

HOOFDSTUK 49

ENQUÊTERECHT EN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

*Gerard van Solinge*¹

49.1 Inleiding

Wereldwijd gezien is het Nederlandse enquêterecht een uniek verschijnsel.² Tot 2012 was er geen ander land dat een equivalent van de enquêteprocedure kende. Op 1 januari van dat jaar is in Curaçao een regeling van het enquêterecht in de wet opgenomen die grotendeels is gebaseerd op de Nederlandse regeling. Later volgden Sint Maarten, Aruba en (naar verwachting per 1 januari 2023) Suriname. Zie verder hoofdstuk 50 en hoofdstuk 51.

Volgens de vaste rechtspraak en de heersende opvatting in de literatuur kan niet een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken kan worden verzocht bij een rechtspersoon naar buitenlands recht. Het opleggen van (onmiddellijke) voorzieningen bij een rechtspersoon naar buitenlands recht is evenmin mogelijk. Toch kunnen buitenlandse partijen in verschillende hoedanigheden betrokken zijn bij de typisch Nederlandse enquêteprocedure. Zo kan een enquêteverzoek afkomstig zijn van een of meer buitenlandse partijen die aandeelhouder of lid zijn van die rechtspersoon. Ook kunnen in het buitenland gevestigde aandeelhouders, leden, bestuurders of commissarissen als belanghebbenden in de procedure worden betrokken. Hierdoor worden zij mogelijk geraakt door een voorziening die in het kader van de Nederlandse enquêteprocedure is getroffen. In het buitenland gevestigde personen en rechtspersonen die nauw verbonden zijn met de onderzochte rechtspersoon kunnen eveneens in het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken worden betrokken. Verder kunnen in de enquêteprocedure tegenverzoeken worden gedaan die zijn gericht tegen in het buitenland gevestigde partijen, zoals de oorspronkelijke verzoeker.

De betrokkenheid in de enquêteprocedure van partijen die in het buitenland zijn gevestigd, roept vragen op die liggen op het terrein van het internationaal privaatrecht. Dit hoofdstuk is aan die vraagstukken gewijd. Volgens de klassieke triage

1 Prof. mr. G. van Solinge is hoogleraar ondernemingsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Allen & Overy.

2 In andere jurisdicties is het veelal wel mogelijk het beleid en de gang van zaken in een vennootschap en de met haar verbonden onderneming door een rechter te laten beoordelen, al of niet voorafgegaan door een (onafhankelijk) onderzoek. In zoverre is er wel enige gelijkenis met de Nederlandse enquêteprocedure. Een voorbeeld is de beslechting van geschillen inzake 'internal affairs' door de Delaware Court of Chancery. Zie verder hoofdstuk 51.

komen daarbij achtereenvolgens aan bod: de rechtsmacht van de Ondernemingskamer, het toepasselijk recht en de erkenning en executie van enquêtebeschikkingen in het buitenland.

49.2 Rechtsmacht van Ondernemingskamer

49.2.1 *Bevoegdheid van Ondernemingskamer (intern procesrecht)*

In art. 995 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) is bepaald dat – in afwijking van de hoofdregel van art. 262 Rv – in alle zaken die ingevolge het bij of krachtens Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalde met een verzoekschrift worden ingeleid, de rechter van de woonplaats van de rechtspersoon relatief bevoegd is. De rechterlijke bevoegdheid inzake de enquêteprocedure is geregeld in diverse bepalingen van Titel 8 Boek 2 BW jo. art. 995 Rv. Steeds is de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam de aangewezen rechter. Zodoende is de Ondernemingskamer bevoegd kennis te nemen van het initiële verzoekschrift tot het benoemen van personen die worden belast met het onderzoek (art. 2:345 lid 1 BW), het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen (art. 2:349a BW) en het verzoek tot het vaststellen van wanbeleid en (eventueel) het treffen van definitieve voorzieningen (art. 2:355 BW jo. art. 2:356 BW). Ook is de Ondernemingskamer de bevoegde rechter met betrekking tot de schadevergoedingsprocedure wegens een onredelijk enquêteverzoek (art. 2:350 lid 2 BW) en in de procedure tot kostenverhaal (art. 2:354 BW). Op grond van deze regels van intern procesrecht is de Ondernemingskamer dus bevoegd kennis te nemen van dergelijke verzoeken in het kader van de enquêteprocedure.

49.2.2 *Internationale bevoegdheidsregeling in Brussel I bis-Verordening*

De regels inzake de internationale rechterlijke bevoegdheid zijn neergelegd in de herschikte Brussel I-Verordening, ook wel aangeduid als Brussel I bis-Verordening (of EEX-Verordening II).³ De Brussel I bis-Verordening geeft een regeling ter bepaling van de rechtsmacht in internationale burgerlijke en handelsgeschillen indien een verweerder woonplaats heeft in een van de lidstaten.⁴ De geschillen die doorgaans in

3 Verordening (EU) 1215/2012 van 12 december 2012 betreffende rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), (*PbEU* 2012, L 351/1). De Brussel I bis-Verordening is een herziene versie van de in 2002 tot stand gekomen Verordening (EG) 44/2001, (*PbEG* 2001, L 12/1), waarvan laatstgenoemde in de plaats trad van het EEG Bevoegdheids- en Executieverdrag 1968 (EEX-Verdrag, (*Trb.* 1969, 101), nadien vele malen gewijzigd).

4 Voor verweerders met woonplaats in Denemarken, IJsland, Noorwegen en Zwitserland gelden voor de bepaling van de rechtsmacht de vrijwel gelijklopende regels van het in 2007 herziene Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in

enquêteprocedures aan de orde worden gesteld, vallen onder de in art. 1 lid 1 Brussel I bis-Verordening genoemde burgerlijke en handelszaken, zodat de bepalingen van de Brussel I bis-Verordening op de Nederlandse enquêteprocedure van toepassing zijn. Een burgerlijk geschil of handelsgeschil heeft een internationaal karakter indien twee of meer lidstaten zijn betrokken, maar ook indien een lidstaat en een niet-lidstaat zijn betrokken.⁵

Volgens de hoofdregel van art. 4 Brussel I bis-Verordening wordt een verweerder gedaagd voor de gerechten van zijn woonplaats. De gedachte hierachter is terug te leiden naar het beschermingsbeginsel: de verwerende partij mag niet worden gedwongen een uitwedstrijd te spelen. Het gerecht van zijn woonplaats wordt als het ‘natuurlijke forum’ beschouwd.⁶ Is de verwerende partij een vennootschap of rechtspersoon, dan wordt de woonplaats autonoom bepaald door art. 63 Brussel I bis-Verordening: vennootschappen en rechtspersonen hebben hun woonplaats op de plaats van hun statutaire zetel, of hun hoofdbestuur, of hun hoofdvestiging.

In afwijking van de hoofdregel van art. 4 Brussel I bis-Verordening wijst de verordening voor bepaalde typen van geschillen een exclusief forum aan. Op grond van art. 24 Brussel I bis-Verordening is, ongeacht de woonplaats van de verwerende partij(en), ter zake van de daarin genoemde geschillen altijd de rechter van het exclusieve forum bevoegd.⁷

De ratio van het exclusieve forum is dat de door art. 24 Brussel I bis-Verordening aangewezen rechter bij uitstek geschikt wordt geacht van het geschil kennis te nemen, gelet op de bijzondere band tussen het desbetreffende geschil en het grondgebied van het aangewezen gerecht.⁸ Hierdoor kan worden bereikt dat het geschil wordt beslecht door de rechter die feitelijk nabij is en juridisch een nauwe band heeft met het geschil.⁹ Toegespitst op geschillen met betrekking tot rechtspersonen betekent dit dat tegenstrijdige beslissingen kunnen worden vermeden, doordat de geschillen worden berecht door de rechter van het land waar de rechtspersoon is ge-

burgerlijke en handelszaken, (*PbEU* 2009, L 147/5). Dit verdrag, ook wel het Parallelverdrag, Verdrag van Lugano II of EVEX II geheten, blijft hier verder onbesproken. Heeft verweerder geen woonplaats in een van de lidstaten, dan geldt op grond van art. 6 Brussel I bis-Verordening het commune internationale procesrecht, zoals vastgelegd in art. 1-14 Rv. Zie daarover P. Vlas, *Rechtspersonen* (Praktijkreeks IPR, deel 9), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2017/229 e.v. (hierna: Vlas 2017).

5 HvJ EG 1 maart 2005, C-281/02, *NJ* 2007/369, m.nt. Vlas (*Owusu/Jackson*); HvJ EU 14 november 2013, C-478/12, *NJ* 2014/234 (*Maletic/Lastminute.com*).

6 F. Ibili, in: A.I.M. van Mierlo & C.J.J.C. van Nispen (red.), *T&C Rv*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, art. 4 Brussel I bis, aant. 1.

7 Naast het exclusieve forum van art. 24 sub 2 kent de Brussel I bis-Verordening nog de regeling van art. 7, op grond waarvan een verweerder naast het gerecht van zijn woonplaats op grond van art. 4, ook kan worden opgeroepen voor een ander gerecht, onder meer met betrekking tot geschillen over verbintenissen uit overeenkomst en onrechtmatige daad en betreffende de exploitatie van een agent-schap of filiaal. Deze bijzondere fora van art. 7 Brussel I bis-Verordening blijven hier verder onbesproken.

8 HvJ EG 4 juli 1985, C-220/84, *NJ* 1986/509, m.nt. Schultsz (*AS-Autoteile/Malhé*).

9 HvJ EG 13 juli 2006, C-4/03, *NJ* 2008/78, m.nt. Vlas (*Gat/LuK*).

vestigd aan de hand van het materiële recht van datzelfde land. De rechter past zijn eigen recht toe. De rechtszekerheid is gediend met een dergelijke ‘Gleichlauf’ tussen rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht.¹⁰

Waar het gaat om geschillen met betrekking tot vennootschappen en rechtspersonen is in art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening bepaald dat ten aanzien van (a) de geldigheid, nietigheid en ontbinding van vennootschappen en rechtspersonen met een plaats van vestiging in een lidstaat; dan wel (b) de geldigheid of nietigheid van de besluiten van hun organen, de rechter van die lidstaat bij uitsluiting bevoegd is. Om de plaats van vestiging vast te stellen, past de rechter de regels van zijn eigen internationaal privaatrecht toe. Dit laatste is een uitzondering op het zojuist genoemde autonome begrip woonplaats van vennootschappen en rechtspersonen in art. 63 Brussel I bis-Verordening. Volgens Nederlands internationaal privaatrecht heeft een ‘corporatie’ haar zetel op het grondgebied van de staat naar welks recht zij is opgericht en door welk recht zij wordt beheerst (art. 10:118 BW). Zie § 49.3.1 voor de betekenis van het begrip ‘corporatie’. Indien de statutaire zetel van de betrokken rechtspersoon of vennootschap in Nederland is gelegen, is de Nederlandse rechter dus bevoegd om als exclusief forum kennis te nemen van een internationaal geschil over de kwesties genoemd in art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening.

De bepalingen van art. 24 Brussel I bis-Verordening gelden ongeacht de woonplaats van partijen. Zelfs als eiser of verzoeker dan wel de verwerende partij(en) niet in een aangesloten lidstaat zijn gevestigd, gelden de regels van het exclusieve forum.¹¹ De regels van het exclusieve forum moeten in elke stand van het geding ambtshalve worden toegepast.¹² Verder blijkt het bijzondere karakter van art. 24 Brussel I bis-Verordening uit het feit dat de regels van het exclusieve forum niet kunnen worden opzijgezet door een forumkeuzebeding van partijen (art. 25 lid 4 Brussel I bis-Verordening). Een bepaling in een overeenkomst of de statuten waarin een andere rechter wordt aangewezen, heeft daarom geen rechtsgevolg.¹³ Evenmin is van toepassing de regel van stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid in geval een verweerder verschijnt voor een ander gerecht dan het exclusieve forum en hij niet

10 HvJ EU 7 maart 2018; C-560/16, *NJ* 2018/351, m.nt. Van Solinge; *JOR* 2018/144, m.nt. Beckers (*E.ON Czech/Dédouch*). Zie ook mijn annotatie bij dit arrest: Van Solinge, *NJ* 2018/351, waaraan delen van deze bijdrage zijn ontleend.

11 Dit in afwijking van het formele toepassingsgebied van de Brussel I bis-Verordening (slechts toepasselijkheid indien verweerder woonplaats heeft in een aangesloten lidstaat).

12 Art. 27 Brussel I bis-Verordening. Deze regel geldt ook indien in cassatie geen beroep is gedaan op ambtshalve toetsing, zie HvJ EG 15 november 1983, C-288/83, *NJ* 1984/695, m.nt. Wichers Hoeth & Schultsz (*Duijnstee/Goderbauer*).

13 Een forumkeuzebeding waarin de Ondernemingskamer als bevoegde rechter wordt aangewezen met het oog op de door haar toe te passen Nederlandse enquêteregeling is ongeldig, althans krachteloos, indien het voorwerp van de enquête niet een rechtspersoon naar Nederlands recht is. De Ondernemingskamer heeft immers geen rechtsmacht met betrekking tot rechtspersonen naar buitenlands recht (§ 49.2.4). Een dergelijk forumkeuzebeding is overbodig indien het voorwerp van eventuele enquête wel een rechtspersoon naar Nederlands recht is, aangezien de bevoegdheid van de Ondernemingskamer dan door de wet is gegeven (art. 2:345 BW jo. art. 995 Rv).

of niet tijdig de bevoegdheid van het andere gerecht betwist (art. 26 lid 1 Brussel I bis-Verordening). Vrijwillige verschijning zet het exclusieve forum dus niet opzij.

