Universiteit
Leiden
The Netherlands

De concern(genoten)enquête: Naar huidig en wenselijk recht

Jager, R.P.

Citation
Jager, R. P. (2019, October 30). *De concern(genoten)enquête: Naar huidig en wenselijk recht*. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/83253

Version:	Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/83253

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/83253 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Jager, R.P.
Title: De concern(genoten)enquête: Naar huidig en wenselijk recht
Issue Date: 2019-10-30

DE CONCERN(GENOTEN)ENQUÊTE

Naar huidig en wenselijk recht

Voor mijn moeder

Wolters Kluwer
Deventer – 2019

SERIE VANWEGE HET
VAN DER HEIJDEN INSTITUUT TE NIJMEGEN
ONDER REDACTIE VAN
PROF. MR. G. VAN SOLINGE
PROF. MR. M. VAN OLFFEN
PROF. MR. M.P. NIEUWE WEME
PROF. MR. C.D.J. BULTEN

DEEL 158

Verkorte citeerwijze: Jager, *De concern(genoten)enquête* (VDHI nr. 158) 2019/paragraafnummer.
Volledige citeerwijze: R.P. Jager, *De concern(genoten)enquête. Naar huidig en wenselijk recht* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 158), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Omslagontwerp: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 15526 6
ISBN 978 90 13 15527 3 (E-book)
NUR 827-715

© 2019, Wolters Kluwer Nederland BV, R.P. Jager

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice
Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland BV.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland BV geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland BV zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland BV persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland BV van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.

Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator
NAVIGATOR

DE CONCERN(GENOTEN)ENQUÊTE

Naar huidig en wenselijk recht

Proefschrift

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op woensdag 30 oktober 2019
klokke 13.45 uur

door

Rinus Paul Jager
geboren op 18 oktober 1982
te Groningen

Promotoren:
Prof. mr. S.M. Bartman
Prof. mr. M.E. Koppenol-Laforce

Promotiecommissie:
Prof. mr. S.J. Schaafsma
Mr. dr. C. de Groot
Prof. mr. H.-J. de Kluiver (Universiteit van Amsterdam)
Prof. mr. M. Olaerts (Universiteit Maastricht)

VOORWOORD

Op woensdag 30 oktober 2019 promoveerde Paul Jager aan de Universiteit Leiden op zijn onderzoek over de concern(genoten)enquête. Als promotoren traden op de hoogleraren Steef Bartman en Marielle Koppenol-Laforce. De auteur gaat uit van het uitgangspunt dat een concern vanbinnen een economische eenheid, maar vanbuiten een juridische veelheid is. Hij staat een concernbenadering voor: *substance over form*. Hij doet dit door de focus in zijn onderzoek op het (economische) geheel te leggen in plaats van op de afzonderlijke (juridische) delen. In zijn ogen moet de juridische werkelijkheid zoveel mogelijk aansluiten bij de economische.

Het boek is opgebouwd uit vier delen. Deel I bevat een (algemene) inleiding en een hoofdstuk over concerns. De auteur gaat in op het door hem gesignaleerde spanningsveld tussen de economische werkelijkheid en de juridische werkelijkheid. In dit deel zijn tevens beschouwingen gewijd aan het Europese mededingingsrecht.

In deel II worden de onderdelen van het enquêterecht met betrekking tot het 'concerngenotenquêteverzoek' behandeld, waarbij de auteur de lijn van de enquêteregeling heeft aangehouden. Aan bod komen (i) verzoek, oproeping en verweer, (ii) buitenlandse groepsmaatschappijen, (iii) kenbaarmaking bezwaren, (iv) enquêtebevoegdheid houders van (certificaten van) aandelen, (v) gegronde redenen, (vi) (verhaal) onderzoekskosten en schadevergoeding, en (vii) wanbeleid en voorzieningen.

Deel III bouwt voort op de concernbenadering als weergegeven in hoofdstuk 2 van deel I. Deze benadering trekt de auteur door in zijn bespreking van het enquêterecht naar wenselijk recht. Hij schetst hoe het enquêterecht er naar zijn visie uit kan zien indien daarin het concern als zodanig tot uitgangspunt zou worden genomen. Dit wordt gedaan aan de hand van tien door hem geformuleerde vragen én antwoorden.

Deel IV bestaat uit de samenvatting en conclusies.

De schrijver heeft een breed opgezet en prikkelend boek geschreven. Hij is daarbij minutieus te werk gegaan. De uitvoerige verwijzingen naar onder meer literatuur en jurisprudentie geven blijk van gedegen onderzoek. Lezenswaardig zijn onder andere de beschouwingen over het enquêterecht vanuit internationaal privaatrechtrechtelijk perspectief. Hij schroomt niet om over allerhande onderwerpen zijn mening te geven.

Al met al vormt dit boek een mooie aanvulling op de bestaande literatuur. Wij nemen het dan ook met genoegen op als deel 158 in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut.

Gerard van Solinge
Martin van Olffen
Marco Nieuwe Weme
Claartje Bulten

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord V

Afkortingen XI

Deel I *Exordium* 1

Hoofdstuk 1. Inleiding 3

1.1 Aanleiding en belang 3
1.2 Probleemstelling en afbakening 5
1.3 Methode van onderzoek 7
1.4 Terminologie 7
1.5 Opzet 10

Hoofdstuk 2. Concerns en de economische werkelijkheid *versus* de juridische werkelijkheid 11

2.1 Inleiding 11
2.2 Wat is een concern? 15
2.3 De economische werkelijkheid *versus* de juridische werkelijkheid 24
2.3.1 Bestuursautonomie 24
2.3.2 Vennootschappelijk belang 33
2.4 Het Europese mededingingsrecht 48
2.5 Tussenconclusie 68

Deel II *Ius constitutum* 71

Hoofdstuk 3. Inleiding 73

Hoofdstuk 4. Verzoek, oproeping en verweer 75

Hoofdstuk 5. Buitenlandse groepsmaatschappijen 89

5.1 Het formele (commune) IPR 90
5.1.1 Het Unierechtelijke formele IPR 90
5.1.1.1 Inleiding 90
5.1.1.2 Burgerlijke en handelszaken 92
5.1.1.3 Hoofdregel 97
5.1.1.4 Pluraliteit van verweerders 104
5.1.1.5 Exclusieve bevoegdheid 115
5.1.1.6 Forumkeuze 127
5.1.2 Het formele, commune, Nederlandse IPR 145
5.2 Het materiële, commune IPR 148
5.2.1 Bepaling toepasselijk recht 148
5.2.2 Toepassingsbereik Nederlands enquêterecht 158
5.3 Tussenconclusie 169

Hoofdstuk 6. Kenbaarmaking bezwaren 171

Hoofdstuk 7. Enquêtebevoegdheid houders van (certificaten van) aandelen 181

7.1 Rechtspraak Hoge Raad 181
7.1.1 Inleiding 181
7.1.2 Drie elementen 183
7.1.2.1 Verschaffer van risicodragend kapitaal 183
7.1.2.2 Economisch belang 191
7.1.2.3 Op één lijn stellen 209
7.1.3 (Deel van) vaste rechtspraak 221
7.1.3.1 Landis 221
7.1.3.1.1 Wetsgeschiedenis 222
7.1.3.1.2 Literatuur 233
7.1.3.1.3 Oordeel Hoge Raad 237
7.1.3.2 TESN 255
7.2 Rechtspraak Ondernemingskamer 266
7.2.1 Inleiding 266
7.2.2 Enquêteverzoekers 286
7.2.3 Enquêtesubjecten 287
7.2.4 Percentages (certificaten van) aandelen 291
7.2.5 Personele unies 298
7.2.6 Onmiddellijke voorzieningen 308

7.2.7 Beoordeling enquêtebevoegdheid 311
7.2.7.1 Inleiding 311
7.2.7.2 OK-rechtspraak vóór HR-Landis 315
7.2.7.3 OK-rechtspraak na HR-Landis 320
7.2.7.3.1 Enquêteverzoeker ontvankelijk 320
7.2.7.3.2 Enquêteverzoeker niet-ontvankelijk 336
7.3 Tussenconclusie 343

Hoofdstuk 8. Gegronde redenen 349

Hoofdstuk 9. (Verhaal) onderzoekskosten en schadevergoeding 359

9.1 Onderzoekskosten 359
9.2 Schadevergoeding 363
9.3 Kostenverhaal 364

Hoofdstuk 10. Wanbeleid en voorzieningen 377

10.1 Wanbeleid 377
10.2 Voorzieningen 379

Deel III *Ius constituendum* 381

Hoofdstuk 11. Een schets van het enquêterecht in concernverhoudingen 383

11.1 Inleiding 383
11.2 Bij wie zou een enquête moeten kunnen worden uitgelokt (vraag 1)? 385
11.3 Wie zou een enquêteverzoek moeten kunnen doen (vraag 2)? 401
11.4 Aan wie zouden de bezwaren kenbaar moeten worden gemaakt (vraag 3)? 408
11.5 Ten aanzien van wie zou moeten blijken van gegronde redenen (vraag 4)? 411
11.6 Hoe zou het verzoekschrift moeten worden ingericht (vraag 5)? 416
11.7 Wie zouden in de enquêteprocedure moeten worden betrokken en hoe (vraag 6)? 419
11.8 Wie zou de onderzoekskosten moeten betalen en daarvoor zekerheid moeten stellen (vraag 7)? 423
11.9 Wie zou een exemplaar van het (concept)onderzoeksverslag moeten ontvangen en daaruit – zonder OK-machtiging – mededelingen aan derden mogen doen (vraag 8)? 427

