat het economisch belang van [A] en Stak als verschaffers van risicodragend kapitaal, in dit geval op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder in Exodus (en SeaVsat).

3.9 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat [A] en Stak voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b BW niet gelijkgesteld kunnen worden met aandeelhouders of certificaathouders van Exodus en SeaVsat, zodat aan hen geen bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een **enquête** bij die vennootschappen toekomt.

### **Conclusie**

3.10 De Ondernemingskamer komt bij deze stand van zaken niet aan een inhoudelijke beoordeling van het verzoek toe. Zij zal gelet op hetgeen hiervoor is overwogen Exodus en SeaVsat ter zake van het verzoek van Unius ontslaan van de instantie. De Ondernemingskamer ziet aanleiding de kosten van het geding in zoverre te compenseren zoals hierna te vermelden. De Ondernemingskamer zal [A] en Stak in hun verzoeken niet-ontvankelijk verklaren en [A] en Stak als de in het ongelijk gestelde partijen veroordelen in de kosten van het geding, met nakosten en rente.

### **4. De beslissing**

De Ondernemingskamer:

ontslaat Exodus Holding B.V. en SeaVsat B.V. ter zake van het verzoek van Unius Holding B.V. van de instantie;

verklaart [A] en Stichting Administratiekantoor Unius Holding niet-ontvankelijk in hun verzoek;

compenseert de kosten van het geding tussen Exodus Holding B.V. en SeaVsat B.V. enerzijds en Unius Holding B.V. anderzijds aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

veroordeelt [A] en Stichting Administratiekantoor Unius Holding in de kosten van het geding (...; *red.*);

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

### **Noot**

1. Deze ietwat atypische casus over het enquêteverzoek inzake Exodus biedt de gelegenheid voor een noot over (a) ontvankelijkheidsvraagstukken en (b) strategische afwegingen bij enquêteverzoeken.

2. Enige feiten ontleen ik mede aan het inmiddels gepubliceerde verslag in het faillissement van Unius.

Het atypische in deze casus is dat de indirecte 82%-grootaandeelhouder De B niet ook bestuurder van Exodus is. Uit het verslag blijkt bovendien dat deze 82% aandelen slechts 20% van de stemmen geeft. De omvang van de rekening-courantvordering van Exodus op Unius en van Unius op De B lijkt een van de (vele) geschillen die tot de ondergang hebben geleid. Recent is ook dochter SeaVsat gefailleerd.

3. *Ontvankelijkheid.* Hoewel zowel De B, de door hem bestuurde StAK als de door StAK bestuurde grootaandeelhouder Unius een enquêteverzoek doen omtrent het beleid in Exodus BV, wordt geen van hen ontvankelijk verklaard. Ik loop de verschillende redenen daarvoor langs.

4. Unius is 82%-aandeelhouder. Een houder van 10% of meer van de aandelen is gerechtigd een enquêteverzoek te doen. Weliswaar blijven de vennootschappelijke organen van Unius ondanks haar faillissement intact, maar dat betekent niet dat De B/StAK als (indirect) bestuurder van Unius degene is die Unius mag vertegenwoordigen bij de indiening van dat

enquêteverzoek. Op grond van **art. 68 Fw** is de **curator** immers degene die belast is met het beheer en de vereffening van het vermogen van Unius. In het Polisol-arrest (HR 29 april 2005, **«JOR» 2005/146**, m.nt. Van Mierlo) bepaalde de Hoge Raad ten aanzien van een enquêteverzoek: "Het gaat hier niet om de uitoefening van een vennootschapsrechtelijke bevoegdheid (...). De bevoegdheid om een **enquête** te verzoeken is geen vermogensrecht, maar dat sluit niet uit dat de aandeelhouder met zulk een verzoek kan beogen een vermogensbelang te dienen. Gelet op dit een en ander bestaat er geen grond om aan een dergelijk verzoek het karakter te ontzeggen van een daad van beheer (...). Die beheersbevoegdheid is (...) een exclusieve." Unius kan dus uitsluitend bij monde van de **curator** een enquêteverzoek omtrent Exodus indienen.