49.2.3 Reikwijdte van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening

De regeling van het exclusieve forum met betrekking tot vennootschappen en rechtspersonen heeft een beperkt bereik. Volgens de tekst van de bepaling gaat het om kwesties over het (rechtsgeldige) bestaan van de vennootschap of rechtspersoon en kwesties over de geldigheid van de besluiten van de vennootschap of rechtspersoon. In *Hassett en Doherty/MDU*¹⁴ heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) bepaald dat deze bepaling restrictief moet worden uitgelegd, zodat wat betreft besluiten van een orgaan van een vennootschap de werkingssfeer beperkt is tot geschillen waarbij een partij de geldigheid van een besluit betwist op grond van het toepasselijke vennootschapsrecht of de statutaire bepalingen betreffende de werking van haar organen. Hierdoor vallen geschillen over de uitvoering van besluiten van organen van de vennootschap niet onder art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening. Volgens het HvJ EU geldt het exclusieve forum dus niet voor *alle* geschillen betreffende een besluit van een vennootschap. Alle andere geschillen in en rondom de vennootschap vallen daarmee buiten het bereik van het exclusieve forum van art. 24 Brussel I bis-Verordening.

Niettemin is er al geruime tijd discussie over de vraag of de bepaling ruimer kan en moet worden uitgelegd, zodat meer of mogelijk zelfs alle geschillen in rechtspersonen en vennootschappen onder de werking van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening vallen. Met een ruimere uitleg zou de wenselijk geachte Gleichlauf tussen rechtsmacht en toepasselijk recht kunnen worden bereikt. De Europese Commissie heeft in 2009 in het kader van de voorbereiding van de herschikking van de Brussel I-Verordening een dergelijke uitbreiding van de reikwijdte bepleit. Zij stelde voor de regel van het exclusieve forum uit te breiden tot ‘additional matters related to the internal organisation and decision-making in a company’.¹⁵ In de uiteindelijke herschikking van de Brussel I-Verordening in 2012 is de suggestie om de werkingssfeer uit te breiden tot alle vennootschapsrechtelijke geschillen niet opgevolgd.

In de Nederlandse literatuur is de ruimere reikwijdte van het exclusieve forum vooral bepleit met betrekking tot de uitkoopregeling en de geschillenregeling.¹⁶

14 HvJ EG 2 oktober 2008, C-372/07, *NJ* 2009/192, m.nt. Vlas; *JOR* 2009/123, m.nt. De Haan (*Hassett en Doherty/MDU*).

15 Commission of the European Communities, ‘Green Paper. On the review of council regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters’, Brussel: COM 2009 (175 final), § 8.2.

16 Zie C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 108), Deventer: Kluwer 2011, p. 105; T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 125), Deventer: Kluwer 2014, p. 8 (voetnoot 5). Vlas 2017/217 en 329; O.J.W. Schotel, ‘International jurisdiction in cross-border corporate litigation’, *NIPR* 2019, afl. 2, p. 350-372. Aarzelend: X.E. Kramer & H.L.E.

Prejudiciële vragen van de Hoge Raad aan het HvJ EU over de reikwijdte van het exclusieve forum konden door een doorhaling van de procedure niet worden beantwoord.¹⁷ In enkele geschillenregelingszaken (art. 2:335 BW t/m art. 2:343c BW) is de rechtsmacht van de Nederlandse rechter met betrekking tot een vordering tegen een in het buitenland gevestigde aandeelhouder met wisselend succes betwist.¹⁸ Tot voor kort werd in uitkoopzaken de internationale bevoegdheid van de Ondernemingskamer niet betwist. In dit laatste is verandering gekomen door de Gemalto-uitspraak van de Ondernemingskamer, welke werd gewezen kort na het nu eerst te bespreken arrest van het HvJ EU inzake *E.ON Czech/Dědouch*.¹⁹ In dit arrest ging het om de vraag welke rechter bevoegd is te oordelen over de billijkheid van de vergoeding die een meerderheidsaandeelhouder van een vennootschap naar Tsjechisch recht moet betalen in het kader van de uitkoop van minderheidsaandeelhouders. Is dat volgens de hoofdregel van art. 4 Brussel I bis-Verordening de rechter van de plaats van vestiging van de gedaagde meerderheidsaandeelhouder (Duitse rechter)? Of is dat op grond van de regel van het exclusieve forum van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening de rechter van de plaats van vestiging van de vennootschap (Tsjechische rechter)?

Naar Tsjechisch vennootschapsrecht komt de uitkoop van minderheidsaandeelhouders tot stand door een besluit van de algemene vergadering, hetgeen in de praktijk neerkomt op een besluit van de meerderheidsaandeelhouder. Volgens de Nederlandse uitkoopregeling²⁰ kunnen minderheidsaandeelhouders worden uitgekocht via een vordering ingesteld bij de Ondernemingskamer door de meerderheidsaandeelhouder tegen de gezamenlijke minderheidsaandeelhouders en dus niet door een besluit van de algemene vergadering. Naar Tsjechisch recht kan aan het besluit niet meer worden getornd, maar wel kan de rechter een oordeel geven over de billijkheid van de uitkoopsom. De vaststelling van een andere uitkoopsom door de rechter tast op zichzelf het besluit van de algemene vergadering niet aan. In *E.ON Czech/Dědouch* heeft het HvJ EU bepaald dat de vordering tot aanpassing van de uitkoopsom wel betrekking heeft op de geldigheid of nietigheid van het besluit, al-

Verhagen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015/46 (hierna: Asser/Kramer & Verhagen *I0-III* 2015).

17 HR 2 maart 2001, *NJ* 2003/240, m.nt. Vlas; *JOR* 2001/94 (*Van der Plas/Guis*); doorhaling blijkt uit HvJ EG 13 oktober 2001, C-289/21 (*Ferro/Santoro*).

18 Gleichlauf werd niet toegepast in Rb. Rotterdam 10 mei 2001, *JOR* 2001/144, m.nt. Van Solinge (*Van der Weijde/ESI*) en wel toegepast in Rb. Oost-Brabant 5 juni 2013, *RO* 2013/59; *JOR* 2013/234, m.nt. Bulten (*PME/Victoria*).

19 HvJ EU 7 maart 2018; C-560/16; *NJ* 2018/351, m.nt. Van Solinge; *JOR* 2018/144, m.nt. Beckers (*E.ON Czech/Dědouch*). Zie de besprekingen van dit arrest: Beckers, *JOR* 2018/144; S. van Dongen, 'Commentaar bij HvJ EU 7 maart 2018 (*E.ON Czech/Dědouch*)', *Ondernemingsrecht* 2018/98. Zie over dit arrest ook mijn annotatie: Van Solinge, *NJ* 2018/351, waaraan delen van deze paragraaf zijn ontleend.

20 Zie art. 2:92a BW en art. 2:201a BW. Daarnaast kent het Nederlandse recht de uitkoopprocedure na een openbaar bod, zie art. 2:359c BW en art. 2:359d BW.

thans op dat gedeelte van het besluit waarbij de uitkoopsom werd vastgesteld, waarmee de billijkheidstoetsing valt binnen de reikwijdte van het exclusieve forum van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening.²¹ Volgens het HvJ EU bevordert het exclusieve forum een goede rechtsbedeling, de voorspelbaarheid van de bevoegdheidsregels en de rechtszekerheid. Naast deze erkenning van het belang van Gleichlauf, overwoog het hof dat de reikwijdte van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening niet afhankelijk mag zijn van de keuzes die de nationale wetgever heeft gemaakt bij de implementatie en evenmin mag die reikwijdte variëren naar gelang van deze keuzes. Een en ander leidde tot het oordeel dat de Tsjechische rechter in deze zaak een exclusief forum is.

Kort daarna deed de Ondernemingskamer – geheel in lijn met het arrest van het HvJ EU inzake *E.On Czech/Dědouch* – een uitspraak inzake de uitkoop van minderheidsaandeelhouders van Gemalto.²² Dat de Ondernemingskamer het HvJ EU volgde, is opmerkelijk omdat de Nederlandse uitkoopprocedure niet is gebaseerd op een besluit als bedoeld in art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening. De Ondernemingskamer achtte, naast het argument van de Gleichlauf, het echter van doorslaggevend belang dat de Nederlandse uitkoopprocedure, net als de Tsjechische evenknie, in de kern genomen strekt tot toetsing van de billijkheid van de koopprijs. De uitkoopvordering an sich kan naar Nederlands recht immers niet of nauwelijks materieel worden betwist. De Ondernemingskamer oordeelde na een afweging van de argumenten voor en tegen, dat zij exclusief bevoegd is in uitkoopprocedures met betrekking tot in Nederland gevestigde vennootschappen op grond van art. 2:92a BW, art. 2:201a BW en art. 2:359c BW. Dit betekent dat in het buitenland gevestigde minderheidsaandeelhouders moeten worden gedaagd voor de Ondernemingskamer en niet voor het gerecht van hun woonplaats.

Op Unieniveau heeft het HvJ EU het niet aangedurfd in *E.On Czech/Dědouch* de reikwijdte van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening uit te breiden tot alle interne vennootschapsrechtelijke geschillen. Dit ondanks de oproep daartoe in de Conclusie van advocaat-generaal Wathelet.²³ Hoewel de strikte uitleg conform Hasset en Doherty/MDU uitgangspunt blijft, heeft het HvJ EU de regel toch een beetje opgerekt door dit interne geschil inzake de uitkoopsom onder het bereik van het exclusieve forum te brengen. Met het oog op de overweging in *E.On Czech/Dědouch* dat de reikwijdte van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening niet mag afhangen van of variëren naar gelang van de keuzes die in het nationale recht van de lidstaten zijn gemaakt, is het niet ondenkbaar dat het HvJ EU in de toekomst ook de Nederlandse uitkoopprocedure onder de reikwijdte van het exclusieve forum van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening zal brengen.

21 In het arrest wordt verwezen naar art. 22 Brussel I-Verordening (de voorloper van Brussel I bis-Verordening), dat gelijklopend is aan art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening.

22 OK 17 september 2019, *ARO* 2019/186; *JOR* 2020/31, m.nt. Zilinsky (*Gemalto*).

23 A-G Wathelet, *NJ* 2018/351; *JOR* 2018/144.

49.2.4 *Is de Ondernemingskamer in enquêtezaken een exclusief forum?*

Gelet op het voorgaande, ligt het voor de hand de vraag te stellen of verzoeken in het kader van de enquêteprocedure ook binnen de reikwijdte van het exclusieve forum van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening kunnen vallen.²⁴

Bij de beantwoording van die vraag is allereerst van belang of sprake is van een grensoverschrijdend geschil, of anders gezegd: een internationale rechtsverhouding. Indien alle bij de enquêteprocedure betrokken partijen (verzoekers, gerekwestreerde rechtspersonen en overige belanghebbenden) in Nederland zijn gevestigd, is niet sprake van een internationale rechtsverhouding. De bevoegdheid van de Ondernemingskamer hoeft dan niet te worden getoetst aan de toepasselijke regels voor de bepaling van internationale bevoegdheid. De bevoegdheid van de Ondernemingskamer is dan gebaseerd op art. 995 Rv jo. art. 2:345 BW,²⁵ aldus heeft de Hoge Raad uitgemaakt in *e-Traction*.²⁶ Verder overwoog de Hoge Raad in deze uitspraak dat de Ondernemingskamer bevoegd is zolang de te onderzoeken vennootschap de statutaire zetel in Nederland heeft – zelfs indien een of meer, of zelfs alle verzoekers hun woonplaats buiten Nederland hebben.

Dit kan anders zijn indien een of meer betrokkenen woonplaats in het buitenland hebben of indien er andere relevante aanknopingspunten met het buitenland zijn. In die gevallen kan toetsing aan de regels van internationale rechtsmacht wel aan de orde zijn.²⁷ Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien een of meer belanghebbenden, zoals bestuurders, commissarissen, aandeelhouders of gelieerde rechtspersonen, in het buitenland zijn gevestigd. In dat geval gelden wel de internationale bevoegdheidsregels, meer in het bijzonder de regels van de Brussel I bis-Verordening. Een mogelijk bevoegdheidsverweer van een dergelijke belanghebbende is dan dat niet het exclusieve forum van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening bevoegd is, maar de rechter van zijn woonplaats op grond van de hoofdregel van art. 4 Brussel I bis-Verordening.

Het enkele feit dat een betrokkene buiten Nederland is gevestigd, leidt niet noodzakelijkerwijs tot de conclusie dat sprake is van een internationale rechtsverhouding. Zo werd in de beschikking inzake *e-Traction* in de tweede fase van de enquêteprocedure een voorziening opgelegd, die behalve de geënquêteerde Nederlandse vennootschap mede een in Luxemburg gevestigde vennootschap trof. Voor een afzonderlijke vaststelling van de rechtsmacht ten aanzien van het treffen van de voorziening is volgens de Hoge Raad dan geen plaats, omdat de Ondernemingska-

24 Zie Vlas 2017/218 over de toepasselijkheid van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening op verzoekschriftprocedures.