11.10 Ten aanzien van wie zou (de verantwoordelijkheid voor) wanbeleid moeten kunnen worden vastgesteld (vraag 9)? 432
11.11 Bij wie zouden (eind)voorzieningen moeten kunnen worden getroffen (vraag 10)? 436
11.12 Tussenconclusie 437

Deel IV *Conclusio* 439

Hoofdstuk 12. Samenvatting en conclusies 441

12.1 Deel I 441
12.2 Deel II 445
12.3 Deel III 461

Summary 469

Literatuur 475

Jurisprudentie 515

Trefwoordenregister 535

AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
aandachtspunt(en)	Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers in enquêteprocedures (artikel 2:345 BW) gewijzigd per 1 januari 2013
aant.	aantekening
AG	*Aktiengesellschaft*
A-G	advocaat-generaal
al.	alinea
ARO	Actuele Rechtspraak Ondernemingspraktijk
art.	artikel
aut.	auteur
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
Bewijsverdrag	Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken
Bewijsverordening	Verordening (EG) Nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken
BewVo	Bewijsverordening
BNB	Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belastingrechtspraak
bv	besloten vennootschap
B.V.	besloten vennootschap
B.V.B.A.	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek (van Nederland)
BWC	Burgerlijk Wetboek van Curaçao
BWS-M	Burgerlijk Wetboek van Sint-Maarten
C	*cour*
D	dochtermaatschappij
cf.	*confer(atur)*
COM	(Europese) Commissie (der Europese Gemeenschappen)
c.s.	*cum suis*
curs.	cursivering
cv	commanditaire vennootschap

De NV	De Naamlooze Vennootschap
def.	definitief
diss.	dissertatie
d.w.z.	dat wil zeggen
EB	economisch belang
EBOR	European Business Organization Law Review
EC	economisch certificaathouder
eds.	*editors*
e.d.	en dergelijke
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EEX-Verdrag	Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (1968)
EEX-Verordening	Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken
EEX-Verordening II	Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europese Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken
EEX-Vo (II)	EEX-Verordening (II)
e.g.	*exempli gratia*
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EMCA	European Model Company Act
et al.	*et alii*
et seq.	*et sequens*
EU	Europese Unie
Europese Insolventieverordening	Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures
EVEX-Verdrag	Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (1988)
EVEX-Verdrag II	Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (2007)
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

excl.	exclusief
FED	Fiscaal Tijdschrift Fantasie en Durf
FIP	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
Gerecht EU	Gerecht van de Europese Unie
GmbH	*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*
GS	Groene Serie
GvEA EG	Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen
Gw	Grondwet
Haags Forumkeuzeverdrag	Verdrag inzake bedingen van forumkeuze van 30 juni 2005
hof	gerechtshof dan wel Hof van Justitie
HR	Hoge Raad (der Nederlanden)
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
ibid.	*ibidem*
i.c.	*in casu*
i.e.	*id est*
IER	Intellectuele Eigendom en Reclamerecht
i.f.	*in fine*
i.h.b.	in het bijzonder
Inc.	*incorporated*
incl.	inclusief
IPR	internationaal privaatrecht
i.p.v.	in plaats van
i.v.m.	in verband met
i.w.t.	in werking tredende
Jaarrekeningrichtlijn	Richtlijn 2013/34 EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad, *PbEU* 2013, L 182/19.
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JBPR	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
JC	juridisch certificaathouder
JIN	Jurisprudentie in Nederland
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht

Kft	*korlátolt felelősségű társaság*
L	*législation*
LLC	*limited liability company*
loc. cit.	*loco citato*
l.s.c.	*loco supra citato*
Ltd	*limited*
M	moedermaatschappij
m.a.w.	met andere woorden
m.b.t.	met betrekking tot
m.i.	mijns inziens
m.m.	*mutatis mutandis*
m.m.v.	met medewerking van
m.n.	met name
m.nt.	met noot
m.red.aant.	met redactionele aantekening
m.u.v.	met uitzondering van
MvA	memorie van antwoord
MvO	Maandblad voor Ondernemingsrecht
MvT	memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
n.a.v.	naar aanleiding van
NEV	nota naar aanleiding van het eindverslag
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
nr.	nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
nv	naamloze vennootschap
NV	nota naar aanleiding van het verslag
N.V.	naamloze vennootschap
o.a.	onder andere(n)
O&F	Onderneming en Financiering
OK	Ondernemingskamer (van het gerechtshof Amsterdam)
o.m.	onder meer
onderstr.	onderstreping
op. cit.	*opere citato*
ovk	overeenkomst
P	*pourvoi*
p.	pagina
para(s)	*paragraph(s)*
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie

plv.	plaatsvervangend
P-G	procureur-generaal
rapport-Jenard	Rapport over het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken
rapport-Schlosser	Rapport over het Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie
rb.	rechtbank
red.	redactie
rekestnr(s).	rekestnummer(s)
RENV	*renvoi*
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
r.o.	rechtsoverweging
Rome I	Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst
Rome II	Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
rvc	raad van commissarissen
RvdW	Rechtspraak van de Week
S.A.	*société anonyme*
S.A. de C.V.	*Sociedad Anónima de Capital Variable*
sc.	*scilicet*
SER	Sociaal-Economische Raad
Sr	Wetboek van Strafrecht
S.R.O.	Společnost s ručením omezeným
STAK	stichting administratiekantoor
Stb.	Staatsblad (van het Koninkrijk der Nederlanden)
Stcrt.	Staatscourant (van het Koninkrijk der Nederlanden)
SV&V	Stichting, vereniging en vennootschap

T	*tribunal*
TAO	Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming
T&C	Tekst & Commentaar
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
t.g.v.	ten gunste van
toev.	toevoeging
TOP	Tijdschrift voor de OndernemingsrechtPraktijk
Trb.	Tractatenblad (van het Koninkrijk der Nederlanden)
TREMA	Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht
TvOB	Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur
TvP	Tijdschrift voor Privaatrecht
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen (later: TVVS. Maandblad voor Ondernemingsrecht en rechtspersonen)
U.A.	uitgesloten aansprakelijkheid
Unie	Europese Unie
Unierecht	recht van de Europese Unie
Unierechtspraak	rechtspraak van de Europese Unie
Uniewetgever	wetgever der Europese Unie
V&O	Vennootschap & Onderneming
vof	vennootschap onder firma
VV	voorlopig verslag
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WCC	Wet conflictenrecht corporaties
WvK	Wetboek van Koophandel
WFBV	Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
ZGR	*Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*
ZHR	*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*

Deel I

EXORDIUM

Hoofdstuk 1

INLEIDING

1.1 Aanleiding en belang

Olaerts schreef eens over de olieramp in de Golf van Mexico in 2010 dat het opmerkelijk was dat 'diegene die door de publieke opinie voor de vervuiling verantwoordelijk werd gehouden, niet noodzakelijk dezelfde juridische entiteit was die de vervuiling had veroorzaakt. Het BP-concern werd als zondebok aangemerkt en ongeacht de juridische structuur van het concern, werd doorgegrepen naar de top'.[1] Dit raakt de kern van de in dit onderzoek centraal staande problematiek, namelijk dat het concern naar zijn aard beschouwd (vanbinnen) een economische eenheid is, maar tegelijkertijd (vanbuiten) een juridische veelheid (van juridische entiteiten) is.[2]

Dit fascinerende verschijnsel doet, vanwege het evenbedoelde (en continue) spanningsveld, op een tal van terreinen legio vragen oproepen. Het wekt dan ook geen verbazing dat het concern meermaals, al dan niet als zodanig, object van studie is geweest. Ik noem, zonder te streven naar volledigheid, de dissertaties van Sannes,

---

1 M. Olaerts, 'Perikelen in concernverhoudingen', *TvOB* 2011/1, p. 6. In voetnoot 2 liet zij volgen dat BP de CEO van het bedrijf als afgevaardigde naar president Obama stuurde om daar de verontwaardiging van de Verenigde Staten aan te horen. *Cf.* P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. 2-4 (losbladig): 'Today, in the multitiered group, limited liability protects each successive tier of companies from the liabilities of their lower-tier subsidiaries, creating layer upon layer of limited liability for the parent coporation. Although they are all collectively engaged in conducting integrated parts of the enterprise, each holding company and subholding company in the corporate group today enjoys the same benefits of limited liability *that historically were available only to the ultimate investors in the enterprise* [curs. RPJ].' *Vide* ook P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xiii (losbladig), alwaar wij lezen dat '[t]he expansive limited liability provided under these circumstances *goes far beyond the original policy goals of limited liability – limited protection for the public investor shareholders of the parent corporation* [curs. RPJ]'.

2 Aldus ook S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteijn en M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1. S.M. Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid. Over (o.a.) convergentie in rechtsdenken op het gebied van concernverhoudingen tussen Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland* (diss. Utrecht), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 6, Deventer: Kluwer 1989, p. 1 noemde dit het 'wezenskenmerk' van het concernverband.

over *De Rechtsverhouding van Moeder- en Dochtermaatschappij*,[3] Franken, over *Aspecten van het concernrecht*,[4] Honée, over *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen*,[5] Timmerman, over *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers*,[6] Van Achterberg, over *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern in het ondernemingsrecht*,[7] Bartman, over *Concernbeleid en aansprakelijkheid*,[8] Winter, over *Concernfinanciering*,[9] Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, over *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*,[10] Lennarts, over *Concernaansprakelijkheid,*[11] en Van Oostrum, over *Regres bij concernfinanciering*.[12]

Kijken wij naar het enquêterecht, dan valt op dat aan verschillende onderdelen daarvan aandacht is besteed in dissertaties. Ik noem Geerts, over *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*,[13] Veenstra, over *Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht*,[14] Eikelboom, over *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure*,[15] Hermans, over *Het onderzoek in de enquêteprocedure*,[16] Oosterhoff, over *Belang zonder aandeel en aandeel zonder*

3 D.J. Sannes, *De Rechtsverhouding van Moeder- en Dochtermaatschappij. Onderling en ten aanzien van derden* (diss. Utrecht), Utrecht 1926.