5. De **curator** heeft meegedeeld het geding niet over te zullen nemen. Had hij dat wel gedaan, dan zou een proceskostenveroordeling van Unius een boedelschuld hebben opgeleverd. Dat zou ook het geval zijn indien de boedel zodanig leeg zou zijn dat deze concurrente boedelschuld niet zou kunnen worden voldaan. Omdat de **curator** niet overneemt, kunnen de verweerders ontslag van instantie vragen. In r.o. 3.5 overweegt de OK dat voortzetting onnodig belastend zal zijn voor verweerders én Unius niet aan een proceskostenveroordeling zal kunnen voldoen. Ik zou menen dat als De B en StAK zich uitdrukkelijk garant hadden gesteld voor een dergelijke proceskostenveroordeling, dit tweede argument zou sneuvelen en het eerste dan zelfstandig onvoldoende sterk zou zijn geweest om te leiden tot niet-ontvankelijkheid. De B heeft die garantie echter kennelijk niet gegeven.

6. De StAK en De B vangen eveneens bot. Volgens vaste rechtspraak sinds HR 29 maart 2013, **«JOR» 2013/166**, m.nt. Doorman (*Chinese Workers*) wordt de verschaffer van risicodragend kapitaal die een zodanig economisch belang heeft dat dat gelijk moet worden gesteld met een aandeel- of certificaathouder, een daarmee vergelijkbaar enquêterecht. De OK toetst in r.o. 3.7 en 3.8 of daaraan wordt voldaan. Rechtstreeks is StAK echter geen aandeelhouder van Exodus en De B is geen certificaathouder van Exodus. Unius zit er immers "tussen". Zoals ook het geval was in de bekende reeks *Scheipar* (**«JOR» 2003/161**, m.nt. Josephus Jitta), *Butôt* (**«JOR» 2010/337**, m.nt. Brink), *TESN* (**«JOR» 2011/178**, m.nt. Doorman) en *Chinese Workers* (**«JOR» 2013/166**) gaat het in feite steeds over de rol en positie van de tussenliggende entiteit. Kan die welhaast weggedacht worden, dan zal – erdoorheen kijkend – enquêterecht bestaan ten aanzien van de eronder hangende vennootschap. Net als in *Slotervaart Ziekenhuis* (**«JOR» 2014/259**, m.nt. Olden) kan in casu Unius niet worden weggedacht. Unius is niet louter een holding voor de 82% aandelen, maar is ook eigenaar van het bedrijfspand en andere vermogensbestanddelen. "Unius heeft daarmee een eigen economisch belang bij haar aandeelhouderschap; dit geldt temeer nu zij in staat van faillissement is verklaard en de **curator** de failliet boedel dient te beheren en te vereffenen" (r.o. 3.8). Dit laatste lijkt me inderdaad van doorslaggevend belang. Nu Unius failliet is verklaard, is het kennelijk zo dat haar schulden groter zijn dan haar bezittingen. De kans dat haar UBO De B ooit een opbrengst op zijn certificaten krijgt, is (statistisch) uiterst gering en dus is nauwelijks sprake van een "economisch belang" van StAK en De B. Dat belang ligt bij de gezamenlijke crediteuren.

7. *Strategische afwegingen*. Sinds jaar en dag is de OK een "efficiënte dienstmaagd" waar het stakeholdergeschillen betreft. Maar zij laat zich niet lenen voor gevechten om des keizers baard als de onderhavige. Blijkens het openbaar faillissementsverslag heeft de **curator** evenmin aanleiding gezien het middel van de **enquête** in te zetten "vanwege het ontbreken van enige toegevoegde waarde" naast het door hem uit te voeren oorzakenonderzoek. Dat is klare taal. Onder welke omstandigheden doet een **curator** daar mogelijk wel verstandig aan?