25 Of een andere bepaling van Titel 8 Boek 2 BW, § 49.2.1.

26 HR 25 juni 2010, *NJ* 2010/370; *JOR* 2010/226, m.nt. Van Solinge (*e-Traction*), r.o. 6.2.2.

27 A-G Vlas, *NJ* 2010/370; *JOR* 2010/226, nr. 3.14. In mijn annotatie: Van Solinge, *JOR* 2010/226, stelde ik nog – bij nader inzien ten onrechte – dat (de voorloper van) de Brussel I bis-Verordening niet alleen in het in die beschikking berechte geval, maar überhaupt niet van toepassing is op de Nederlandse enquêteprocedure.

mer in de hoofdprocedure reeds bevoegd is op grond van art. 2:345 BW jo. art. 995 Rv. Vragen omtrent de rechtsmacht van de Ondernemingskamer als exclusief forum in de zin van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening doen zich dan niet voor (zie ook § 49.2.2). Het feit dat een door de Ondernemingskamer getroffen voorziening in haar gevolgen mede een in het buitenland gevestigde partij raakt – zoals in *e-Traction* dus het geval was – maakt dit niet anders. Wel vormt die omstandigheid de grond voor de toelating van de geraakte partij als belanghebbende in de enquêteprocedure teneinde daarin op te komen voor haar belangen, maar zij is niet bepalend voor de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om in het kader van de enquêteprocedure de genoemde voorziening te treffen.²⁸

Betreft het een enquêteverzoek dat is gericht tegen een rechtspersoon naar Nederlands recht en is de verzoeker woonachtig in het buitenland, dan zou hij in de verleiding kunnen komen het enquêteverzoek bij de rechter van zijn woonplaats in te dienen. Of die buitenlandse rechter zich bevoegd acht, hangt af van de toepasselijke bevoegdheidsregels. Zijn dat de regels van de Brussel I bis-Verordening, dan zou een verwerende belanghebbende die niet in het land van de geadieerde rechter is gevestigd, de bevoegdheid van de buitenlandse rechter kunnen betwisten met een beroep op de hoofdregel van art. 4 Brussel I bis-Verordening. Denkbaar is dit bijvoorbeeld indien een in het enquêteverzoek als belanghebbende opgeroepen aandeelhouder zich als verwerende partij beschouwt en zich op het standpunt stelt dat hij derhalve zou moeten worden opgeroepen voor de rechter van zijn woonplaats.²⁹ De vraag of de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure een exclusief forum is, wordt dan relevant.

Gaat het om een verzoek tot het houden van een enquête en het opleggen van (onmiddellijke) voorzieningen bij een rechtspersoon naar buitenlands recht, dan mist de Ondernemingskamer rechtsmacht. De enquêteregeling is immers van toepassing op de in art. 2:344 BW opgesomde rechtspersonen en dat zijn alle rechtspersonen naar Nederlands recht, aldus de heersende opvatting (zie echter § 49.3.1).³⁰ Daartegen wordt door Kramer en Verhagen ingebracht dat de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure wel rechtsmacht heeft ten aanzien van buitenlandse rechtspersonen, voor zover die in Nederland hun hoofdbestuur of hoofdvestiging hebben en voor zover de door de Ondernemingskamer te treffen voorzieningen niet onder het bereik van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening vallen.³¹ Deze van de heer-

28 HR 25 juni 2010, *NJ* 2010/370; *JOR* 2010/226, m.nt. Van Solinge (*e-Traction*), r.o. 6.2.2.

29 Een in het buitenland gevestigde verzoeker die het verzoek aanhangig heeft gemaakt bij de Ondernemingskamer, zal de bevoegdheid van de Ondernemingskamer uiteraard zelf niet betwisten.

30 Zie onder meer: HR 13 mei 2005, *NJ* 2005/298; *JOR* 2005/147, m.nt. Josephus Jitta (*Zeelandia*); G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009/735; *Vlas* 2017/330. Is de rechtspersoon gevestigd in een staat die niet is aangesloten bij de Brussel I bis-Verordening, dan geldt het commune internationale procesrecht (art. 1-14 Rv). Daarin kan evenmin een grond voor de bevoegdheid van de Ondernemingskamer worden gevonden.

31 Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2015/43.

sende leer afwijkende opvatting miskent dat art. 2:344 BW hieraan in de weg staat. Bovendien zou dit leiden tot een versplintering van de procedure, omdat de Ondernemingskamer in die opvatting bijvoorbeeld wel de voorziening tot ontslag van een bestuurder kan treffen (buitenlandse rechter niet exclusief bevoegd), maar de bevoegdheid mist ten aanzien van de vernietiging van een besluit van de buitenlandse rechtspersoon (buitenlandse rechter wel exclusief bevoegd). De processuele chaos en rechtsonzekerheid die daarvan het gevolg zijn, dienen met het oog op een goede rechtsbedeling te worden vermeden.

Dit neemt niet weg dat een geschil binnen een rechtspersoon naar buitenlands recht uiteraard wel aan een buitenlandse rechter kan worden voorgelegd in een andere procedure, niet zijnde een enquêteprocedure. Is de staat waarin de rechtspersoon is gevestigd, aangesloten bij de Brussel I bis-Verordening en betreft het een intern geschil dat onder de reikwijdte van het exclusieve forum van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening valt, dan is op grond daarvan de desbetreffende buitenlandse rechter bevoegd. Het geschil kan dan sowieso niet aan een Nederlandse rechter worden voorgelegd. Valt het interne geschil buiten de reikwijdte van het exclusieve forum, dan wordt de rechtsmacht bepaald op grond van de overige bepalingen van de Brussel I bis-Verordening.

Is nu de Ondernemingskamer een exclusief forum? Bezien vanuit de nationaalrechtelijke regels bestaat daarover geen twijfel. Op grond van art. 2:345 BW jo. art. 995 Rv is de Ondernemingskamer als enige rechter in Nederland bevoegd kennis te nemen van verzoeken in het kader van de enquêteprocedure (§ 49.2.1).

Kan de Ondernemingskamer in enquêtezaken met een internationale dimensie door het HvJ EU ook worden aangemerkt als een exclusief forum, maar dan gebaseerd op art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening? De verleiding is groot om de parallel te trekken met de § 49.2.3 geschetste ontwikkelingen naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie in de uitkoopzaak betreffende E.ON Czech/Dédouch. Goed verdedigbaar is dat het ook voor de enquêteprocedure wenselijk is dat Gleichlauf wordt bereikt. Het Nederlandse enquêterecht moet immers bij voorkeur worden toegepast door de rechter met de meeste kennis van en ervaring met de enquêteprocedure. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling is het onwenselijk dat een buitenlandse rechter zich bevoegd acht kennis te nemen van een enquêteverzoek en vervolgens het Nederlandse enquêterecht gaat toepassen – dit ongeacht of het verzoek betrekking heeft op een rechtspersoon naar Nederlands recht of een rechtspersoon naar buitenlands recht.

De hier te beantwoorden vraag is dus of de enquêteprocedure kan worden beschouwd als een procedure die ziet op geschillen betreffende, zoals dat in art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening is verwoord: (i) de geldigheid, nietigheid en ontbinding van vennootschappen en rechtspersonen met een plaats van vestiging in een lidstaat; dan wel (ii) de geldigheid of nietigheid van de besluiten van hun organen.

Voor een exclusief forum in het algemeen en in het bijzonder met betrekking tot het enquêterecht, zijn zeker goede argumenten aan te dragen.³² Zo stelt Vlas dat het onderzoek en de voorzieningen waartoe in de enquêteprocedure worden verzocht, veelal betrekking hebben op het voortbestaan (de ‘geldigheid’) van de rechtspersoon en de besluiten van zijn organen als bedoeld in art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening.³³ Daartegen keert zich Storm, die stelt dat niet alle voorzieningen die de Ondernemingskamer op grond van art. 2:356 BW na wanbeleid kan opleggen, onder de werking van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening vallen.³⁴ En dat geldt volgens hem evenzeer voor de in de wet niet expliciet genoemde onmiddellijke voorzieningen die de Ondernemingskamer kan opleggen op grond van art. 2:349a BW. Hij noemt als voorbeeld de tijdelijke overdracht van aandelen aan een door de Ondernemingskamer te benoemen beheerder, zoals aan de orde was in *e-Traction*. In zijn ogen gaf de Ondernemingskamer in haar beschikking in die zaak een veel te ruime interpretatie aan art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening.³⁵

Zoals bleek in § 49.2.3, houdt het HvJ EU vast aan een strikte interpretatie van het begrip ‘besluit’ en wil het niet weten van een interpretatie die ertoe leidt dat ieder intern geschil in de vennootschap of rechtspersoon onder de werking van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening komt te vallen. Wel moet onder ogen worden gezien dat voorafgaande aan *E.On Czech/Dědouch* de vaste jurisprudentie van het HvJ EU steeds betrekking had op de externe relatie van de rechtspersoon of vennootschap met een derde. In *E.On Czech/Dědouch* ging het daarentegen om de interne verhoudingen binnen de vennootschap. Dat gaf het HvJ EU de ruimte om weliswaar als steeds een strikte uitleg van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening tot uitgangspunt te nemen, maar tegelijkertijd via een autonome uitleg van het begrip ‘besluit’ tot een ruimere uitleg te komen. Ook Storm meent dat het HvJ EU door ‘zijn val voor de *Gleichlauf*’ in *E.On Czech/Dědouch* mogelijkheden lijkt te hebben geschapen voor een ruimere reikwijdte van het exclusief forum.³⁶

Voor zover een exclusief forum voor alle interne geschillen binnen de vennootschap of de rechtspersoon op enig moment wenselijk wordt geacht, is het goed verdedigbaar dat ook het enquêterecht binnen de reikwijdte van art. 24 sub 2 Brussel

32 K.A.M. van Vught, ‘Rechtsmacht in de rechtspersoon. Twee arresten, één forum voor corporate geschillen?’, *MvO* 2018, afl. 8-9, p. 267-272 (hierna: Van Vught 2018). Van Vught spreekt in dit verband van een ‘forum societatis’.

33 Vlas 2017/330.

34 P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 63 (hierna: Storm 2018). Aldus kennelijk ook: Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2015/43.

35 De gewraakte overweging van de Ondernemingskamer was: ‘(...) dat de rechter van de lidstaat waarin de vennootschap haar zetel heeft (exclusief) bevoegd is kennis te nemen van verzoeken die beogen rechtstreeks in te grijpen in de vennootschappelijke rechtsorde ofwel het inwendig bestel van de vennootschap.’ Zie OK 8 september 2008, *RO* 2008/80; *JOR* 2009/127, m.nt. Josephus Jitta (*e-Traction*), r.o. 3.12.

36 Storm 2018, p. 501. In gelijke zin: M.J. Kroeze, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/238.

I bis-Verordening moet worden gebracht. Mocht deze visie terrein winnen, dan kan het HvJ EU verweren strekkende tot afwijzing van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer als exclusief forum in enquêtezaken naast zich neer leggen.

49.2.5 *Rechtsmacht van Ondernemingskamer inzake tegenverzoeken*

49.2.5.1 Rechtsmacht inzake tegenverzoeken (algemeen)

De enquêteprocedure is een verzoekschriftprocedure waarin iedere belanghebbende en ook de betrokken rechtspersonen in reactie op het inleidende verzoekschrift een verweerschrift kunnen indienen. Afgezien van het verweer tegen hetgeen de verzoeker heeft gesteld in het verzoekschrift, kan het verweerschrift ook zelfstandige verzoeken bevatten. Een zelfstandig verzoek dient betrekking te hebben op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek. De Hoge Raad heeft in de beschikking inzake e-Traction uit 2012 overwogen dat het zelfstandige verzoek kan strekken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in art. 2:349a BW of eindvoorzieningen als bedoeld in art. 2:355 BW, ook als diegene die het tegenverzoek in het verweerschrift indient niet zelfstandig enquêtebevoegd is.³⁷

Een dergelijk tegenverzoek kan inhouden dat een (onmiddellijke) voorziening wordt getroffen met betrekking tot de rechtspersoon. De rechtspersoon – die een rechtspersoon naar Nederlands recht is – is dan de verwerende partij, net zo als hij dat is met betrekking tot het verzoek tot het treffen van (onmiddellijke) voorzieningen dat in het initiële verzoekschrift is gedaan. De Ondernemingskamer is dan op dezelfde voet bevoegd kennis te nemen van het tegenverzoek.

Bij tegenverzoeken kunnen de rollen ook worden omgedraaid: de belanghebbende die als verwerende partij optreedt, stelt in zijn verweerschrift een tegenverzoek in dat gericht is tegen de oorspronkelijke verzoeker. Indien de oorspronkelijke verzoeker – die in het kader van het tegenverzoek dus verwerende partij wordt – zijn woonplaats in het buitenland heeft, kan de vraag rijzen of de Ondernemingskamer ook rechtsmacht heeft ten aanzien van het tegenverzoek. De in het buitenland woonachtige verwerende partij tegen wie het tegenverzoek is gericht zou immers de rechtsmacht van de Ondernemingskamer kunnen betwisten door met een beroep op de hoofdregel van art. 4 Brussel I bis-Verordening te stellen dat hij moet worden opgeroepen voor het gerecht van zijn eigen woonplaats.³⁸

Het beroep op de hoofdregel zal niet slagen indien de rechtsmacht van de Ondernemingskamer met betrekking tot het tegenverzoek kan worden gebaseerd op

³⁷ Zie HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2012/141, m.nt. Josephus Jitta & Barkhuysen (*e-Traction*), r.o. 4.1.3.

³⁸ Zou de reikwijdte van het exclusieve forum van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening worden uitgebreid tot alle interne geschillen binnen de vennootschap of de rechtspersoon (zie daarover § 49.2.3), dan vallen de tegenverzoeken in het kader van de enquêteprocedure langs die weg ook onder het exclusieve forum.

art. 8 sub 3 Brussel I bis-Verordening.³⁹ Hierin is bepaald dat ten aanzien van een tegenvordering die voortspuit uit de overeenkomst of uit het rechtsfeit waarop de oorspronkelijke vordering gegrond is, een gedaagde ook kan worden opgeroepen voor het gerecht waar de oorspronkelijke vordering aanhangig is. Dit gerecht is dan een alternatief forum, dat wil zeggen: het is bevoegd naast het gerecht van de woonplaats van verweerder volgens de hoofdregel van art. 4 Brussel I bis-Verordening. De verweerder in reconventie kan aldus worden afgehouden van zijn ‘natuurlijke forum’ indien een samenhang bestaat tussen de vordering en de tegenvordering. De rechtvaardiging hiervoor is dat als vordering en tegenvordering uit hetzelfde feitencomplex voortvloeien, partijen in de gelegenheid moeten zijn hun wederzijdse aanspraken met een gemeenschappelijke grond door dezelfde rechter te doen beslechten, aldus de Hoge Raad in een arrest inzake Cancun.⁴⁰ Aangenomen moet worden dat de regeling van verknochte vorderingen in art. 8 sub 3 Brussel I bis-Verordening ook geldt voor verknochte (tegen)verzoeken.