4 W.K. Franken, *Aspecten van het concernrecht* (diss. Utrecht), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.

5 H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen* (diss. Nijmegen), Serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, deel 21, Deventer: Kluwer 1981.

6 L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers* (diss. Utrecht), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 4, Deventer: Kluwer 1988.

7 M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern in het ondernemingsrecht. Een beschouwing over de problemen die samenhangen met de juridische definiëring van het economische verschijnsel concern, mede aan de hand van de definitieproblematiek die in de geconsolideerde jaarrekening naar voren komt* (diss. Amsterdam VU), Serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, deel 33, Deventer: Kluwer 1989.

8 Bartman 1989.

9 J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 15, Deventer: Kluwer 1992.

10 L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels en J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland* (diss. Nijmegen), Serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, deel 42, Deventer: Kluwer 1993.

11 M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 32, Deventer: Kluwer 1999.

12 C.H.A. van Oostrum, *Regres bij concernfinanciering* (diss. Leiden), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 156, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

13 P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht. Analyse van de relevante rechtspraak* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 46, Deventer: Kluwer 2004.

14 F. Veenstra, *Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 69, Deventer: Kluwer 2010.

15 F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 105, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

16 R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure. Een normatieve beschrijving van de wijze*

belang,[17] en Spruitenburg, over *De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV*.[18] Ofschoon eveneens op het terrein van het enquêterecht het concern – als economische realiteit waar (ook) dat rechtsgebied niet omheen kan – een tal van vragen doet oproepen aangezien onze enquêteregeling ontworpen is voor de enkelvoudige rechtspersoon, met name, in dit verband, vragen aangaande uitlegging en toepassing van die regeling in – daar niet voor geschreven zijnde – concernverhoudingen, is daar in de bovengenoemde dissertaties, en evenmin in de, voor zover mij bekende, nog lopende onderzoeken, niet of slechts in beperkte mate aandacht aan besteed.[19] Ziedaar de aanleiding voor en het belang van dit onderzoek.

1.2 Probleemstelling en afbakening

De centrale vraagstelling van dit onderzoek luidt als volgt:

> 'Hoe moet (zou) het Nederlandse enquêterecht in (inter)nationale concernverhoudingen (kunnen) worden uitgelegd en toegepast?'

Hierin komen twee vragen tot uitdrukking. Het 'zou kunnen' ziet op het wenselijke recht (het *ius constituendum*). Daar de vraag hoe we zouden willen dat het recht eruitziet, niet los kan worden gezien van de vraag hoe het recht er thans uitziet, hoe het thans 'moet' worden uitgelegd een toegepast, wordt er ook aandacht besteed aan het bestaande, het geldende of positieve, recht (het *ius constitutum*). Met 'recht' bedoel ik hier (primair) het 'enquêterecht', en wel dat te(n) onzent (*vide* ook § 1.3), een en ander in concernverhoudingen.

Niet ieder onderdeel daarvan komt evenwel (inhoudelijk) aan de orde. De focus ligt op enquêteverzoeken afkomstig van houders van (certificaten van) aandelen en degenen die daaraan gelijk kunnen worden gesteld. Geen aandacht zal daarom

---

waarop de onderzoekers het onderzoek moeten uitvoeren en de Ondernemingskamer het onderzoek moet aansturen, alsmede een vergelijking met het deskundigenonderzoek in de civiele procedure (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 145, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

17 G.P. Oosterhoff, *Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang. Synthetische belangen in aandelen en daaraan te verbinden vennootschapsrechtelijke rechten en verplichtingen* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 144, Deventer: Wolters Kluwer 2017, *para* 4.3 en hoofdstuk 7.

18 K. Spruitenburg, *De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV. Een onderzoek naar de toegang tot het enquêterecht bij de NV en de BV* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 153, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

19 Geerts heeft enige aandacht besteed aan de enquête*bevoegdheid* in concernverhoudingen; *vide* Geerts 2004, *op. cit.*, *para* 2.7. Hetzelfde geldt voor Spruitenburg; *vide* Spruitenburg 2018, *op. cit.*, hoofdstuk 6. *Vide* ook Eikelboom, *op. cit.*, *para* 2.6.2.4; Hermans 2017, *op. cit.*, *para* 4.4.3; Oosterhoff 2017, *op. cit.*, p. 127.

worden besteed aan dergelijke verzoeken van de advocaat-generaal bij het ressortsparket (art. 2:345, tweede lid, BW), degenen die daar statutair of contractueel toe bevoegd zijn (art. 2:346, eerste lid, onderdeel e, BW) en een vereniging van werknemers (art. 2:347 BW). Evenmin wordt aandacht besteed aan 'zelfenquêtes' (art. 2:346, eerste lid, onderdeel d, BW). Buiten beschouwing blijven voorts de raadsheer-commissaris (art. 2:350, vierde lid, BW) alsmede de taken en bevoegdheden van de onderzoeker (onder andere art. 2:351, eerste en tweede lid, BW en art. 2:352-2:352a BW). Hetzelfde geldt voor de machtigingsprocedure i.v.m. het doen van mededelingen uit het verslag aan derden (art. 2:353, derde lid, BW). De (onmiddellijke) voorzieningen worden in dit onderzoek wél betrokken, maar de juridische aspecten daarvan laat ik rusten alsook de vraagstukken rond OK-functionarissen.[20] Tot slot ga ik voorbij aan (de inhoudelijke aspecten van) het door de enquêteur[21] te verrichten onderzoek. Hooguit zijdelings komt (wordt) een aantal van deze onderwerpen aan de orde (aangestipt).

Het onderzoek scharniert om het enquêterecht in '*concern*verhoudingen'. In zal daarom worden gegaan op wat onder een 'concern' moet worden verstaan.[22] De focus ligt op de primaire bouwstenen van een concern, te weten de (buitenlandse equivalenten van de) naamloze vennootschap (hierna mede: nv) en de (buitenlandse equivalenten van de) besloten vennootschap (hierna mede: bv). Andere rechtspersonen (*vide* art. 2:344 BW), zoals de coöperatie en de vereniging, zal ik passeren. Ook aan personenvennootschappen (*vide* art. 2:345, eerste lid, laatste volzin, BW), zoals de vennootschap onder firma (hierna: vof) en de commanditaire vennootschap (hierna: cv), zie ik voorbij.

Voor het overige verdient opmerking dat wanneer ik in dit onderzoek spreek van, en schrijf over, een 'concern', ik hoofdzakelijk – conform het normale spraakgebruik – denk aan een concern met een al dan niet ter beurze genoteerde[23] moedermaatschappij en vele, dikwijls in meerdere landen zetelende, dochtermaatschappijen en niet (zozeer) aan een 'dwergconcern'.[24]

---

20 Onder 'OK-functionarissen' versta ik een (tijdelijke) door de Ondernemingskamer desverzocht op de voet van art. 2:349a, tweede lid, BW, art. 2:355, derde lid, BW *iuncto* art. 2:349a, tweede lid, BW of art. 2:355, eerste lid, BW *iuncto* art. 2:356 BW benoemde beheerder van aandelen, commissaris en/of bestuurder.

21 De woorden 'onderzoeker' en 'enquêteur' zal ik door elkaar gebruiken; daar bestaat geen inhoudelijk verschil tussen.

22 *Vide* § 2.2.

23 Hoewel de hele grote concerns in de regel een beursnotering zullen hebben, zijn er ook grote concerns met een níét-beursgenoteerde moedermaatschappij, zoals het Amerikaanse Koch Industries. Vandaar de invoeging van de woorden 'al dan niet'.

24 W. Westbroek, *Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen?* (Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht'), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1969, p. 7 schreef dat het 'komisch kan aandoen en ook met het gangbare juridisch spraakgebruik strijdt om de figuur,

1.3 Methode van onderzoek

Er zal klassiek-juridisch onderzoek worden verricht. Daarmee bedoel ik dat het onderzoek – globaal gezien – rust op de volgende drie pijlers: (1) de wet(tekst) en de daarbij behorende toelichting als opgetekend in parlementaire documenten (Kamerstukken en Handelingen), (2) de jurisprudentie en (3) de literatuur. Empirisch onderzoek zal niet worden verricht.[25] Hoewel zal worden gekeken naar enquêteregelingen in andere (lid)staten,[26] gaat het mij te ver om dat te kwalificeren als 'rechtsvergelijkend onderzoek'.

1.4 Terminologie

Een aantal termen zal in dit onderzoek frequent worden gebezigd. Zo zal ik in concernverband spreken van 'concerngenoten', 'groepsmaatschappijen', 'onderhorige groepsmaatschappij', 'dominante groepsmaatschappij', 'moedermaatschappij', 'dochtermaatschappij', 'concerndeel', 'bovenliggende vennootschap', 'onderliggende vennootschap', 'topvennootschap', 'concernbestuur', 'concernfunctionaris', 'concernenquête' en 'concerngenotenenquête'. Verder zal vaak vallen 'economische werkelijkheid' en 'juridische werkelijkheid'.