8. Sinds de aanpassing van **art. 2:346 BW** mag de **curator** van een gefailleerde vennootschap een **enquête** verzoeken naar die vennootschap zelf (lid 1, letter d jo. lid 3). Tot nu toe is dat uitsluitend nog in het faillissement Estro (OK 10 december 2019, **«JOR» 2020/144**, m.nt. Duynstee, **ECLI:NL:GHAMS:2019:4359**) gebeurd. Voordien kon de **curator** in feite slechts een enquêteverzoek betreffende een dochter doen via de tot de boedel behorende aandelen daarin (zoals in casu het geval zou zijn geweest als de **curator** het geding wel had overgenomen). Mijns inziens zijn de strategische afwegingen in beide posities overigens redelijk vergelijkbaar.

a. *Onafhankelijkheid*. Ook al beschouwen sommigen de **curator** als een semi-ambtelijke onafhankelijke *actor*, dat gevoel beklijft maar zelden bij een bestuurder of andere partij die na een oorzakenonderzoek door die **curator** wordt aangesproken bijvoorbeeld op grond van de pauliana of het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid. Indien de **curator** gegronde redenen heeft om te twifelen aan het beleid, kan veel aan objectiviteit gewonnen worden door het onderzoek daarnaar geheel in handen van een onafhankelijke derde te leggen. Dit neemt met name (een deel van) verwijten omtrent mogelijk bij de **curator** aanwezige *hindsight bias* weg, al bestaat die uiteraard per definitie ook bij een onderzoeker.

b. *Kosten*. Veelal als contra-argument worden de kosten van een **enquête** opgevoerd. Oorzakenonderzoeken en **enquêtes** kosten geld, maar de een niet per definitie meer dan de ander. Het voordeel van de **curator** als onderzoeker is dat hij de reeds bij hem aanwezige data, kennis en inzichten omtrent het faillissement niet hoeft over te dragen aan een derde. Het voordeel van een enquêteur als onderzoeker is dat de zelden afwezige verdenking dat de **curator** slechts zijn kantoorkas spekt wordt weggenomen. In gevallen waarin de boedel leeg is of niet wil financieren (daartoe kan die immers niet worden verplicht) en de kosten door een crediteur worden gedragen, ligt dat laatste uiteraard minder scherp.

c. *Procedurele aspecten*. Een enquêteur heeft enkele middelen waarover de **curator** niet zonder meer beschikt. Op de voet van **art. 2:351 lid 2 BW** kan een enquêteur rechterlijke machtiging krijgen onderzoek te doen bij "nauw verbonden" rechtspersonen en de daarbij betrokken personen. Ook wordt aangenomen dat hij eenvoudiger onderzoek kan doen in het buitenland, bijvoorbeeld doordat de onderzoeker mag verzoeken te worden benoemd tot "commissioner" in de zin van art. 17 lid 1 Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken.

d. De enquêteur kan niet aansprakelijk worden gesteld voor schade als gevolg van zijn onderzoek (art. 2:351 lid 5 BW), terwijl **curatoren** in toenemende mate daarop worden aangevallen.

e. *Vervolgstappen*. Het meest concrete verschil is naar ik meen gelegen in de toepassing van de bevindingen van de enquêteur in de tweede fase. Op grond van de vaststelling door de OK dat sprake is van wanbeleid kan onder meer een eerder verleende décharge ongedaan worden gemaakt waardoor het voor de **curator** mogelijk wordt een vordering op basis van **art. 2:9** of **art. 6:162 BW** in te stellen respectievelijk verder terug te kijken dan de drie jaar waartoe een **art. 2:248**-vordering beperkt is.

mr. Ph.W. **Schreurs**, advocaat corporate litigation bij Boels Zanders Eindhoven

---