Aangezien een tegenverzoek in een verweerschrift betrekking dient te hebben op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek, kan het tegenverzoek niet anders worden gezien dan als een verzoek dat zodanig verknocht is aan het initiële verzoek waarmee de enquêteprocedure is gestart – en bovendien voortvloeiend uit hetzelfde feitencomplex – dat partijen hun wederzijdse verzoeken aan dezelfde rechter moeten kunnen voorleggen. Met andere woorden: de Ondernemingskamer is bevoegd van tegenverzoeken in de enquêteprocedure kennis te nemen op grond van art. 8 sub 3 Brussel I bis-Verordening.

Verder kent de enquêteprocedure twee specifieke procedures waarin een tegenvordering respectievelijk een tegenverzoek wordt ingesteld en de rollen worden omgedraaid: de schadevergoedingsprocedure wegens een onredelijk enquêteverzoek (art. 2:350 lid 2 BW, waarover § 49.2.5.2) en het verzoek tot kostenverhaal (art. 2:354 BW, waarover § 49.2.5.3). In deze procedures is de rechtspersoon de eisende respectievelijk verzoekende partij.

49.2.5.2 Rechtsmacht inzake schadevergoedingsprocedure wegens onredelijk enquêteverzoek (art. 2:350 lid 2 BW)

In art. 2:350 lid 2 BW is bepaald dat de rechtspersoon een vordering kan instellen tegen de verzoeker(s) tot vergoeding van de schade die de rechtspersoon ten gevolge van het verzoek lijdt. Voorwaarde is dat de Ondernemingskamer het enquêteverzoek afwijst en daarbij oordeelt dat het verzoek niet op een redelijke grond is gedaan.⁴¹

39 Indien de Brussel I bis-Verordening niet van toepassing is, kan de tegenvordering op grond van art. 7 lid 2 Rv aanhangig worden gemaakt bij de Ondernemingskamer.

40 Zie HR 8 december 2017, *NJ* 2018/6; *JOR* 2018/143, m.nt. Knigge & Sluiter (*Cancun*); HvJ EU 12 oktober 2016, *NJ* 2017/154, m.nt. Strikwerda (*Kostanjevec*). Zie hierover verder: Van Vught 2018, p. 267-272.

41 Zie over art. 2:350 lid 2 BW verder: P. van der Vlis, ‘De kosten van een enquête; wie zal dat betalen?’, *TVVS* 1997, afl. 8, p. 227-230.

Opmerkelijk is dat het hier een dagvaardingsprocedure binnen de enquêteprocedure betreft. Zie over deze procedure ook hoofdstuk 19.

Een dagvaarding wordt normaal gesproken uitgebracht aan het adres van gedaagde, in dit geval de woonplaats van de verzoeker tot enquête. Uit art. 278 lid 3 Rv jo. art. 2:350 lid 2 BW volgt evenwel iets anders. Eerstgenoemde bepaling houdt in dat het kantoor van de advocaat die het verzoekschrift heeft ondertekend, geldt als gekozen woonplaats van verzoeker. Uit art. 2:350 lid 2 BW blijkt vervolgens dat de woonplaats die de verzoeker voor de indiening van het inleidende enquêteverzoek heeft gekozen (mede) geldt als de woonplaats voor de instelling van de vordering tot schadevergoeding. Hoewel de bepalingen niet precies op elkaar aansluiten, volgt hieruit dat de dagvaarding kan worden betekend aan het kantoor van de advocaat van verzoeker tot enquête, welke laatste dan dus gedaagde wordt.

Heeft de enquêteverzoeker in zijn verzoekschrift woonplaats gekozen bij zijn advocaat in Nederland, maar is hij zelf woonachtig in het buitenland, dan rijst de vraag of de Ondernemingskamer rechtsmacht heeft ten aanzien van de tegen de verzoeker in te stellen vordering op grond van art. 2:350 lid 2 BW.⁴² Woonplaatskeuze is niet gelijk aan forumkeuze; de rechtsmacht moet afzonderlijk worden vastgesteld.⁴³ In beginsel geldt dan weer de hoofdregel van art. 4 Brussel I bis-Verordening: bevoegd is de rechter van de woonplaats van verweerder. Daarnaast kan echter ook de Ondernemingskamer bevoegd zijn van deze verknochte vordering kennis te nemen op grond van art. 8 sub 3 Brussel I bis-Verordening, zie daarover § 49.2.5.1.

49.2.5.3 Rechtsmacht inzake verzoek tot kostenverhaal (art. 2:354 BW)

In art. 2:354 BW is bepaald dat de rechtspersoon de door hem gedragen kosten van het onderzoek kan verhalen op (a) de verzoeker tot enquête indien uit het onderzoeksverslag blijkt dat het enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan of (b) de bestuurder, commissaris of een andere persoon in dienst van de rechtspersoon indien uit het onderzoeksverslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon. Het verzoek tot kostenverhaal kan door de rechtspersoon meteen al in het verweerschrift naar aanleiding van het inleidende enquêteverzoek worden gedaan.⁴⁴ Dat is een aanwijzing voor de samenhang (verknochtheid) tussen het verzoek tot kostenverhaal en het inleidende

42 Bijv. OK 16 juli 2004, *JOR* 2004/230, m.nt. Josephus Jitta (*Citadel*), waarin de Ondernemingskamer kwam tot een afwijzing van de vordering van de verwerende vennootschap om verzoekster te veroordelen tot vergoeding van de schade die zij ten gevolge van het verzoek heeft geleden. De Ondernemingskamer oordeelde dat de buitenlandse rechtspersoon niet erin was geslaagd aannemelijk te maken dat het verzoek niet op redelijke gronden was gedaan. Niet-ontvankelijkheid in het enquêteverzoek en afwijzing van het enquêteverzoek (slechts mogelijk bij ontvankelijkheid) zijn hier te onderscheiden.

43 Zie Storm 2018, p. 67 (voetnoot 21).

44 Zie P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht* (diss. Groningen) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 46) Deventer: Kluwer 2004, p. 225.

enquêteverzoek. Zie over het kostenverhaal op grond van art. 2:354 BW ook hoofdstuk 28.⁴⁵

In het onder (a) vermelde geval dat de onderzoekskosten worden verhaald op de verzoeker, geldt hetzelfde als voor de in § 49.2.5.2 besproken vordering op grond van art. 2:350 lid 2 BW. Dit betekent dat indien de enquêteverzoeker woonplaats in het buitenland heeft en tegen hem een verzoek tot kostenverhaal op grond van art. 2:354 BW wordt ingesteld, behalve de rechter van zijn woonplaats (op grond van art. 4 Brussel I bis-Verordening), ook de Ondernemingskamer als alternatief forum (op grond van art. 8 sub 3 Brussel I bis-Verordening) bevoegd is hiervan kennis te nemen.⁴⁶ Het spreekt voor zich dat het de voorkeur heeft dat de Ondernemingskamer – die de desbetreffende enquêteprocedure van haver tot gort kent – bevoegd is te oordelen over het verzoek tot kostenverhaal.

In het onder (b) genoemde geval is strikt genomen niet sprake van een tegenverzoek, aangezien het verzoek tot kostenverhaal niet is gericht tegen degene die heeft verzocht tot een enquête bij de rechtspersoon, maar tegen degene die bestuurder, commissaris of andere functionaris van die rechtspersoon is. Heeft deze functionaris woonplaats in Nederland, dan bestaat over de bevoegdheid van de Ondernemingskamer geen twijfel. Heeft de functionaris echter woonplaats in het buitenland, dan is – wederom – verdedigbaar dat vanwege de verknochtheid die het verzoek tot kostenverhaal nu eenmaal heeft met de enquêteprocedure, de bevoegdheid van de Ondernemingskamer als alternatief forum kan worden gebaseerd op art. 8 sub 3 Brussel I bis-Verordening (waarover ook § 49.2.5.1).⁴⁷

Een andere benadering is evenwel denkbaar.⁴⁸ De functionaris op wie de onderzoekskosten worden verhaald, heeft immers een functionele relatie met de rechtspersoon. Bestuurders en andere functionarissen verrichten hun werkzaamheden veelal op basis van een arbeidsovereenkomst. Commissarissen werken meestal op basis van een overeenkomst van opdracht.

Is sprake van een arbeidsovereenkomst, dan is op grond van art. 22 lid 1 Brussel I bis-Verordening bevoegd de rechter van de woonplaats van de werknemer. Dit is een exclusieve bevoegdheid, zodat ingeval de betrokken functionaris niet in Nederland woont, de Ondernemingskamer niet bevoegd is. Het begrip ‘werknemer’ moet verordeningsautonoom worden uitgelegd, waarbij volgens het arrest inzake

45 Zie voorts over art. 2:354 BW: S.J. van Calker, ‘Wanbeleid, kostenverhaal en aansprakelijkheid: een fact check’, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140) Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 521-545.

46 Een andere benadering kiest Storm 2018, p. 67, waar hij stelt dat het verzoek ex art. 2:354 BW tegen de oorspronkelijke verzoeker is gebaseerd op onrechtmatige daad. Volgens de daarvoor geldende internationale bevoegdheidsregels is dan bevoegd de rechter van de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen (bijv. art. 7 sub 2 Brussel I bis-Verordening). Volgens Storm zal de Ondernemingskamer dan bevoegd zijn. Het resultaat is dus hetzelfde, maar bij de weg ernaartoe kunnen vraagtekens worden geplaatst.

47 Indien de Brussel I bis-Verordening niet van toepassing is, kan de tegenvordering op grond van art. 3 Rv en art. 6 Rv aanhangig worden gemaakt bij de Ondernemingskamer.

48 Zie ook: Storm 2018, p. 68-69.

Holterman/Spies de ondergeschiktheid een belangrijk element is.⁴⁹ Dit diskwalificeert de bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon veelal als werknemer, zodat hij ook voor andere gerechten dan die van zijn woonplaats kan worden opgeroepen.⁵⁰ Aangezien partijen met betrekking tot dergelijke geschillen kunnen overeenkomen dat een ander gerecht dan het gerecht van de woonplaats van de werknemer bevoegd is, kunnen zij in een forumkeuzeovereenkomst bevoegdheid toekennen aan de Ondernemingskamer – en dat kan zelfs nog na het ontstaan van het geschil, waarbij in de enquêteprocedure het moment van indienen van het enquêteverzoek bepalend zal zijn (art. 23 Brussel I bis-Verordening).

Voor de in het buitenland wonende commissaris die werkzaam is op grond van een opdrachtovereenkomst, wijst art. 7 sub 1 Brussel I bis-Verordening als alternatief forum – dus naast het gerecht van zijn woonplaats – de rechter van de plaats van uitvoering van de overeenkomst aan. Gewoonlijk zal een commissaris van een Nederlandse rechtspersoon zijn werkzaamheden (toezicht op en advies aan het bestuur) in Nederland uitvoeren, zodat de Ondernemingskamer bevoegd is.

Wordt het verzoek tot kostenverhaal gericht tot meer dan één bestuurder, commissaris of andere functionaris en is de Ondernemingskamer ten aanzien van een van hen bevoegd (bijvoorbeeld omdat hij in Nederland woonachtig is), dan kunnen de andere verwerende partijen ook voor de Ondernemingskamer worden opgeroepen. In art. 8 sub 1 Brussel I bis-Verordening is daarvoor als voorwaarde gesteld dat tussen de vorderingen (lees: verzoeken) een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven. Goed verdedigbaar is dat met betrekking tot het kostenverhaal op grond van art. 2:354 BW aan die voorwaarde is voldaan.

49.3 Toepasselijk recht

49.3.1 *Enquêterecht geldt alleen voor rechtspersonen naar Nederlands recht*

Een enquête kan op grond van art. 2:344 BW worden ingesteld bij de in die bepaling genoemde rechtspersonen, te weten de naamloze vennootschap (NV), de besloten vennootschap (BV), de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, alsmede de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid en de stichting die een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld. Het betreft steeds rechtspersonen naar Nederlands recht.

49 HvJ EU 10 september 2015, C-47/14, *JOR* 2015/288, m.nt. Van der Plas (*Holterman/Spies*).

50 R.B. van Hees, 'Internationale en interregionale bevoegdheid van de Nederlandse rechter van geschillen over de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140) Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 656 e.v.

Kan nu hieruit worden afgeleid dat de enquêteregeling uitsluitend geldt voor de in deze bepaling opgesomde rechtspersonen – en dus niet geldt voor daarin niet genoemde rechtspersonen, waaronder rechtspersonen die zijn opgericht naar buitenlands recht? Met andere woorden, heeft de opsomming in art. 2:344 BW een limitatief karakter? De Hoge Raad beantwoordde deze vraag in 2005 bevestigend in de beschikking inzake *Zeelandia*,⁵¹ overwegende dat ‘slechts de in art. 2:344 BW aangewezen rechtspersonen voorwerp kunnen zijn van een enquête als geregeld in Afdeling 2 van Titel 8 van Boek 2 BW.’