De term 'concerngenoot' beschouw ik synoniem aan 'groepsmaatschappij'. Dit kan een 'onderhorige' zijn, *i.e.* een 'dochtermaatschappij' of 'onderliggende vennootschap', maar ook een 'dominante', *i.e.* een 'moedermaatschappij' of 'topvennootschap' of 'bovenliggende vennootschap'. Hierbij zij opgemerkt dat in het kader van dit onderzoek ik een dochtermaatschappij als een groepsmaatschappij beschouw.[27]

---

gevormd door een kleine ondernemer, eigenaar van twee miniatuur-NV-tjes, waarover hij de gemeenschappelijke leiding uitoefent, als een concern te beschouwen'. *Vide* ook Franken *op. cit.*, p. 34; S.M. Bartman, *Inleiding concernrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 20.

25 Men zie daarvoor K. Cools *et al.*, *Het recht van enquête: Een empirisch onderzoek*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 65, Deventer: Kluwer 2009; A.J.F. Lafarre *et al.*, *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk*, WODC-rapport 2791, Tilburg: Tilburg University, Departement Business Law 2018.

26 *Vide* § 5.1.1.4.

27 Ofschoon dat niet noodzakelijkerwijs het geval behoeft te zijn, zal in de regel een dochtermaatschappij (*vide* art. 2:24a BW) tevens een groepsmaatschappij (*vide* art. 2:24b, laatste volzin, BW) zijn; *vide* M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over de samenhang tussen normen en definities in het Nederlandse groepsrecht', *De NV* 1990, p. 5; 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 2009/817; P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, bewerkt door J.W. Winter, J.B. Wezeman en J.D.M. Schoonbrood, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 50. Een uitzondering vormt *e.g.* een beleggingsmaatschappij; *vide* E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, bewerkt door P.J. Dortmond, Deventer: Kluwer 2013, p. 45. *Vide* ook Bartman, Dorresteijn en Olaerts *op. cit.*, p. 51.

Met 'concerndeel' wordt een deel van een concern bedoeld. Dat kan bestaan uit een enkele groepsmaatschappij, maar ook uit meerdere. Wanneer ik spreek van 'concernbestuur', dan doel ik op het bestuur van de moedermaatschappij.[28] Bezig ik het woord 'concernfunctionaris', dan bedoel ik degene die een (dienst)betrekking bekleedt binnen het concern, of, zo men wil, bij een groepsmaatschappij.

Onder een 'concerngenotenenquête' versta ik het – naar geldend recht – door een of meer (rechts)personen alleen of gezamenlijk op de voet van (de voorganger van) art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW gedane verzoek[29] houdende dat de Ondernemingskamer een of meer personen benoemt tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van (a) de (Nederlandse)[30] vennootschap(pen) in wier geplaatste kapitaal de verzoekers nominaal of procentueel voldoende (certificaten van) aandelen, of een voldoende groot eigen economisch belang daarbij, houden (of hielden) en (b) de (Nederlandse) vennootschap(pen) in wier geplaatste kapitaal niet zij maar de eerderbedoelde vennootschap, op haar beurt, (een voldoende groot deel van) de (certificaten van) aandelen houdt (of hield).[31] Hiervan moet onderscheiden worden een 'concernenquête'. Daaronder versta ik het – naar wenselijk recht – door een of meer daartoe bevoegde (rechts)personen, hetzij alleen, hetzij gezamenlijk, gedane verzoek houdende dat de Ondernemingskamer een of meer personen benoemt tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een concern als zodanig.

Dit onderscheid behoeft enige toelichting. Anders dan de literatuur en de jurisprudentie, spreek ik in het kader van het thans vigerende (enquête)recht niet van een 'concernenquête',[32] maar van een 'concerngenotenenquête'. Daarachter gaat de gedachte schuil dat het juridisch níét mogelijk is om het verzoeken van, en

28 *Cf.* P. Böckli *et al.*, 'A Proposal for the Reform of Group Law in Europe', *EBOR* 2017, volume 18, issue 1, p. 10 (voetnoot 25): 'This subject has been discussed in German literature, but there is general agreement that, legally speaking, there is no *Konzernaufsichtsrat* [curs. auteur]. Most of the time, the board of directors of the parent company will be the body ultimately responsible.'

29 Hoewel er wordt gesproken van een concerngenotenenquête*verzoek* (enkelvoud), bestaat dat uit twee of meer samengesmede art. 2:345, eerste lid, BW-verzoeken. Hetzelfde geldt voor een concernenquêteverzoek (in de literatuur en jurisprudentie wordt de voorkeur gegeven aan die term). *Vide* nader hoofdstuk 4.

30 *Vide* daarover § 7.1.3.2.

31 *Cf.* voetnoot 32 *infra*.

32 Volgens hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, *JOR* 2010/10, m.nt. A. Doorman, r.o. 3.9 (*TESN*) wil (het verzoek tot het gelasten van) een 'concernenquête' zeggen 'het (mede) instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een of meer dochtermaatschappij(en) van een concern'. Deze omschrijving komen wij ook tegen in HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/178, m.nt. A. Doorman, *JIN* 2011/489, m.nt. P. Haas, r.o. 3.4.4 (*TESN*). W.P. Wijers, 'Toegang tot het enquêterecht', in: Y. Borrius *et al.* (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 152, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 454 definieerde een 'concernenquête' als volgt: 'Kort en goed is een concernenquête een enquête die zich niet slechts uitstrekt tot het beleid van de

het vervolgens gelasten van, een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een concern als zodanig, aangezien blijkens art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW de 'rechtspersoon' in technisch-juridische zin de geadresseerde van de (huidige) enquêteregeling is,[33] niet het 'concern', hoewel zulk een 'concernenquête' feitelijk een onderzoek bij (een deel van) een concern zal inhouden. De term 'concerngenotenenquête' sluit mijns inziens beter aan bij dit wettelijke uitgangspunt.[34] Ikzelf reserveer de term 'concernenquête' uitsluitend voor het geval waarin het concern feitelijk én juridisch voorwerp van onderzoek wordt. Mitsdien zal ik in deel II, dat ziet op het geldende recht, in beginsel spreken van een 'concerngenotenenquête' (of 'concern(genoten)enquête')[35] en in deel III, dat ziet op het wenselijke recht, in beginsel van een 'concernenquête'.

Rest nog stil te staan bij de 'economische werkelijkheid' en de 'juridische werkelijkheid'. Onder dat eerste versta ik de feitelijke/materiële werkelijkheid, of, anders gezegd, de werkelijkheid zoals die er in de praktijk uitziet, en onder dat laatste versta ik de theoretische/formele werkelijkheid, of, anders gezegd, de werkelijkheid zoals die er volgens het recht uitziet.

---

vennootschap waarin de aandelen of certificaten worden gehouden, maar ook tot de Nederlandse dochters of kleindochters van die vennootschap.' Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 153 merkte op dat bij een concernenquête de Ondernemingskamer een onderzoek beveelt naar het beleid en de gang van zaken van 'een aantal tot een concern behorende vennootschappen'.

33 *Vide* P. van Schilfgaarde, 'Partners in het enquêterecht. Partners in een joint venture. Cancun en Novero', in: C.D.J. Bulten *et al.* (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 331. *Vide* ook *Advies wijziging enquêterecht* (advies van 21 oktober 1988, SER 1988/14), Den Haag: SER 1988, p. 64: 'Een ander facet dat in dit verband een rol speelt, is dat het Nederlandse enquêterecht is 'vastgehecht' aan een viertal soorten (Nederlandse) rechtspersonen als zodanig (…).'

34 *Cf.* de conclusie, onder 2.15, van A-G Timmerman bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*): 'In de tweede plaats dient voor een toewijzing van het enqueteverzoek [*sic*] bij een dochter conform artikel 2:350 BW steeds van gegronde redenen te blijken om aan een juist beleid bij de desbetreffende dochter te twijfelen. Ik hecht aan het stellen van dit vereiste bij elke vennootschap waar een enquete [*sic*] wordt verzocht, omdat dit nu eenmaal in de wettelijke systematiek de voorwaarde is voor het gelasten van een enquete [*sic*]. Ook lijkt het mij onjuist dat als ergens in een concern van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen blijkt er zonder meer over het gehele concern een enquete [sic] gelast kan worden. Per te onderzoeken vennootschap dient te blijken van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. *Wellicht is het meer precies om van een concerngenootenquete* [*sic*] *te spreken dan van een concernenquete* [*sic*].' (curs. RPJ) *Vide* ook W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (deel 2), bewerkt door B.F. Assink, Deventer: Kluwer 2013, p. 1622, alwaar wordt gesproken van een '*groeps(genoten)enquête* [curs. aut.]'. Deze term is herhaald op p. 1657.

35 Als ik literatuur of jurisprudentie bespreek en daarin wordt gesproken van 'concernenquête', zal ik, tenzij het een citaat betreft, spreken van 'concern(genoten)enquête'.

1.5 Opzet

Het onderzoek bestaat uit vier delen. Deel I (*exordium*) vormt het inleidende deel. Dat deel valt uiteen in twee hoofdstukken. Hoofdstuk 1 vormt de (algemene) inleiding en hoofdstuk 2 heeft betrekking op concerns en het daaraan inherente spanningsveld tussen de juridische werkelijkheid en de economische werkelijkheid. Tevens zullen daarin beschouwingen worden gewijd aan het Europese mededingingsrecht.