Anders dan de Hoge Raad hier stelt, is de opsomming in art. 2:344 BW echter niet limitatief. Dat blijkt allereerst uit het feit dat het enquêterecht ook van toepassing is op een rechtsvorm die niet in deze bepaling is genoemd, te weten het Europees economisch samenwerkingsverband (EESV). De grondslag daarvoor is te vinden in de EESV-Uitvoeringswet, waarin is bepaald dat een EESV met zetel in Nederland aan een enquête kan worden onderworpen.⁵² Hoewel niet expliciet wettelijk geregeld, moet worden aangenomen dat het enquêterecht eveneens van toepassing is op de Europese naamloze vennootschap (SE) en de Europese coöperatieve vereniging (SCE), voor zover de statutaire zetel van deze rechtspersonen in Nederland is gelegen.⁵³

Verder is het enquêterecht van toepassing op rechtspersonen die weliswaar in art. 2:344 BW worden genoemd, maar waarvoor afwijkende regels – ook wat betreft het enquêterecht – gelden op grond van specifieke sectorale regelgeving. Het gaat dan veelal om stichtingen (soms verenigingen) die werkzaam zijn in de pensioen-, woon-, zorg- en onderwijssector. Voor de toepasselijkheid van het enquêterecht stelt art. 2:344 BW als voorwaarde dat de stichting of vereniging een ondernemingsraad in stand houdt waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld. Is niet aan dat criterium voldaan, dan kan het zijn dat op grond van de sectorale regelgeving het enquêterecht toch wel op een stichting of vereniging van toepassing is. Zie verder hoofdstuk 14.

In de niet-limitatieve opsomming van rechtspersonen in art. 2:344 BW is dus geen sluitend antwoord te vinden op de vraag of het enquêterecht ook kan gelden voor rechtspersonen naar buitenlands recht. Bovendien is art. 2:344 BW een bepaling van Nederlands materieel recht en is zij om die reden irrelevant voor de beantwoording van vragen die rijzen binnen het domein van het internationaal privaatrecht.⁵⁴

51 HR 13 mei 2005, *NJ* 2005/298; *JOR* 2005/147, m.nt. Josephus Jitta (*Zeelandia*), r.o. 3.3.

52 Art. 3 lid 3 Uitvoeringswet Verordening 2137/85 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden. In art. 2 lid 1 Verordening (EEG) nr. 2137/85 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden, *Pb EG* 1985, L 199/1, is bepaald dat naast de bepalingen van de verordening, het interne recht van de Staat van de zetel die in de oprichtingsovereenkomst is bepaald, van toepassing is op de oprichtingsovereenkomst en het inwendig bestel van een EESV.

53 Enzo (ten aanzien van de SE): G.J.C. Rensen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/401.

54 A.V.M. Struycken, ‘De Ondernemingskamer vanuit IPR-gezichtspunt bekeken’, in: H.J.M.N. Honée e.a. (red.), *Van vennootschappelijk belang*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 323 (hierna: Struycken 1988).

Evenmin geheel sluitend is de redenering dat de enquêteregeling niet op buitenlandse rechtspersonen kan worden toegepast, omdat uit art. 995 Rv jo. art. 1:10 BW volgt dat (slechts) de Ondernemingskamer, zijnde de rechter van de woonplaats van Nederlandse (en dus niet de buitenlandse) rechter, kennis kan nemen van zaken die bij of krachtens Boek 2 BW met een verzoekschrift worden ingeleid. Het ontbreken van rechtsmacht laat de vraag naar het toepasselijke recht onbeantwoord. Maar zelfs al zou de rechtsmacht van de Ondernemingskamer vaststaan, zo gaat deze redenering verder, dan nog moet worden aangenomen dat de (typisch Nederlandse) enquêteregeling zo nauw verbonden is met rechtspersonen naar Nederlands recht dat toepassing op rechtspersonen naar buitenlands recht op moeilijkheden zal stuiten.⁵⁵

Het antwoord op de vraag of de enquêteprocedure van toepassing kan zijn op een rechtspersoon naar buitenlands recht kan beter worden gezocht in de wettelijke regeling van het internationaal privaatrecht inzake corporaties in art. 10:117 BW t/m art. 10:123 BW.

Op grond van art. 10:118 BW is op een ‘corporatie’ van toepassing het recht van het land naar welks recht zij is opgericht en waarin zij ingevolge de akte van oprichting haar zetel heeft.⁵⁶ Uit de wettelijke regeling volgt dat Nederland een land is dat het incorporatiestelsel aanhangt.⁵⁷

Het begrip corporatie is ruimer dan het begrip rechtspersoon, want behalve de vennootschap, vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting is volgens art. 10:117 BW een corporatie ook ‘ieder ander als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optredend lichaam en samenwerkingsverband’. In het *Bandidos*-arrest overwoog de Hoge Raad dat de corporatie, als een subject van rechten, zich onderscheidt van een zuiver contractuele samenwerking doordat zij als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optreedt en het toepasselijke recht daaraan rechtsgevolgen verbindt.⁵⁸

Art. 10:119 BW bevat een niet-limitatieve lijst van onderwerpen die worden beheerst door het recht dat van toepassing is op een corporatie (‘incorporatierecht’). Weliswaar is in deze bepaling het enquêterecht niet vermeld als een onderwerp dat onder het incorporatierecht valt, maar aangenomen moet worden dat het enquêterecht behoort tot het in onderdeel b van die bepaling genoemde ‘inwendig bestel’. Hieronder wordt verstaan: de inrichting, structuur en organisatie van de corporatie, in het bijzonder haar organen en hun taken, verantwoordelijkheden, bevoegdheden en verplichtingen. De term is ontleend aan art. 1 lid 2 sub f Rome I-Verordening,⁵⁹

⁵⁵ Struycken 1988, p. 328-329; Vlas 2017/330.

⁵⁶ Voor personenvennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid geldt op grond van art. 10:118 BW dat de zetel moet blijken uit de oprichtingsovereenkomst. Ontbreekt daarin de zetel, dan wordt de personenvennootschap beheerst door het recht van het land op het grondgebied waarvan zij ten tijde van de oprichting haar centrum van optreden naar buiten heeft.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 4; *Kamerstukken II* 2009/10, 32139, 3, p. 67.

⁵⁸ HR 24 april 2020, *NJ* 2022/11, m.nt. Van Solinge; *JOR* 2020/226, m.nt. Blanco Fernández (*Bandidos MC*).

⁵⁹ Verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), Verordening (EG) 593/2008, *Pb EU* L 177/6.

waarin het inwendig bestel tezamen met andere kwesties van rechtspersonen- en vennootschapsrecht buiten toepassing van de verordening worden gesteld. Bij het inwendig bestel en de daarmee verband houdende onderwerpen kan worden gedacht aan vrijwel alle in Boek 2 BW geregelde onderwerpen van rechtspersonenrecht, waaronder dus ook het enquêterecht, maar ook enkele daarin niet geregelde maar wel nauw verwante onderwerpen, zoals de geldigheid van de stemovereenkomst.⁶⁰

Afgezien van het feit dat de Ondernemingskamer zich ten aanzien van een enquêteverzoek met betrekking tot een buitenlandse rechtspersoon onbevoegd moet verklaren (§ 49.2.4), zou zij moeten overwegen dat volgens het door haar toe te passen Nederlandse internationaal privaatrecht het inwendig bestel van de buitenlandse rechtspersoon wordt beheerst door het recht volgens welk hij is opgericht.⁶¹ En aangezien het aldus aangewezen incorporatierecht in zo'n geval niet het Nederlandse recht is, kan dan de Nederlandse enquêteregeling niet worden toegepast. Gelet op de heersende opvatting en vaste rechtspraak, wekt het verbazing dat met enige regelmaat – maar steeds tevergeefs – wordt geprobeerd de Ondernemingskamer ertoe te bewegen een enquête te gelasten en (onmiddellijke) voorzieningen te treffen bij een (dochter)vennootschap naar buitenlands recht.⁶²

Gelet op de onmogelijkheid een enquête te verzoeken bij een rechtspersoon naar buitenlands recht, behoort een enquêteverzoek uitgaande van een buitenlandse rechtspersoon zelf (de zogeheten 'zelfenquête', zie art. 2:346 lid 1 sub d BW) evenmin tot de mogelijkheden.

Daar waar de Ondernemingskamer het Nederlandse enquêterecht niet kan toepassen op rechtspersonen naar buitenlands recht, zou een daartoe geroepen buitenlandse rechter misschien tot een andere conclusie kunnen komen. Hij zou immers op grond van de door hem toe te passen regels van zijn eigen internationaal privaatrecht kunnen uitkomen op de toepasselijkheid van het Nederlandse (enquête)

60 Van Solinge, in: C.D.J. Bulten, A.F.J.A. Leijten & M.L. Lennarts (red.), *T&C Ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, art. 10:119 BW, aant. 4. Vgl. *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 18-19; *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 68-69.

61 Als op grond van de internationaalprivaatrechtelijke verwijzingsregel Curaçaos recht moet worden toegepast, is het verleidelijk om aan te nemen dat de Ondernemingskamer het aldus aangewezen Curaçaose enquêterecht kan toepassen op het enquêteverzoek. Dat is echter in strijd met het in art. 10:118 BW vastgelegde incorporatiestelsel. Het feit dat het Curaçaose enquêterecht grote gelijkens vertoont met de Nederlandse regeling maakt dit niet anders. Hetzelfde geldt indien het recht van Aruba, Sint Maarten of Suriname als het toepasselijke recht wordt aangewezen.

62 Zie recent: OK 24 juni 2021, *ARO* 2021/126 (*Nipe Beheer*), waarin verzoekster niet-ontvankelijk werd verklaard in haar verzoek tot het houden van een onderzoek voor zover het betrekking had op een dochtervennootschap naar Duits recht. Zie ook OK 2 maart 2020, *RO* 2020/41 (*Priogen*) waarin hetzelfde werd beslist met betrekking tot dochtervennootschappen naar het recht van Delaware en Duitsland. Zie verder OK 25 mei 2020, *ARO* 2020/117 (*TRP*), waarin verzoekster niet-ontvankelijk werd verklaard in haar verzoek tot het treffen van een onmiddellijke voorziening bij een dochtervennootschap naar Italiaans recht. Veelal overweegt de Ondernemingskamer daarbij dat de omstandigheden die zich bij de buitenlandse dochtervennootschappen hebben voorgedaan zo nodig kunnen worden betrokken bij het oordeel of sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

recht. Dat zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien bij de Luxemburgse rechter een enquêteverzoek wordt ingediend met betrekking tot een vennootschap die is opgericht naar Luxemburgs recht, maar haar werkelijke zetel in Nederland heeft. Volgens het in Luxemburg aangehangen stelsel van de werkelijke zetel⁶³ past de Luxemburgse rechter, indien hij zich bevoegd acht, dan Nederlands recht toe. Dat betekent dat de Luxemburgse rechter het Nederlandse enquêterecht zou toepassen op de Luxemburgse vennootschap, omdat zij haar werkelijke zetel in Nederland heeft. De geschetste casuspositie is wellicht wat theoretisch, maar ondenkbaar is zij niet. Bij mijn weten heeft zo'n geval zich echter nimmer voorgedaan.

Anders ligt het als de aangezochte buitenlandse rechter op grond van zijn internationaal privaatrecht het incorporatiestelsel moet toepassen. Denk aan het geval dat een verzoeker het beleid van een vennootschap naar Iers recht, die het centrum van haar bestuursactiviteiten in Nederland heeft, in een enquêteprocedure aan de kaak wil stellen. Bij de Ondernemingskamer kan hij met zijn verzoek niet terecht, want die heeft geen rechtsmacht en bovendien geldt het enquêterecht niet voor andere dan Nederlandse vennootschappen. Misschien zal de verzoeker zich tot de Ierse rechter wenden, omdat het een vennootschap naar Iers recht betreft. Indien de Ierse rechter zich bevoegd acht van het verzoek kennis te nemen, dan zal hij tot de conclusie komen dat op grond van Iers internationaal privaatrecht het verzoek naar Iers recht moet worden beoordeeld – waarmee het Nederlandse enquêterecht niet in beeld komt.

Meer in het algemeen is het niet aannemelijk dat een zich bevoegd achtende buitenlandse rechter komt tot toepassing van een in het zijn eigen recht geregelde procedure die enigszins vergelijkbaar is met de Nederlandse enquêteprocedure. Wereldwijd gezien neemt de enquêteprocedure immers een unieke positie in. Als gezegd, kennen Curaçao, Sint Maarten, Aruba en Suriname wel een sterk op de Nederlandse regeling gelijkende enquêteprocedure. Zie ook hoofdstuk 50. Aangezien in deze jurisdicties ook het incorporatiestelsel wordt aangehangen,⁶⁴ zal de bevoegde rechter in die landen niet het eigen enquêterecht kunnen toepassen op enquêteverzoeken met betrekking tot rechtspersonen naar buitenlands recht, waaronder rechtspersonen naar Nederlands recht.

49.3.2 *Enquêterecht ook niet van toepassing op formeel buitenlandse vennootschappen*

De onmogelijkheid een onderzoek te gelasten of voorzieningen te treffen bij een rechtspersoon naar buitenlands recht in het kader van de Nederlandse enquêteproce-

63 Volgens het stelsel van de werkelijke zetel is op de rechtspersoon van toepassing het recht van het land waarin de werkelijke zetel van de rechtspersoon (centrum van de bestuursactiviteiten of vestigingsplaats van het bestuur) is gevestigd. Zie Vlas 2017/28 e.v.

64 Aldus is voor het Curaçaose recht uitgemaakt in HR 20 april 1990, NJ 1991/560, m.nt. Schultsz (*Natco/Thesseling*). Zie ook: K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht* (Serie Recht en Praktijk, deel ONR10), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 52-53.

dure, geldt ook indien die rechtspersoon alle of nagenoeg alle activiteiten in Nederland ontplooit.⁶⁵ Volgens de hoofdregel van het Nederlandse internationaal privaatrecht wordt de buitenlandse rechtspersoon ook dan immers beheerst door het recht volgens welk hij is opgericht (en dat geen wettelijke enquêteregeling zal kennen).