Deel II (*ius constitutum*), dat samen met deel III de kern van dit onderzoek vormt, is opgebouwd uit de hoofdstukken 3 tot en met 10. Het heeft betrekking op het enquêterecht in concernverhoudingen naar huidig recht. Vele onderwerpen zullen daarin de revue passeren. Na een inleiding zal aandacht worden besteed aan het enquêteverzoek, de oproeping en het verweer. Vervolgens komen buitenlandse groepsmaatschappijen aan bod, waarbij het formele en materiële IPR een grote rol zal spelen. Daarna wordt overgestapt op de kenbaarmaking van bezwaren. Nadien worden veel pagina's ingeruimd voor een bespreking van de rechtspraak van de Hoge Raad en die van de Ondernemingskamer met betrekking tot de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverband. Daaropvolgend komen de gegronde redenen aan de orde. Aansluitend wordt ingegaan op de onderzoekskosten (en de zekerheidsstelling daarvoor). Hierna behandel ik, in hetzelfde hoofdstuk, twee aparte procedures binnen het enquêterecht, namelijk die op de voet van art. 2:350, tweede lid, BW en art. 2:354 BW. Tot slot zoom ik in op (het) wanbeleid (verzoek) en de voorzieningen.

In deel III (*ius constituendum*) wordt het enquêterecht in concernverhoudingen naar wenselijk recht behandeld. Dit zal worden gedaan aan de hand van tien vragen. Deze laten zich – naar de kern bezien – vangen in de volgende onderwerpen: het enquêtesubject, de enquêtegerechtigde, de kenbaarmaking van bezwaren, gegronde redenen, de inrichting van het verzoekschrift, de (andere) belanghebbenden, de onderzoekskosten, het verslag, wanbeleid en de voorzieningen.

Hekkensluiter is deel IV (*conclusio*). Dit afsluitende deel bevat een slothoofdstuk, waarin een samenvatting wordt gegeven en conclusies worden getrokken.

Het manuscript is afgesloten op 1 juli 2019. Met nadien verschenen, en voor dit onderzoek relevant zijnde, literatuur, jurisprudentie en/of wetgeving is, op een enkele uitzondering na, geen rekening (meer) gehouden.

Hoofdstuk 2

CONCERNS EN DE ECONOMISCHE WERKELIJKHEID *VERSUS* DE JURIDISCHE WERKELIJKHEID

> 'We speak, teach, litigate and legislate about "company law." But the predominant reality is not today *the* [curs. aut.] company. It is the corporate group.'[1]

2.1 Inleiding

Het Nederlandse ondernemingsrecht als neergelegd in Boek 2 BW, de enquêteregeling als opgenomen in afdeling 2 van titel 8 daarvan incluis, neemt de autonome, enkelvoudige vennootschap (tot deze rechtsvorm beperk ik mij; *vide* ook § 2.2, 1e al.), waarmee ik bedoel een in zowel economisch opzicht als in juridisch opzicht zelfstandig opererend rechtssubject met een eigen belang en eigen rechten, plichten en verantwoordelijkheden, onderscheiden van die van zijn aandeelhouders, tot uitgangspunt.[2] Anders dan het recht in *e.g.* Brazilië, Duitsland, Hongarije, Italië, Kroatië, Portugal, Slovenië, Taiwan en Tsjechië,[3] kent het Nederlandse recht (lees: Boek 2 BW) niet een systematisch opgezette en op één plaats samengebrachte regeling

---

1 K.W. Wedderburn, 'Multinationals and the Antiquities of Company Law', *The Modern Law Review* 1984, volume 47, issue 1, p. 92.

2 *Vide* (ook) Franken, *op. cit.* (woord vooraf); M.J.G.C. Raaijmakers, 'Overzicht van het concernrecht in Nederland', in: *Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht. Voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse Congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen*, Deventer: Kluwer 1984, p. 7; Bartman 1986, *op. cit.*, p. 15; Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs 1993, p. 5; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/813; Olaerts 2011, *op. cit.*, p. 7; A.F.M. Dorresteijn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 8; W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (deel 1), bewerkt door B.F. Assink, Deventer: Kluwer 2013, p. 401; M. Olaerts, 'Concernrecht anno 2014', *TvOB* 2014/1, p. 11; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 4-5. *Vide* voorts Olaerts 2011, *loc. cit.*; Olaerts 2014, *op. cit.*, p. 11 en 13. *Cf.* J.E. Antunes, *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law. An International and Comparative Perspective*, Studies in Transnational Economic Law, volume 10, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1994, p. 2 en 13; P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xii, 2-3 en 6-3 (losbladig).

3 *Vide* Antunes 1994, *op. cit.*, p. 165; S. Kalss, 'Gesellschaftsrecht in den Ländern Mittel- und Osteuropas', *ZGR* 2000, volume 29, issue 6, p. 863; S. Kalss, 'Alternativen zum deutschen Aktienkonzernrecht', *ZHR* 2007, p. 147; J.E. Antunes, 'The Law of Corporate Groups in Portugal', Institute for Law and Finance, Working Paper Series, no. 84, 2008, p. 2 (voetnoot 4); G. Maisto, *International and EC Tax Aspects of Groups of Companies*, EC and International Tax Law Series, volume 4, Amsterdam: IBFD 2008, p. 10; F.K. Buijn en P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in*

betreffende het concernrecht als zodanig.[4] Wel houdt het op diverse plaatsen rekening met concerns en concernverhoudingen,[5] zoals art. 2:351, tweede lid, eerste volzin, BW, waarin wordt gesproken van 'een rechtspersoon die nauw verbonden is'.[6]

Echter, 'corporate reality is no longer the single independent public company, but the group of companies', aldus de commissie-Winter.[7] Timmerman lijkt ook op deze

de praktijk, serie Recht en Praktijk, Ondernemingsrecht, deel ONR4, Deventer: Kluwer 2013, p. 456; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 2. *Vide* ook P.K. Andersen *et al.*, 'European Model Company Act (EMCA)', Nordic & European Company Law, LSN Research Paper Series, No. 16-26, 2017, p. 371.

4 *Vide* C.Æ. Uniken Venema, 'Doorbraak in concernverhoudingen, bezien in het licht van de misbruikontwerpen', *WPNR* 1981/5575, p. 585; Bartman 1986, *op. cit.*, p. 19; C.W.A. Timmermans en L. Timmerman, 'The Law on Groups of Companies in the Netherlands', in: E. Wymeersch (red.), *Groups of Companies in the EEC. A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*, Berlijn: Walter de Gruyter 1993, p. 231; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/813; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 402; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 456; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *l.s.c. Vide* ook Raaijmakers 1984, *op. cit.*, p. 31-32 en 39-40; Raaijmakers 1990a, *op. cit.*, p. 8; W.J. Slagter, 'Interne en externe concernverhoudingen', in: *De Bankier als Jurist tegen wil en dank. Bundel aangeboden aan Mr Drs H. Langman ter gelegenheid van zijn aftreden als lid van de Raad van Bestuur van de ABN AMRO-combinatie op 28 februari 1991*, Deventer: Kluwer 1991, p. 191-192; W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 619; Bartman, Dorresteijn en Olarts, *op. cit.*, p. 3.

5 *Vide* ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/813; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 402-403; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 3. Buijn en Storm, *l.s.c.* schreven dat de Nederlandse wetgever 'in steeds sterkere mate rekening houdt met het bestaan van groepen en ook wetsbepalingen maakt die voor groepsverhoudingen bestemd zijn. Deze zijn echter over het hele ondernemingsrecht verspreid'. Volgens sommige auteurs kent het Nederlandse recht stukjes concernrecht, die een (redelijk) samenhangend geheel van normen vormen; *vide* M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint ventures. Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1976, p. 95; M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen', in: *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1, eerste stuk*, 107e jaargang, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 79; Raaijmakers 1984, *l.s.c.*; Raaijmakers 1990a, *op. cit.*, p. 3 en 8; Slagter 1991, *l.s.c.*; Slagter 2005, *l.s.c.*; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *loc. cit.*

6 *Vide Kamerstukken II* 1967/68, 9596, 3, p. 8 (MvT), alwaar met betrekking tot art. 53b, tweede lid, WvK (thans: art. 2:351, tweede lid, BW) staat geciteerd dat het 'in concernverhoudingen dikwijls niet mogelijk [zal] zijn een juist beeld van het beleid en de gang van zaken in de ene vennootschap te verkrijgen, wanneer men niet tevens inzicht heeft in de situatie van geaffilieerde vennootschappen'. *Vide* ook *Aanvullend advies wijziging enquêterecht* (advies van 17 november 1989, SER 1989/21), Den Haag: SER 1989, p. 11: 'Aan te nemen valt dat in ieder geval concern-genoten [*sic*] van de aangewezen rechtspersoon 'nauw verbonden' rechtspersonen zijn (zij zijn allen [*sic*] groepsmaatschappijen in de zin van artikel [2:]24b [BW]), (…).'

7 A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts, Brussels, April 2002, p. 27. *Vide* ook Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, November 2002, p. 94. Overigens wijs ik erop dat '[t]he existence of Corporate Groups (…) has long been a reality throughout the world'; *vide* Forum Europaeum Corporate Group Law, 'Corporate Group Law for Europe', *EBOR* 2000, volume 1, issue 2, p. 167.

lijn te zitten door te stellen dat het concern is uitgegroeid tot de belangrijkste organisatievorm,[8] alsmede Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, en Dorresteijn, die stellen dat het concern eerder regel dan uitzondering is.[9] Voor deze stellingen kan steun worden gevonden bij Buijn en Storm, die schatten dat veel meer dan de helft van alle naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen tot een concern behoort.[10] Hadden drukt de economische realiteit die het concern is, als volgt treffend uit:

> 'Company lawyers still talk and write as if the single independent company, with its shareholders, directors and employees, was the norm. (…) *In reality the individual company ceased to be the most significant form of organisation in the 1920s and 1930s. The commercial world is now dominated both nationally and internationally by complex corporate groups*. The largest companies in the west have literally hundreds of subsidiaries scattered throughout the world. Even in the case of much smaller and relatively local enterprises it is common for trading operations to be split up between a number of holding and subsidiary companies. *Only for the smallest private businesses is the single operating company still the typical form of organisation*.'[11] (curs. RPJ)

Niettegenstaande dat het concern dé economische realiteit is (geworden), kijkt het Nederlandse (enquête)recht daar, in beginsel, doorheen en ziet het dientengevolge, in beginsel, nog steeds slechts twee of meer separate, enkelvoudige vennootschappen

---

8 L. Timmerman, 'Twee opvattingen over concernrecht', *TVVS* 1994/7, p. 179. *Vide* tevens de Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussels, April 2011, p. 59: 'The international group of companies – not the single company – has become *the* [curs. aut.] prevailing form of European large-sized enterprises, which business activity is typically organised and conducted through a network of individual subsidiaries located in several States inside and outside Europe.' Daarbij sluit aan EMCA 2017, p. 371: 'Groups of companies are a major economic phenomenon. Since the middle of the last century, enterprises have increasingly chosen to organize and to conduct their business activities in the form of a network of individual separate companies rather than as a single corporate entity: therefore, *the group of companies – and not the single company – is the prevailing form of the modern enterprise* [curs. RPJ].'

9 Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, *op. cit.*, p. 1; A.F.M. Dorresteijn, *Substance over form in het ondernemingsrecht?* (oratie Utrecht), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 8; A.F.M. Dorresteijn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 8.

10 Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 419.

11 T. Hadden, 'Inside Corporate Groups', *International Journal of the Sociology of Law* 1984, volume 12, p. 271-272. *Vide* ook P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xi, (losbladig): 'A 'corporate group' is a business made up of commonly controlled corporations, often numbered in the scores or hundreds that collectively conduct an integrated business enterprise under control of a parent corporation. *These include the great multinational corporations of our times that dominate the world economy and rival small and even medium nation-states in the size of their revenues* [curs. RPJ].' *Vide* voorts P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xii, 1-3 t/m 1-14 (losbladig). *Vide* bovendien Wedderburn, *op. cit.,* p. 92 *Vide* daarnaast Antunes 1994, *op. cit.*, p. 37-50.

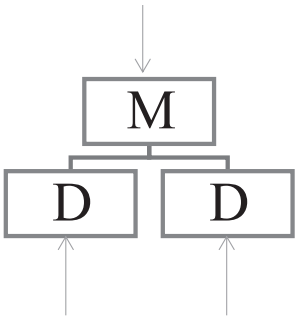
(*vide infra*).[12] Hoewel het concern een veelheid van juridische entiteiten (lees: rechtspersonen) is, wordt met het vorenbedoelde de economische realiteit miskend, althans genegeerd, dat die vennootschappen – in de woorden van Blumberg – 'are not acting as separate, independent businesses, but are instead collectively conducting a common business under the control of their parent corporation'.[13] Men kan zich dan ook afvragen of de rechtspersoongerichte benadering in concernverband, waarmee ik bedoel het leggen van de focus op de afzonderlijke (juridische) componenten (de bomen) in een *two-tiered*- of een complexe *multi-tiered*-concernstructuur, niet achterhaald is.[14] Moet niet veeleer een concernbenadering worden gevolgd door de focus op

12 *Cf.* Böckli *et al.*, p. 10: 'The same principle applies to each of the group entities, which have their own legal personality, are subject to their own conflict of law rules and should be dealt with as any other company. Therefore, the group cannot act as a single separate entity, nor be sued in court. Nor has it separate bodies such as a group board of directors: group-wide decision making is often organised in the form of informal committees, but without legal standing.' (voetnoten verwijderd)

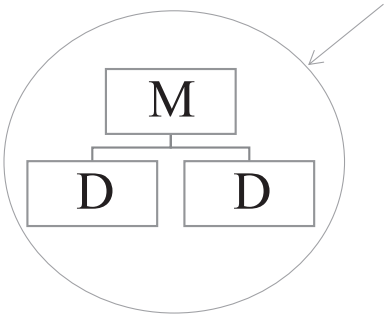
13 P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xii (losbladig). *Vide* over het spanningsveld tussen de economische eenheid en de juridische veelheid Antunes 1994, *op. cit.*, p. 158: 'This polarity between the plurality of separate legal persons and the unity of their economic direction is to be understood as the ultimate product of the tension underlying modern corporation law itself, *that between the two competing principles of corporate autonomy and control* [curs. RPJ].' *Vide* voorts C.Æ. Uniken Venema, 'Concernrecht', in: *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Deventer en Zwolle: Kluwer respectievelijk Tjeenk Willink 1969, p. 270; Bartman, Dorresteijn en Olaerts *op. cit.*, p. 4-5.

14 *Vide* ook Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 5. *Cf.* P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xii (losbladig): 'Anglo-American corporation law has traditionally been grounded in the 'entity' view, the concept that each corporation, like each human being, is a separate juridical person with its own legal rights and duties. *Entity law doctrine arose centuries ago and was well suited to deal with the needs of a simpler economic society. In the time when corporations generally could not own other corporations, and corporate groups with holding companies or parent corporations were unknown, the entity law approach worked reasonably well. At that time, each corporation was a separate economic enterprise as well as a separate legal entity. This is no longer the case*.
As noted above, over the centuries, the scale and legal structure of business units have changed dramatically. In the modern world, giant multinational enterprises with multi-tiered corporate structures dominate the economy. *Traditional corporate law, however, sees only the scores or hundreds of separate corporations in the group, each with its own rights and duties. The traditional view thus ignores the economic reality that the subsidiaries are note acting as separate, independent businesses, but are instead collectively conducting a common business under the control of their parent corporation*.' (curs. en onderstr. RPJ) *Vide* ook P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. 1-5 (losbladig): '[T]he traditional view – that for almost all purposes each corporation is a separate legal entity with its own legal right and responsibilities – is beginning to collapse when the corporation in question is an integral part of a corporate group with which it is collectively conducting an integrated enterprise.' *Vide* tevens P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. 6-3 (losbladig): 'Traditional Anglo-American corporation law rests on the principle that each corporation is a separate legal unit with its own rights and responsibilities, separate and distinct from those of its shareholders. (…) It remains the fundamental doctrine today. Under the traditional jurisprudence, corporations continue to have separate juridical identities *even when they are linked by*

het (economisch) geheel (het bos) te leggen (*vide infra*)? Gezien de materiële – niet de formeel-juridische – aard van een concern en de wijze waarop het functioneert (*vide supra*), luidt mijn antwoord, indachtig *substance over form,* bevestigend. Men kan naar mijn mening ook moeilijk volhouden dat een vennootschap die deel uitmaakt van een concern, op dezelfde wijze kan worden beschouwd en behandeld als een vennootschap die daar géén deel van uitmaakt; eerstgenoemde bevindt zich in een duidelijk andere positie dan laatstgenoemde. Hierop zal in het navolgende worden ingegaan.



Juridische werkelijkheid



Economische werkelijkheid

2.2 Wat is een concern?

In art. 2:24b BW is een definitie opgenomen van een 'groep' (concern).[15] Deze luidt aldus:

> 'Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.'

---

common stock ownership and collectively participate in the conduct of an integrated enterprise under common control. However well this inherited jurisprudence suited the needs of the simple economy that shaped its development, *it no longer serves the needs of modern society.* Today, economic activity is predominantly conducted by giant multinational enterprises organized in complex multitiered structures, consisting of scores or hundreds of subholding companies and subsidiaries. *The traditional doctrines of corporation law, which focus on the particular components in a complex multitiered corporate structure rather than on the enterprise as a whole, have become an anachronism*.' (curs. RPJ en voetnoten verwijderd)

15 Algemeen wordt aangenomen dat dit begrip 'groep' synoniem is met het (in de doctrine ontwikkelde) begrip 'concern'; *vide* Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 32. *Vide* ook Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 419 (voetnoot 1) en 420; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 47.

De bouwstenen van een concern, 'groepsmaatschappijen' genaamd, welke kunnen worden onderverdeeld in één of, somtijds, twee dominerende groepsmaatschappijen, 'moedermaatschappijen' genaamd, en een of meer onderhorige groepsmaatschappijen, 'dochtermaatschappijen' (*vide* art. 2:24a BW) genaamd, zijn blijkens de bovenvermelde wettekst 'rechtspersonen en vennootschappen'. Daaronder vallen niet alleen nv's en bv's, maar ook stichtingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en personenvennootschappen.[16] In de regel zal een concern evenwel bestaan uit een of meer nv's en/of bv's,[17] waarvan ik uit zal (blijven) gaan. Ook buitenlandse rechtsvormen kunnen deel uitmaken van een concern,[18] in welk geval er sprake is van een inter- of multinationaal concern.[19] Hoewel dit wellicht moeilijk te rijmen valt met het normale spraakgebruik, kunnen, juridisch gezien, twee groepsmaatschappijen al een (mini)concern vormen.[20]

Wil er sprake zijn van een concern, dan is het in de eerste plaats noodzakelijk dat de hogergenoemde bouwstenen 'organisatorisch zijn verbonden'. Daarbij moet men (primair) denken aan juridisch-organisatorische verbondenheid. Dit kan worden gerealiseerd door (i) kapitaaldeelname,[21] zoals het oprichten van (buitenlandse)

16 *Vide Kamerstukken II* 1979/80, 16326, 3, p. 42 (MvT). *Vide* ook Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs *op. cit.*, p. 711; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 31.