Dit deed zich voor in de Citadel-zaak,⁶⁶ waarin een verzoek tot het houden van een enquête naar het beleid en de gang van zaken van een vennootschap opgericht naar het recht van de staat Delaware (Verenigde Staten), met statutaire zetel aldaar en feitelijke vestiging in Nederland, werd afgewezen. De Ondernemingskamer overwoog met een beroep op de wetgeschiedenis van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Wfbv),⁶⁷ dat in zulke gevallen toepasselijkheid van het enquêterecht weliswaar als wenselijk kan worden beschouwd, maar niettemin in strijd is met huidig Nederlands recht. Ook volgens de Ondernemingskamer is het uitsluitend bij rechtspersonen naar Nederlands recht mogelijk een enquête te bevelen en (onmiddellijke) voorzieningen te treffen.

De gedachte dat specifieke bepalingen van Nederlands recht van toepassing zijn op vennootschappen naar buitenlands recht, is evenwel niet helemaal vreemd aan ons rechtstelsel. Met het oog op het tegengaan van misbruik van buitenlandse rechtsvormen is dit immers mogelijk gemaakt in de Wfbv. Volgens deze wet is een formeel buitenlandse vennootschap een naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap die haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en voorts geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt volgens welk zij is opgericht.⁶⁸ In de Wfbv worden enkele bepalingen van Nederlands vennootschapsrecht van toepassing verklaard op formeel buitenlandse vennootschappen. Deze regels worden in het kader van de bestrijding van misbruik van buitenlandse rechtsvormen zo belangrijk geacht dat zij bij wijze van voorrangsregels het door de conflictregel aangewezen toepasselijke recht – volgens het Nederlandse internationaal privaatrecht is dat het incorporatierecht – opzijzetten.⁶⁹

De bepalingen van de enquêteregeling worden in de Wfbv niet genoemd als regels die toepasbaar zijn op een formeel buitenlandse vennootschap. In het wetgevingsproces is in een laat stadium nog voorgesteld het enquêterecht onder de werking van de Wfbv te brengen en daarmee dus onder het incorporatierecht weg te

65 Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005/298; *JOR* 2005/147, m.nt. Josephus Jitta (*Zeelandia*).

66 OK 16 juli 2004, *JOR* 2004/230, m.nt. Josephus Jitta (*Citadel*).

67 Wet van 17 december 1997, houdende regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht (*Stb.* 1997, 697), zoals laatstelijk gewijzigd op 27 maart 2019 (*Stb.* 2019, 123).

68 Art. 1 Wfbv. In dit artikel worden de landen van het Koninkrijk der Nederlanden en de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba als staat aangemerkt.

69 Het betreft onder meer regels met betrekking tot oprichtersaansprakelijkheid, inschrijving, administratieplicht, publicatieverplichtingen, interne aansprakelijkheid, bewijsvermoeden bij faillissementsaansprakelijkheid en winstuitkeringen. Zie art. 2 Wfbv t/m art. 6 Wfbv.

halen. Dat voorstel is niet in de wet opgenomen.⁷⁰ In de literatuur wordt door sommigen gepleit voor (gedeeltelijke) toepasselijkheid van het enquêterecht op formeel buitenlandse vennootschappen.⁷¹

49.3.3 *Enquêterecht toch van toepassing via algemene exceptieclausule (art. 10:8 lid 2 BW)?*

Ook op andere gronden wordt in de literatuur betoogd dat, hoewel de mogelijkheid van een enquête in beginsel door het incorporatierecht wordt beheerst, toepassing van het enquêterecht op een buitenlandse vennootschap onder bepaalde omstandigheden mogelijk is, namelijk wanneer er een veel nauwere band is met het Nederlandse recht. De grondslag hiervoor zou te vinden zijn in de algemene exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW.⁷² Daartegen is terecht ingebracht dat uit art. 10:8 lid 2 BW voortvloeit dat de rechtskeuze voor het rechtspersonenstatuut gelijkstaat aan een rechtskeuze van de oprichters, welke rechtskeuze niet door de algemene exceptieclausule van lid 1 kan worden opzijgezet. Hebben de oprichters gekozen voor oprichting van een rechtspersoon naar buitenlands recht, dan is dat op te vatten als een rechtskeuze voor dat rechtstelsel – en dan kan het Nederlandse (enquête)recht niet via de algemene exceptieclausule alsnog van toepassing worden verklaard.⁷³ Ook in het geval van een formeel buitenlandse vennootschap (§ 49.3.2) moet toepassing van de algemene exceptieclausule als een onjuiste gedachtegang worden beschouwd.

49.3.4 *Onderzoek in het buitenland*

Het onderzoek in het kader van de enquêteprocedure kan mede betrekking hebben op het beleid dat en de gang van zaken die zich buiten Nederland hebben afgespeeld.⁷⁴ Onderzoekers kunnen dan met machtiging van de Ondernemingskamer informatie inwinnen bij nauw verbonden rechtspersonen, waarover ook hoofdstuk 22, ook in-

70 *Kamerstukken I 1997/98, 24139; Kamerstukken I 1997/98, 24141, 61, p. 1-3; Kamerstukken I 1997/98, 24139; Kamerstukken I 1997/98, 24141, 61a, p. 1-3.*

71 Zie M.A. Verbrugh & L. Timmerman, 'Het Nederlands enquêterecht in een internationaliserend vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/35, waarin wordt gepleit voor toepasselijkheid op formeel buitenlandse vennootschappen van het enquêterecht in een 'verlichte vorm', dat wil zeggen zonder de mogelijkheid van de eindvoorzieningen van art. 2:356 BW. Zie ook Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2015/11 en 43.

72 Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2015/11 en 43.

73 A.P.M.J. Vonken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/432-435; A.P.M.J. Vonken & L.A.H.T. Vonken, 'Een bespiegeling over de exceptieclausule van art. 10:8 lid 2 BW, toegespitst op de incorporatieleer', *Ondernemingsrecht* 2019/95 (zie verder ook de daarin genoemde literatuur).

74 Zie ook § 49.4.2 over de mogelijkheid dat een onderzoeksverslag in het kader van een Nederlandse enquêteprocedure wordt ingebracht in een buitenlandse procedure.

dien deze zijn onderworpen aan buitenlands recht.⁷⁵ Bij een enquête kunnen het beleid en de gang van zaken van een buitenlandse vennootschap die is gelieerd aan een Nederlandse vennootschap echter niet zelfstandig voorwerp van onderzoek zijn, dat wil zeggen: de buitenlandse vennootschap kan niet als verwerende partij in de enquêteprocedure optreden en evenmin kan de Ondernemingskamer ten aanzien van die buitenlandse vennootschap het oordeel wanbeleid uitspreken of (onmiddellijke) voorzieningen uit het Nederlandse enquêterecht opleggen.⁷⁶

Indien de onderzoeker in het kader van het onderzoek een gesprek wil met personen die in het buitenland woonachtig zijn, rijst de vraag of hij deze gesprekken zonder meer in het buitenland kan voeren. Van belang kunnen dan zijn het Haags Bewijsverdrag⁷⁷ en de bijbehorende Uitvoeringswet.⁷⁸ Verder kunnen van belang zijn de EG-Bewijsverordening,⁷⁹ waarbij (vrijwel) alle lidstaten van de Europese Unie zijn aangesloten, en de bijbehorende Uitvoeringswet.⁸⁰ De EG-Bewijsverordening bouwt voort op en vormt deels een vereenvoudiging van de regels van het Haags Bewijsverdrag.⁸¹ In art. 17 lid 1 Haags Bewijsverdrag is bepaald dat iedere persoon die daartoe op behoorlijke wijze als commissaris ('commissioner') is benoemd, zonder dwang op het gebied van een verdragsluitende staat onderzoekshandelingen kan verrichten welke betrekking hebben op een procedure, welke aanhangig is voor een gerecht van een andere verdragsluitende staat. De door de Ondernemingskamer aangestelde onderzoekers kunnen dan als commissioner worden aangemerkt.⁸²

49.3.5 Enquêtes in internationale concernverhoudingen

In de jurisprudentie met betrekking tot zaken binnen de Nederlandse rechtssfeer is aanvaard dat aandeelhouders behalve bij moedervenootschap ook een enquête en

75 Zie art. 2:351 lid 2 BW en art. 2:352 BW; voorts OK 7 augustus 2002, *JOR* 2002/193, m.nt. Josephus Jitta (*Scheipar*); HR 13 mei 2005, *NJ* 2005/298; *JOR* 2005/147, m.nt. Josephus Jitta (*Zeelandia*).

76 Zie Vlas 2017/331 en 332 (met verwijzingen naar jurisprudentie); Struycken 1988, p. 321-336; G. van Solinge, 'Buitenlandse partijen in de enquêteprocedure', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red). *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 87) Deventer: Kluwer 2006, p. 219-234 (hierna: Van Solinge 2006).

77 Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken, gesloten te 's-Gravenhage 18 maart 1970 (*Trb.* 1979, 38).

78 Wet van 11 december 1980 (*Stb.* 1980, 653), nadien gewijzigd bij Wet van 6 december 2001 (*Stb.* 2001, 581 en *Stb.* 2001, 584).

79 Verordening (EG) 1206/2001, *PbEG* L 174/1, van de Raad van de Europese Unie van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken.

80 Uitvoeringswet EG-Bewijsverordening (*Stb.* 2004, 258).

81 Zie verder: M. Freudenthal, 'Internationale bewijsverkrijging: van Haagse en Europese samenwerking', *NIPR* 2002, afl. 2, p. 109-122.

82 Aldus OK 5 oktober 2005, *JOR* 2005/296, m.nt. Leijten (*Smit Transformatoren*); OK 24 november 2005, *ARO* 2005/209; *JOR* 2006/6 (*Ahold*). Zie nader Van Solinge 2006, p. 228-232; R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 145) Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 308-312.

(onmiddellijke) voorzieningen kunnen verzoeken bij een dochtervennootschap van de moedervennootschap waarvan zij aandeelhouder zijn, waarover ook hoofdstuk 7.⁸³ De vraag of een dergelijke concernenquête ook mogelijk is als de moedervennootschap een vennootschap naar buitenlands recht is, werd door de Hoge Raad ontkenkend beantwoord in de TESN-beschikking.⁸⁴ In een vergelijkbaar geval heeft de Hoge Raad kort daarna deze vraag echter bevestigend beantwoord met als argument dat de verzoekende aandeelhouder in de buitenlandse moeder via het middellijk aandeelhouderschap moet worden aangemerkt als verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de BV waarop het enquêteverzoek betrekking had.⁸⁵ Moeilijk valt in te zien hoe die twee uitspraken met elkaar zijn te rijmen.⁸⁶

49.3.6 Enquêterecht na fusie of omzetting naar het buitenland

Zou een Nederlandse vennootschap een dreigend enquêteverzoek kunnen afwenden of een lopende enquêteprocedure kunnen doen beëindigen via een grensoverschrijdende fusie als gevolg waarvan zij wordt overgenomen door een vennootschap naar buitenlands recht?⁸⁷ De verdwijnende Nederlandse vennootschap houdt dan met ingang van de fusiedatum⁸⁸ op te bestaan. Strikt genomen zou het beleid en de gang van zaken van de verdwenen Nederlandse vennootschap ook na de fusiedatum natuurlijk nog wel kunnen worden onderzocht – het betreft immers feiten en omstandigheden van daarvoor. Is de enquêteprocedure reeds aanhangig, dan rijst de vraag of het geding kan worden voortgezet met de overnemende buitenlandse vennootschap als procespartij (gerekwestreerde rechtspersoon).

In de jurisprudentie is uitgemaakt dat indien een procespartij hangende de instantie ophoudt te bestaan en door een andere rechtspersoon onder algemene titel – zoals het geval is bij fusie – wordt opgevolgd, de rechtsopvolger deze instantie

83 Zie HR 3 april 2020, *NJ* 2021/103, m.nt. Verbrugh; *JOR* 2020/166, m.nt. Josephus Jitta (*SNS*); HR 3 april 2020, *NJ* 2021/104, m.nt. Verbrugh; *JOR* 2020/138, m.nt. Doorenbos (*SNS*).

84 HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2011/178, m.nt. Doorman (*TESN*).

85 HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2013/166, m.nt. Doorman (*Chinese Workers*). De gelijkstelling van deze economisch belanghebbende met een aandeelhouder of certificaathouder geldt niet zonder meer, maar is afhankelijk van feiten en omstandigheden, zie HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2014/259, m.nt. Olden (*Slotervaartziekenhuis*).

86 Zie kritisch hierover G. van Solinge, 'Nederlands enquêterecht in internationale concernverhoudingen: Bermuda Block of China Connection?', *TAO* 2012, afl. 3-4, p. 85-91; Vlas 2017/330. Milder is K. Spruitenburg, *De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 153), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 174 e.v.

87 De grensoverschrijdende fusie is voor de NV, BV en Europese coöperatieve vennootschap geregeld in art. 2:333b BW t/m art. 2:333l BW.

88 De grensoverschrijdende fusie wordt van kracht op een datum die wordt bepaald door het recht dat van toepassing is op de overnemende vennootschap, zie art. 2:333i lid 1 BW. Zie verder: G. van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie* (diss. Amsterdam VU) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 44), Deventer: Kluwer 1994, p. 254 e.v.

of volgende instanties⁸⁹ als procespartij op eigen naam voortzet, zonder dat vereist is dat de oorspronkelijke procespartij nog als zodanig aan de rechtsstrijd deelneemt.⁹⁰ Deze rechtspraak biedt een praktische oplossing voor fusies waarbij uitsluitend vennootschappen naar Nederlands recht zijn betrokken. Gelet echter op de heersende opvatting, kan in geval van de geschetste grensoverschrijdende fusie de verkrijgende vennootschap – omdat zij wordt beheerst door buitenlands recht – niet worden onderworpen aan een Nederlandse enquêteprocedure (§ 49.3.1).