17 *Vide* onder andere H.J.M.N. Honée, 'Jaarrekening en kapitaalbescherming in het kader van concernverhoudingen', in: *Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht. Voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse Congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen*, Deventer: Kluwer 1984, p. 67; A.G. van Solinge, 'De juridische structuur van de vennootschappelijke top', in: H.J.M.N. Honée *et al.* (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 307; Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, *op. cit.*, p. 711-712; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/817; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2229; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 420; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 45; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 3.

18 *Vide Kamerstukken II* 1979/80, 16326, 3, p. 42 (MvT). *Vide* ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/817; A.F.M. Dorresteijn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 4; A.N. Krol, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:24b BW, aant. A; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 47; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 31.

19 Timmerman 1988, *op. cit.*, p. 3-4 omschrijft een multinationale onderneming als een 'samenstel van vennootschappen die overeenkomstig verschillende rechtsstelsels zijn opgericht en onder centrale leiding staan'. *Vide* ook R.H. Buikema, *De Multinationale Onderneming in Juridisch Perspectief. Enkele rechtsvragen naar aanleiding van de discussie over multinationale ondernemingen* (diss. Leiden),
's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1992, p. 11-12; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2763 *et seq.*

20 *Vide* ook § 1.2 (*i.f.*) en het aldaar, in voetnoot 24, aangehaalde.

21 Met het oog op het kunnen uitoefenen van centrale leiding, waarover ik zo dadelijk kom te spreken, zal de kapitaaldeelname in de regel een, directe of indirecte, meerderheidsdeelneming zijn. Minderheidsdeelnemingen en 50%-deelnemingen zijn ook mogelijk, met dien verstande dat zij zijn versterkt met bijzondere rechten, zoals regelingen in statuten en/of overeenkomsten; *vide Kamerstukken II* 1979/80, 16326, 3, p. 42 (MvT); Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2230. *Vide* ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 47, 50 en 235, die van mening is dat onder omstandigheden een 50%- of minderheidsdeelneming kan worden geïntegreerd in de concernorganisatie.

vennootschappen of de overneming van aandelen in het geplaatste kapitaal daarvan, (ii) overeenkomsten, zoals licentie-, management-, egalisatie-, (winst)pooling-, samenwerkings-, beheersings-, leverings- en algemene dienstverleningsovereenkomsten, of door (iii) een combinatie van het genoemde onder (i) en (ii), zoals joint ventures, een en ander al dan niet gecombineerd met statutaire voorzieningen.[22] Alleen juridisch-organisatorische verbondenheid is echter naar mijn mening niet voldoende; [23] (de ondernemingen van) de vennootschappen dienen ook te worden geïntegreerd in de, of samengevoegd tot een, concernorganisatie (feitelijk-organisatorische verbondenheid).[24] Indicatoren hiervoor zijn, onder andere, (a) een hiërarchische organisatiestructuur, (b) specialistische afdelingen, zoals personeelszaken, financiën en juridische zaken, op het kantoor waar de moedermaatschappij zetelt, (c) interne richtlijnen en procedures, (d) periodieke uitwisseling van gegevens, (e) een gecentraliseerd planning- en controlesysteem, (f) *management development*-programma's, (g) een informatie- en communicatienetwerk, (h) centraal kasbeheer, (i) centrale inkoop en/of marketing, (j) afgestemde doelomschrijvingen, (k) gemeenschappelijke handelsnaam, (l) uniformering van arbeidsvoorwaarden, (m) personele unies, (n) een centrale administratie en/of (o) gecentraliseerde financiering.[25]

22 *Vide* onder andere Van Achterberg, *op. cit.*, p. 10, 13-16, 47-50; Raaijmakers 1990a, *op. cit.*, p. 5; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 583-584; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/815-816; A.F.M. Dorresteijn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 3; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2228; S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 61; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 111-112; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 33-34.

23 *Vide* ook Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *l.s.c.*, die opmerkten dat 'de opvatting dat een feitelijke grondslag [van de vereiste organisatorische verbondenheid, toev. RPJ] kan volstaan[,] het meest overeen[komt, toev. RPJ] met de informele wijze waarop de afstemming van beleid binnen een concern doorgaans tot stand wordt gebracht'. *Vide* daaromtrent ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 17.

24 Evenzo Van Achterberg, *op. cit.*, p. 47 en 51.

25 *Vide* onder andere (ook) Van Achterberg, *op. cit.*, p. 51; R. van Rooij, 'De moeder, de dochter, het concern en de calamiteit', in: M.J.G.C. Raaijmakers, R. van Rooij en J. Spier (red.), *Aansprakelijkheden. Opstellen rond het thema ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht bij gelegenheid van het 60-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 188; Buikema, *op. cit.*, p. 28; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *l.s.c. Vide* ook C.W.A. Timmermans, 'Het economische groepsbegrip en de zevende EEG-richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening', in: H.J.M.N. Honée *et al.* (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 352; Van Rooij *op. cit.,* p. 187 en 189.

'[O]f all the essential or possible criteria one might mention, the one that is absolutely crucial and common to every form of multinational enterprise (…) is: central direction', aldus Wallace.[26] Derhalve dient, als het element 'organisatorisch zijn verbonden' is vervuld, in de tweede plaats het element 'centrale leiding' te worden verwezenlijkt. Ondanks dat dit een essentieel element is voor het zijn van een concern als bedoeld in art. 2:24b BW, is het niet (met zoveel woorden) daarin opgenomen. Timmermans en Van Achterberg lijken de mening te zijn toegedaan dat centrale leiding is verdisconteerd in het element 'organisatorisch zijn verbonden'.[27] Zij leiden zulks af uit de wetsgeschiedenis. Ik zie dat anders.

26 C.D. Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprise. National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls* (diss. Cambridge), Den Haag/Boston/Londen: Martinus Nijhoff Publishers 1982, p. 20. In die richting ook Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 49, die opmerkte dat meestal in de literatuur het element centrale leiding als derde '– meest belangrijke! –' element van het begrip groep wordt genoemd.

27 Timmermans, *op. cit.*, p. 351-352; Van Achterberg, *op. cit.*, p. 60-61. Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 33 stellen dat '[a]lgemeen wordt (…) aangenomen dat dit element [*i.e.* centrale leiding, toev. RPJ] (…) geldt als een essentiale van het groepsbegrip van art. 2:24b BW en dat het (…) zit verdisconteerd in het element van de *organisatorische verbondenheid* [curs. auteurs]'. Dat dat laatste algemeen wordt aangenomen, kan echter worden betwijfeld; *vide* bijvoorbeeld Buikema, *op. cit.*, p. 21-22; A.F.M. Dorresteijn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 3-4; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.,* p. 2228-2229; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 420; A.N. Krol, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:24b BW, aant. C.1 en C.4; Van Schilfgaarde 2017, *l.s.c.* Deze auteurs spreken immers allen over/van drie elementen. Als centrale leiding verdisconteerd zou zijn in 'organisatorisch zijn verbonden', zou, naar het mij toeschijnt, worden gesproken over/van twee elementen. *Vide* ook de conclusie, onder 7.12, van A-G Wattel bij HR 18 november 2011, *BNB* 2012/27, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/372, m.nt. J.N. Bouwman, *FED* 2012/18, m.nt. M.C. Cornelisse, waarin hij na analyse van het groepsbegrip aan de hand van, *inter alia*, de wetsgeschiedenis en de literatuur het volgende concludeert: 'Bij de beoordeling of vennootschappen in een groep met elkaar verbonden zijn, moet in elk geval acht geslagen worden op hun organisatorische verbondenheid, hun centrale leiding en hun economische eenheid.' Wederom dus drie – naast elkaar staande – elementen. *Vide* mede zijn conclusie, onder 1.3 en 5.4 (*vide* ook onder 2.3), bij HR 21 september 2012, *BNB* 2013/14, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/2285, m.nt. J.A.G. van Es, *FED* 2013/22, m.nt. G.T.K. Meussen, waarin hij die drie elementen herhaalde. Overigens, Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 33 (voetnoot 10) verwijzen ter schraging van de bovengenoemde stelling mede naar Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816. Ik waag het te betwijfelen of laatstgenoemden van mening zijn dat centrale leiding is verdisconteerd in het element 'organisatorisch zijn verbonden'. Zij stellen voorop dat art. 2:24b BW twee elementen bevat, te weten 'economische eenheid' en 'organisatorische verbondenheid'. Verderop lezen wij dat laatstbedoeld element moet leiden tot het eerstbedoelde element, hetwelk 'wil zeggen, *mede* [curs. RPJ] in het licht van de wetsgeschiedenis (…), dat organisatorische verbondenheid als bedoeld *op zich niet voldoende is* [curs. RPJ], maar dat binnen die aldus organisatorisch verbonden rechtspersonen en vennootschappen vanuit de top *ook* [curs. RPJ] centrale leiding (…) moet worden uitgeoefend. Later spreken zij van '[d]ie *eis* [curs. RPJ] van centrale leiding (…)'. Dit een en ander wijst er mijns inziens veeleer op dat Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme van mening zijn dat centrale leiding een derde element is dan dat zij van mening zijn dat centrale leiding is verdisconteerd in het element 'organisatorisch zijn verbonden'.