Bij een andersluidende opvatting zou bovendien de vraag rijzen ten overstaan van welke rechter de enquêteprocedure moet worden gestart of voortgezet: de Ondernemingskamer of de rechter van de vestigingsplaats van de overnemende vennootschap?

De Ondernemingskamer heeft na de fusiedatum geen rechtsmacht met betrekking tot de in het buitenland gevestigde overnemende vennootschap, waarin de Nederlandse vennootschap waarop het onderzoek gericht is of zou moeten zijn, inmiddels is opgegaan (§ 49.2.4).⁹¹ Een door de Ondernemingskamer met betrekking tot die buitenlandse vennootschap uit te spreken oordeel wanbeleid of door haar op te leggen (onmiddellijke) voorzieningen zouden hun doel missen.

Het starten of voortzetten van een enquêteprocedure ten overstaan van de rechter van de woonplaats van de overnemende vennootschap is theoretisch wel denkbaar. De overnemende buitenlandse vennootschap fungeert dan als een soort formele procespartij.⁹² Zou de buitenlandse rechter zich bevoegd achten, dan moet hij via de door hem toe te passen regels van zijn eigen internationaal privaatrecht nagaan welk recht van toepassing is. Volgt de buitenlandse rechter het incorporatiestelsel, dan zal het recht van de vestigingsplaats van de overnemende vennootschap moeten worden toegepast. Mogelijk met uitzondering van Nederlands-Caribische gevallen,⁹³

89 Dat doet zich voor indien na de fusiedatum cassatieberoep is ingesteld tegen (a) de voor cassatieberoep vatbare beschikking – zie HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/465, m.nt. Maeijer (*Ogem*) – die een einde maakt aan de eerste fase van de enquêteprocedure als bedoeld in art. 2:351 lid 1 BW, of (b) de beschikking die een einde maakt aan de tweede fase (art. 2:355 BW).

90 HR 7 oktober 1994, *NJ* 1995/63 (*REMU*); HR 5 januari 2001; *NJ* 2001/80; *JOR* 2001/21, m.nt. Van Solinge (*Groenewegen/Punta Argentara*); HR 27 mei 2005, *NJ* 2006/598, m.nt. Sniijders (*Philip Morris Holland/Van der Graaf*); HR 13 december 2013, *NJ* 2015/307; *JOR* 2014/33, m.nt. Groffen (*Montis/Goossens*). Zie voor kritische beschouwingen M.E. Bruning, 'Partij(ver)wisselingen gedurende het burgerlijk geding; tussen ficties en werkelijkheid - Over diverse partijperikelen en koersveranderingen in de rechtspraak van de Hoge Raad', in: H.A. Groen e.a. (red.), *Verandering van koers*, Maastricht: Datawyse uitgevers 2017, p. 107-140. In de praktijk doen deze kwesties zich vooral voor in dagvaardingszaken, maar er is geen reden om aan te nemen dat dezelfde regels niet ook zouden gelden in verzoekschriftprocedures (zoals de enquêteprocedure), zie daarover P.M. Storm, 'Commentaar bij HR 12 december 2013 (*Montis/Goossens*)', *Ondernemingsrecht* 2014/91.

91 Ook de door Ondernemingskamer aangestelde onderzoekers ontberen de bevoegdheid om na de fusiedatum het onderzoek in het buitenland voort te zetten (zie ook § 49.3.4).

92 Helemaal juist is de aanduiding formele procespartij hier niet, omdat er geen materiële procespartij meer is (zij is door de fusie verdwenen).

93 Denk aan het (thans nog niet toegestane) geval dat de verdwijnende Nederlandse vennootschap door fusie wordt overgenomen door een vennootschap naar het recht van Curaçao, Sint Maarten of Aruba, en de procedure wordt voortgezet voor het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao,

zal de conclusie dan luiden dat het toepasselijke incorporatierecht geen enquêterecht kent. Moet de buitenlandse rechter krachtens zijn eigen internationaal privaatrecht de leer van de werkelijke zetel toepassen, dan zou hij wel kunnen uitkomen bij het Nederlandse (enquête)recht. Dat veronderstelt echter het onwaarschijnlijke geval dat na de fusie het centrum van de bestuursactiviteiten van de verkrijgende buitenlandse vennootschap in Nederland is gelegen.

Kortom, na de fusiedatum kan geen nieuwe enquêteprocedure worden gestart en kan een lopende enquêteprocedure niet worden voortgezet, omdat het Nederlandse (enquête)recht niet kan worden toegepast op de overnemende buitenlandse vennootschap.

Voor zover de verzoekers aandeelhouders of certificaathouders zijn, kunnen zij trachten de grensoverschrijdende fusie te verhinderen door in de algemene vergadering tegen het fusievoorstel te stemmen. Wordt het fusievoorstel niet aangenomen, dan kunnen zij toch het enquêteverzoek indienen of een al lopende procedure voortzetten. Is sprake van een reeds lopende enquêteprocedure, dan zouden zij⁹⁴ daarnaast kunnen proberen de fusie te verhinderen via een tot de Ondernemingskamer gericht verzoek tot het opleggen van een onmiddellijke voorziening die ertoe strekt dat hangende de enquêteprocedure het besluit tot fusie niet kan worden genomen of uitgevoerd.⁹⁵

Na de fusiedatum is de grensoverschrijdende fusie een feit; de wet sluit de vernietiging of het inroepen van de nietigheid van de fusie uit (art. 2:333i BW). Aangenomen moet worden dat hieruit eveneens volgt dat een eenmaal voltrokken grensoverschrijdende fusie ook niet meer kan worden tegengehouden of teruggedraaid door een (onmiddellijke) voorziening van de Ondernemingskamer in een lopende enquêteprocedure.

Onder komend recht gaan met grensoverschrijdende fusies vergelijkbare gevallen zich voordoen indien de mogelijkheid voor Nederlandse vennootschappen tot omzetting in een buitenlandse rechtsvorm en grensoverschrijdende splitsing in een of meer buitenlandse rechtspersonen in de wet is ingevoerd ter implementatie van de Richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen.⁹⁶

Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, onder toepassing van het enquêterecht van de desbetreffende jurisdictie (dat grotendeels gelijk is aan het Nederlandse enquêterecht, § 49.1). Dat zou dan ook, *mutatis mutandis*, voor het omgekeerde geval moeten gelden.

94 Of andere economisch belanghebbenden die, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, kunnen worden gelijkgesteld met een aandeelhouder of certificaathouder, zie HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2014/259, m.nt. Olden (*Slotervaartziekenhuis*).

95 De wet schrijft voor dat de notaris in de voetverklaring in de akte van fusie verklaart dat de vormvoorschriften voor alle besluiten met betrekking tot de fusie zoals vereist in Afdelingen 2, 3 en 3a van Titel 8 BW en de statuten in acht zijn genomen en dat voor het overige de daarvoor in deze afdelingen gegeven voorschriften zijn nageleefd (art. 2:333i lid 3 BW). Daaronder valt niet het vaststellen dat een enquêteprocedure aanhangig. Niettemin is het voorstelbaar dat de notaris zal aarzelen de voetverklaring af te leggen, indien er gerede twijfel is over de vraag of met de grensoverschrijdende fusie geen ander gevolg wordt beoogd dan het beëindigen van de enquêteprocedure.

96 Richtlijn (EU) 2019/2121, *PbEU* L 321/1 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen.

49.4 Erkenning en tenuitvoerlegging van enquêtebeschikkingen in het buitenland

49.4.1 Automatische erkenning en tenuitvoerlegging op grond van Brussel I bis-Verordening

De Brussel I bis-Verordening kent naast een regeling van de rechtsmacht (§ 49.2.2. e.v.) ook regels voor de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen. Het kan zijn dat een enquêtebeschikking van de Ondernemingskamer deels in het buitenland ten uitvoer moet worden gelegd. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het geval dat de Ondernemingskamer als (onmiddellijke) voorziening heeft bepaald dat een besluit wordt geschorst of vernietigd en de beschikking voor wat betreft de gevolgen⁹⁷ van die schorsing of vernietiging geheel of gedeeltelijk in het buitenland ten uitvoer moet worden gelegd. Denk ook aan de gevallen waarin een in het buitenland gevestigde partij schadevergoeding moet betalen wegens een onredelijk enquêteverzoek of op hem de kosten van het onderzoek worden verhaald.⁹⁸ Met betrekking tot zulke voorzieningen en veroordelingen zullen in het buitenland executiemaatregelen moeten worden getroffen.

In art. 36 Brussel I bis-Verordening is bepaald dat een in een lidstaat gegeven beslissing in de overige lidstaten zonder vorm van proces wordt erkend. Verder is in art. 39 Brussel I bis-Verordening bepaald dat een in een lidstaat gegeven beslissing die in die lidstaat uitvoerbaar is, in andere lidstaten uitvoerbaar is zonder dat een verklaring van uitvoerbaarheid is vereist.⁹⁹ Als hoofdregel geldt dus dat het buitenlandse vonnis in de aangezochte lidstaat automatisch wordt erkend en ten uitvoer gelegd.

Door tussenkomst van de rechter kan evenwel erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlands vonnis worden geweigerd indien, onder meer, de erkenning kennelijk strijdig is met de openbare orde van de aangezochte lidstaat of de beslissing onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen in de aangezochte lidstaat gegeven beslissing (art. 45 Brussel I bis-Verordening).

Voor de toepasselijkheid van de regels inzake erkenning en tenuitvoerlegging is het overigens niet van belang of de bevoegdheid van de rechter die de betrokken uitspraak heeft gedaan, is gebaseerd op de bevoegdheidsregels van de Brussel I bis-Verordening.¹⁰⁰ Dit betekent dat ook indien de bevoegdheid van de Ondernemingskamer is gebaseerd op nationale bevoegdheidsregels, een door haar gegeven

97 De Ondernemingskamer kan op grond van art. 2:357 lid 2 BW zo nodig de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen regelen, zie daarover § 29.6. Denkbaar is dat de gevolgen (deels) in het buitenland geregeld moeten worden.

98 Zie art. 2:350 lid 2 BW respectievelijk art. 2:354 BW, besproken in § 49.2.5.2 respectievelijk § 49.2.5.3.

99 Zie voor een korte beschrijving van de procedure van tenuitvoerlegging Vlas 2017/227. Zie verder over erkenning en tenuitvoerlegging: M.H. ten Wolde, *Handboek internationaal privaatrecht*, Zutphen: Paris 2021, p. 415 e.v. (hierna: Ten Wolde 2021).

100 Ten Wolde 2021, p. 417.

enquêtebeschikking waar nodig in het buitenland kan worden erkend en ten uitvoer gelegd op grond van de desbetreffende regels van de Brussel I bis-Verordening.

Heeft de Ondernemingskamer uitsluitend vastgesteld dat sprake is van wanbeleid en zijn dus geen onmiddellijke of definitieve voorzieningen opgelegd, dan heeft de beschikking een declaratoir karakter en kan zij om die reden in het buitenland niet ten uitvoer worden gelegd (net zomin als in Nederland). Erkenning van een declaratoire enquêtebeschikking kan wel aan de orde zijn, bijvoorbeeld in een buitenlandse aansprakelijkheidsprocedure gericht tegen een bestuurder of commissaris. Door de erkenning in een andere lidstaat heeft de enquêtebeschikking het gezag en de gevolgen die zij in Nederland heeft, hetgeen een ruimere werking kan zijn dan in de lidstaat van erkenning in soortgelijke procedures wordt gegeven.¹⁰¹

49.4.2 *Uitvoerbaarheid in andere gevallen*

Indien de enquêtebeschikking (deels) ten uitvoer moet worden gelegd in een land dat geen partij is bij de Brussel I bis-Verordening, dan kan aan de rechter in dat land een verlof tot tenuitvoerlegging ('exequatur') worden verzocht. Voorwaarde voor de verlening van dat verlof is dat daarvoor een grondslag bestaat in een verdrag waarbij Nederland en het desbetreffende land partij zijn¹⁰² of in een wettelijke bepaling van het desbetreffende land.

Zo kan een in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten gewezen enquêtebeschikking voor zover nodig in het gehele Koninkrijk ten uitvoer worden gelegd, met inachtneming van de wettelijke bepalingen van het land, waar de tenuitvoerlegging plaatsvindt (zie art. 40 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden). Ook enquêtebeschikkingen die in Nederland of Suriname zijn geweest, kunnen op grond van een bilateraal verdrag in deze landen over en weer ten uitvoer worden gelegd.¹⁰³ Met ingang van 1 juni 2021 geldt dit verdrag ook voor het Caribische deel van Nederland (Bonaire, Sint Eustatius en Saba, ook wel: de BES-eilanden).¹⁰⁴ Als gevolg van deze uitbreiding kan iedere belanghebbende partij een verzoek tot verkrijging

101 Ten Wolde 2021, p. 417-418; HvJ EG 4 februari 1988, *NJ* 1990/209, m.nt. Schultz (*Hoffmann/Krieg*). Deze beslissing behoudt onder de Brussel I bis-Verordening haar betekenis, zie P. Vlas, in: P. Vlas, T.F.E. Tjong Tjin Tai & A.I.M. van Mierlo (red.), *GS Rv*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, art. 36 Brussel I bis, aant. 1.

102 Overigens is het louter partij zijn bij een verdrag niet voldoende om het verdrag werking te laten hebben. Bijv. HR 16 juli 2021, *NJ* 2021/351, m.nt. Strikwerda (*Albaniabeg Ambient/Enel*), waarin werd overwogen dat, hoewel Nederland en Albanië partij zijn bij het Verdrag betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen in burgerlijke en handelszaken, 's-Gravenhage, 1 februari 1971 (*Trb.* 1972, 144), een Albanees vonnis in Nederland niet automatisch kan worden erkend of uitvoerbaar verklaard op grond van het verdrag, aangezien deze landen niet het op de voet van art. 21 van dit verdrag vereiste aanvullend akkoord hebben gesloten.

103 Zie de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Suriname betreffende de wederzijdse erkenning en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en authentieke akten in burgerlijke zaken, 's-Gravenhage, 27 augustus 1976 (*Trb.* 1976, 144).

104 *Trb.* 2021, 95.

van het verlot tot tenuitvoerlegging van een in Nederland of Suriname gegeven vonnis, waaronder dus ook enquêtebeschikkingen, richten aan het Gerecht in eerste aanleg van het rechtsgebied waarin de wederpartij van de verzoeker woonplaats heeft of het Gerecht in eerste aanleg van het rechtsgebied waarin de tenuitvoerlegging wordt verlangd.

Ontbreekt een dergelijke grondslag in een verdrag of wet, dan is de Nederlandse enquêtebeschikking in het desbetreffende land hoogstwaarschijnlijk niet uitvoerbaar en zal het geding bij de buitenlandse rechter opnieuw aanhangig moeten worden gemaakt.¹⁰⁵ Gegeven het feit dat de enquêteprocedure een uniek Nederlands verschijnsel is (§ 49.1), lijkt het onwaarschijnlijk dat in zo'n geval het geding bij de buitenlandse rechter aanhangig kan worden gemaakt in een procedure die het evenbeeld is van de Nederlandse enquêteprocedure. Het vonnis dat door de buitenlandse rechter wordt gewezen, kan niet worden aangemerkt als een tenuitvoerlegging van de Nederlandse enquêtebeschikking – al ligt het voor de hand dat de buitenlandse rechter in zijn vonnis op enige wijze rekening houdt met de overwegingen en het dictum van de Nederlandse enquêtebeschikking.

Ook de resultaten van het onderzoek in het kader van een enquêteprocedure zoals die worden vastgelegd in het onderzoeksverslag kunnen een rol spelen in buitenlandse procedures. Voor zover het onderzoeksverslag niet voor eenieder ter inzage ligt, is het doen van mededelingen uit het verslag slechts mogelijk met machtiging van de voorzitter van de Ondernemingskamer op grond van art. 2:353 lid 3 BW. Het feit dat een onderzoeksverslag niet openbaar is, staat er niet zonder meer aan in de weg dat het in een andere procedure wordt ingebracht.¹⁰⁶ Verzoeken tot het inbrengen van het onderzoeksverslag in een buitenlandse procedure moeten terughoudend worden beoordeeld. Het onderwerp en de strekking van een dergelijke buitenlandse procedure kunnen dermate ver verwijderd zijn van de doeleinden van het enquêterecht dat het belang dat verzoekers hebben bij hun verzoek tot inbreng in die procedure, de toewijzing ervan niet rechtvaardigt. Daarbij speelde in de Prien en Gravier-zaak een rol dat het onzeker is of een rechter buiten Nederland in de desbetreffende procedures kan beoordelen welke betekenis moet worden toegekend aan het onderzoeksverslag, zeker indien de verzoeken tot vaststelling van wanbeleid en het treffen van voorzieningen nog moeten worden behandeld en daarop dus nog niet is beslist.¹⁰⁷

105 Uiteraard is dit afhankelijk van de (commune) wetgeving van het land waar de tenuitvoerlegging wordt gezocht. Zo geldt in Nederland voor de tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen (en authentieke akten) dat indien tenuitvoerlegging op grond van een verdrag of wet niet mogelijk is, het geding opnieuw bij de Nederlandse rechter kan worden behandeld en afgedaan (art. 431 lid 2 Rv). Daarbij kan (of moet) de Nederlandse rechter dan wel betekenis toekennen aan de buitenlandse beslissing, zie HR 26 september 2014, *NJ* 2015/478, m.nt. De Boer; *JOR* 2014/350, m.nt. Van der Plas (*Gazprombank/Bensadon*).

106 Zie OK (vz.) 28 juni 2016, *ARO* 2016/159; *JOR* 2017/7, m.nt. Salemink (*Best Green*), waarin het ging om de inbreng van het onderzoeksverslag in een civiele aansprakelijkheidsprocedure.

107 OK (vz.) 9 juli 2021, *ARO* 2021/142 (*Prien en Gravier*).

49.4.3 *Schending van art. 24 sub 2 II Brussel I bis-Verordening is weigeringsgrond voor erkenning*

De schending van het exclusieve forum van art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening is eveneens een weigeringsgrond voor erkenning van de beslissing in andere lidstaten.¹⁰⁸ Zou de rechter op die grond de erkenning willen weigeren omdat bij toepassing van zijn eigen internationaal privaatrecht de vennootschap of rechtspersoon een andere vestigingsplaats heeft, dan is verdedigbaar dat de rechter bij de toets van art. 45 lid 1 Brussel I bis-Verordening, niet zijn eigen internationaal privaatrecht, maar dat van de eerst aangezochte rechter toepast.¹⁰⁹ Neem het geval dat de Ondernemingskamer een enquêtebeschikking heeft gewezen met betrekking tot een vennootschap naar Nederlands recht maar met de werkelijke zetel in Luxemburg. Bepaalde onderdelen van de beschikking van de Ondernemingskamer moeten in Luxemburg ten uitvoer worden gelegd. Vervolgens weigert de Luxemburgse rechter de erkenning en tenuitvoerlegging van de beschikking van de Ondernemingskamer omdat naar Luxemburgs internationaal privaatrecht deze vennootschap met werkelijke zetel in Luxemburg wordt beheerst door Luxemburgs recht – waarmee art. 24 sub 2 Brussel I bis-Verordening zou zijn geschonden. In de zojuist genoemde interpretatie zou de Luxemburgse rechter in dat geval de door de Ondernemingskamer toegepaste kwalificatie dat de zetel in Nederland is gelegen en de vennootschap dus wordt beheerst door Nederlands recht, moeten respecteren. De relevante onderdelen van de beschikking van de Ondernemingskamer dienen dan door de Luxemburgse rechter te worden erkend, zodat zij ten uitvoer kunnen worden gelegd in Luxemburg.¹¹⁰

49.4.4 *Tenuitvoerlegging van dwangsbeschikkingen*

De Ondernemingskamer kan op verzoek een of meer partijen veroordelen tot betaling van een dwangsom of het opleggen van lijfswang voor het geval dat niet wordt voldaan aan een of meer door haar opgelegde (onmiddellijke) voorzieningen. Zie over dwangsom en lijfswang ook § 5.7.16 en § 29.8. Dwangsommen en lijfswang kunnen niet worden opgelegd in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom. Aangezien de (onmiddellijke) voorzieningen die de Ondernemingskamer kan opleggen, niet strekken tot de betaling van een geldsom, is het opleggen van een dwangsom steeds een mogelijkheid om de executie van de enquêtebeschikking kracht bij te zetten. Ook lijfswang is mogelijk, maar dat is een ultimum remedium.¹¹¹

108 Art. 45 lid 1 sub e onder ii Brussel I bis-Verordening. Zie ook HR 18 maart 2011, *NJ* 2011/219, m.nt. Polak (*Szajak/Bialek*), waarin werd geoordeeld dat voor het weigeren van de erkenning het niet van belang is dat tegen de schending een rechtsmiddel aangewend had kunnen worden.

109 Aldus: S.J. Schaafsma, in: A.I.M. van Mierlo & C.J.J.C. van Nispen (red.), *T&C Rv*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, art. 24 Brussel I bis, aant. 6.

110 Zie Vlas, *Rechtspersonen* 2017/228.

111 Art. 587 Rv. Bijv. (afwijzend) OK 29 mei 2020, *RO* 2020/55; *JOR* 2020/204, m.nt. Broere (*Vermeulen Food Group*).

Afgezien van het opleggen van (onmiddellijke) voorzieningen, kan de Ondernemingskamer veroordelen tot betaling van een schadevergoeding wegens een onredelijk enquêteverzoek (art. 2:350 lid 2 BW) en tot toewijzing van een verzoek tot kostenverhaal (art. 2:354 BW). Zie daarover § 49.2.5. Aangezien dit beide veroordelingen tot het betalen van een geldsom zijn, is het opleggen van een dwangsom of lijfswang dan niet mogelijk.

Voor zover de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Ondernemingskamer moet geschieden in een van de lidstaten die zijn aangesloten bij de Brussel I bis-Verordening, is in art. 55 Brussel I bis-Verordening bepaald dat in een lidstaat gegeven beslissingen die een veroordeling tot betaling van een dwangsom inhouden in de aangezochte lidstaat slechts ten uitvoer kunnen worden gelegd wanneer het bedrag door het gerecht van herkomst definitief is bepaald.

Het gerecht van herkomst is het gerecht dat de beslissing heeft gegeven waarvan de erkenning wordt ingeroepen of de tenuitvoerlegging wordt gevorderd (art. 2 aanhef en sub f Brussel I bis-Verordening). In het kader van art. 55 Brussel I bis-Verordening is dat derhalve het gerecht dat volgens de nationale bevoegdheidsregels is aangewezen om het bedrag van de verbeurde dwangsom vast te stellen. Onder de werking van de Brussel I bis-Verordening levert een beslissing waarbij een dwangsom worden opgelegd dus – anders dan onder Nederlands recht – geen voor erkenning en tenuitvoerlegging vatbare rechterlijke beslissing op. Executie van een dwangsom vergt in internationaal verband daarom een afzonderlijke rechterlijke beslissing.

Naar Nederlands recht worden executiegeschillen beslecht door de gewone civiele rechter op grond van art. 438 Rv. Dit betekent dat in het geval dat de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure een dwangsom heeft opgelegd, de definitieve vaststelling daarvan dient te geschieden door de rechtbank. Aldus heeft de Ondernemingskamer onlangs uitgemaakt, hoewel zij eerder daarover twijfelde en overwoog een prejudiciële vraag aan het HvJ EU te stellen over de uitleg van art. 55 Brussel I bis-Verordening.¹¹² In een later gewezen beschikking heeft de Ondernemingskamer toch afgezien van het stellen van een prejudiciële vraag en de zaak zelf afgedaan. Zij overwoog dat art. 55 Brussel I bis-Verordening niet beoogt in te grijpen in de nationale procesorde van de lidstaten, waaronder regels van absolute en relatieve competentie, maar slechts ten doel heeft om internationale tenuitvoerleggingsproblemen te voorkomen. Daarom is overeenkomstig het Nederlandse burgerlijk procesrecht op de voet van art. 438 Rv de gewone rechter – en dus niet de Ondernemingskamer – bevoegd kennis te nemen van het verzoek ter zake van de tenuitvoerlegging van de dwangsommenbeschikking.¹¹³

112 OK 25 augustus 2020, RO 2020/69; JOR 2021/10, m.nt. Zilinsky & De Groot (*Prien en Gravier*).

113 OK 10 november 2020, ARO 2021/7; JOR 2021/11, m.nt. Zilinsky & De Groot (*Prien en Gravier*). Aldus in lijn met OK 5 december 2014, ARO 2014/184; JOR 2015/229, m.nt. Van der Korst (*Leaderland*). Zie ook OK 12 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5155 (*Leaderland*).

Is de dwangsom definitief vastgesteld, dan kan deze rechterlijke beslissing zonder tussenkomst van een andere rechter ten uitvoer worden gelegd in de andere lidstaat, mits daarvoor het in art. 53 Brussel I bis-Verordening genoemde certificaat is afgegeven door het gerecht van herkomst.

49.5 Slotbeschouwing

De enquêteprocedure is een typisch Nederlandse procedure waarin uitsluitend het beleid en de gang van zaken van rechtspersonen naar Nederlands recht kunnen worden getoetst. Ook de (onmiddellijke) voorzieningen die in het kader van de enquêteprocedure worden getroffen, kunnen uitsluitend aan rechtspersonen naar Nederlands recht worden opgelegd. Vanuit een oogpunt van goede rechtsbedeling en rechtszekerheid is het dan wenselijk dat een Nederlandse rechter de regels van het enquêterecht toepast. De Ondernemingskamer wordt daartoe in het nationale recht als de enig bevoegde rechter aangewezen.

In de enquêteprocedures bij de Ondernemingskamer zijn vaak ook in het buitenland gevestigde partijen gevestigd. Dan kunnen vragen rijzen omtrent de internationale bevoegdheid van de Ondernemingskamer, zeker als onderdelen van de beschikking van de Ondernemingskamer betrekking hebben op partijen bij de procedure die in het buitenland zijn gevestigd. Hoewel de Brussel I bis-Verordening voor bepaalde geschillen in de rechtspersoon of vennootschap de rechter van de plaats van vestiging als enig bevoegde rechter aanwijst, is het nog geen uitgemaakte zaak of de Ondernemingskamer als een dergelijk exclusief forum kan worden beschouwd. Recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het HvJ EU wijzen mogelijkserwijs op een exclusief forum voor alle interne geschillen in vennootschappen en rechtspersonen, niet alleen als het gaat om de uitkoop van minderheidsaandeelhouders maar ook om de wettelijke uitstoot- en uittredingsregeling en het enquêterecht.

Op grond van de regels in de Brussel I bis-Verordening is het mogelijk dat de door de Ondernemingskamer opgelegde (onmiddellijke) voorzieningen, voor zover nodig in de andere lidstaten worden erkend en tenuitvoergelegd. Is daarbij door de Ondernemingskamer een dwangsom opgelegd, dan dient de civiele rechter het bedrag daarvan definitief vast te stellen, alvorens de dwangsommenbeschikking in het buitenland kan worden geëxecuteerd.