De *opinio iuris* is dat centrale leiding wezenlijk is voor het zijn van een concern,[28] hetgeen zowel vóór als bij als na de totstandkoming van art. 2:24b BW ook door de wetgever is, althans lijkt te zijn, erkend.[29] Dit zo zijnde, dan ligt het niet in de rede dat het vorenbedoelde element verstopt is in het element 'organisatorisch zijn verbonden'. Voorts rijmen, taalkundig gezien, de woorden 'centrale leiding' en de woorden 'organisatorisch zijn verbonden' niet met elkaar. Er bestaat weliswaar een zeker verband tussen de woorden, waarover ik zo dadelijk nog kom te spreken, maar zij betekenen niet hetzelfde. Bovendien kan er zeer wel sprake zijn van organisatorische verbondenheid zonder dat er (steeds) sprake is van centrale leiding; men denke aan een franchiseorganisatie en aan een strategische alliantie.[30] Tegen deze achtergrond leze men 'centrale leiding', als zelfstandig element, in in art. 2:24b BW.[31] Het element centrale

28 *Vide* onder andere Bartman 1986, *op. cit.*, p. 19; Timmerman 1988, *op. cit.*, p. 54; Buikema, *op. cit.*, p. 21-22; Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, *op. cit.*, p. 5; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816; conclusie, onder 7.12, van A-G Wattel bij HR 18 november 2011, *BNB* 2012/27, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/372, m.nt. J.N. Bouwman, *FED* 2012/18, m.nt. M.C. Cornelisse; conclusie, onder 1.3, 2.3 en 5.4, van A-G Wattel bij HR 21 september 2012, *BNB* 2013/14, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/2285, m.nt. J.A.G. van Es, *FED* 2013/22, m.nt. G.T.K. Meussen; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2228-2229; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 45; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.,* p. 49; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 1 en 33.

29 *Vide Kamerstukken II* 1969/70, 10751, 3, p. 13 (MvT), waarin werd opgemerkt dat '[t]yperend voor het concern is een groep van naar de rechtsvorm zelfstandige ondernemingen die door kapitaaldeelneming of anderszins met elkaar zijn verbonden, en waarvan het *centrale beleid in de top wordt bepaald* [curs. RPJ]', *Kamerstukken II* 1979/80, 16326, 3, p. 42 (MvT), waarin werd opgemerkt dat in het algemeen van een groep kan worden gesproken 'indien een aantal ondernemingen als een economische eenheid *onder een gemeenschappelijke leiding* [curs. RPJ] optreedt', *Kamerstukken II* 1986/87, 19813, 3, p. 11, (MvT), waarin werd opgemerkt dat '[d]e geringe wijziging in de omschrijving van het begrip groep (…) geen verandering [brengt, toev. RPJ] in de betekenis die daaraan *in het gangbare juridische spraakgebruik* [curs. RPJ] wordt gehecht', *Kamerstukken II* 1987/88, 19813, 5, p. 4, onder 14 (MvT), waarin werd opgemerkt dat het de minister 'niet waarschijnlijk [lijkt, toev. RPJ] dat het duurzaam niet kunnen uitoefenen van invloed op het beleid van een maatschappij kan samenvallen met omstandigheden waaruit blijkt dat de betrokken maatschappij deel blijft uitmaken van de groep' en dat zijn antwoord op de vraag 'of het begrip centrale leiding wezenlijk is voor het vaststellen van een groepsband (…) naar geldend en komend recht eender [luidt, toev. RPJ]', en *vide Kamerstukken II* 2003/04, 29210, 25, p. 14, waarin werd opgemerkt dat uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat 'ook het element centrale leiding *essentieel* [curs. RPJ] is' voor het zijn van een groep als bedoeld in art. 2:24b BW. *Vide* ook A.F.M. Dorresteijn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 3; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 420; A.N. Krol, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:24b BW, aant. C.1 en C.4. *Vide* voorts HR 18 november 2011, *BNB* 2012/27, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/372, m.nt. J.N. Bouwman, *FED* 2012/18, m.nt. M.C. Cornelisse, r.o. 3.4.1: 'Uit de in de onderdelen 7.4 tot en met 7.6 van de conclusie van de Advocaat-Generaal aangehaalde passages uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat optreden onder gezamenlijke leiding *kenmerkend* [curs. RPJ] is voor de aanwezigheid van een groep (…).' Dit oordeel is herhaald in HR 21 september 2012, *BNB* 2013/14, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/2285, m.nt. J.A.G. van Es, *FED* 2013/22, m.nt. G.T.K. Meussen, r.o. 4.2.

30 *Vide* Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 33.

31 Kennelijk evenzo Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 261 (voetnoot 74), die opmerkte dat uit de wetsgeschiedenis 'het derde element', te weten centrale leiding, volgt.

leiding bouwt voort op het element 'organisatorisch zijn verbonden' in dezer voege dat het laatstbedoelde element de vervulling van het eerstbedoelde element mogelijk maakt.[32]

Het woord 'centrale'[33] slaat in geval van een onderschikkingsconcern, *i.e.* een concern met een enkelvoudige structuur, oftewel met één moedermaatschappij, op leiding vanuit één punt en in geval van een nevenschikkingsconcern, *i.e.* een concern met een duale structuur, oftewel met twee moedermaatschappijen, op leiding vanuit twee punten.[34] Daar concerns een (soort) piramidale structuur hebben,[35] inherent aan een concern is immers het hebben van een hiërarchische organisatiestructuur,[36] zal de centrale leiding (lees: het concernbestuur) zich bevinden in de top (lees: bij de moedermaatschappij) van de piramide.[37]

---

32 *Vide* ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 61 en 82. Op de eerstgenoemde pagina lezen wij: 'Centrale leiding ziet daarbij op de uitoefening van bestuurlijke invloed van de ene onderneming in de andere onderneming en 'organisatorisch zijn verbonden' op de wijze waarop die invloed tot stand komt.' *Vide* voorts Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816, die spreken van de voor de centrale leiding 'nodige voorwaarden scheppende juridisch-organisatorische verbondenheid'.

33 In beschikkingen van de Ondernemingskamer wordt, net als in sommige boeken (*vide* Westbroek, *op. cit.*, p. 7 en 83; Franken, *op. cit.*, p. 17; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 585 en 620), gesproken van 'gemeenschappelijke' leiding. Dit acht ik niet zuiver, omdat het ten onrechte suggereert dat het leiding geven in concernverband een gezamenlijke aangelegenheid is in de zin dat de moedermaatschappij samen met een of meer andere groepsmaatschappijen leiding geeft, hetgeen, behoudens in geval van een nevenschikkingsconcern, waarin twee moedermaatschappijen de scepter zwaaien, niet het geval is. Voorts spreken sommige auteurs (ook) van 'uniforme' leiding; *vide* Uniken Venema 1981, *op. cit.*, p. 583-584; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 625. Ook dat acht ik niet zuiver, omdat een concern weliswaar uniform kán worden geleid, maar dat hoeft niet. Evenzo Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 97; Honée 1981, *op. cit.*, p. 17-18 (voetnoot 11).

34 Aldus ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 79 (voetnoot 123); Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816. *Vide* ook Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 275.

35 *Vide* ook Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 266-267; Uniken Venema 1981, *op. cit.*, p. 583.

36 Aldus ook Franken, *op. cit.*, p. 26 en 31; Van Achterberg, *op. cit.*, p. 33-34, 51 en 82; Buikema, *op. cit.*, p. 26; A.F.M. Dorresteijn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 3; A.N. Krol, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:24b BW, aant. C.4. *Vide* ook W.J. Slagter, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over moeder-dochterverhoudingen* (Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, no. 40, Deventer: Kluwer 1988, p. 96, waarin hij opmerkte dat er tussen het bestuur van de moedermaatschappij en de directeur (naar hij zal bedoelen: bestuurder) van een werkmaatschappij (naar hij zal bedoelen: dochtermaatschappij) een 'zekere hiërarchische verhouding' is. Anders: Timmerman 1994, *op. cit.*, p. 182, die opmerkte dat '[h]et accepteren van een instructierecht onderstreept, dat een concern een hiërarchisch opgebouwd geheel is. Dit is zeker niet altijd de realiteit van concerns. In mijn ogen functioneert het concern vaak als een netwerk van rechtspersonen die elkaar over en weer beïnvloeden. In een concern is er lang niet altijd sprake van een hiërarchie, maar kan er heel wel een situatie van een hiërarchie bestaan'. Het gaat mijn voorstellingsvermogen te buiten om een situatie te bedenken waarin wél sprake is van een concern, maar níét van een hiërarchische organisatiestructuur. Naar mijn opvatting is zulk een structuur, gelet op het kunnen uitoefenen van centrale leiding en ter waarborging van de eenheid, juist wezenlijk voor het zijn van een concern.

37 *Vide* onder andere *Kamerstukken II* 1969/70, 10751, 3, p. 13 (MvT); Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 267; B. Wachter, 'Concernrecht en bewijs(on)mogelijkheden', in: H.J.M.N. Honée *et al.* (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid*

Het geven van 'centrale leiding' impliceert, in het algemeen, dat – tot op zekere hoogte in het voetspoor van Timmerman, Van Achterberg en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme – het concernbestuur, in ieder geval, in het licht van het concernbelang (i) de concernstrategie vaststelt alsmede daarop het concernbeleid afstemt,[38] (ii) op basis daarvan een (concrete) concernplanning ontwikkelt en (iii) de uitvoering van het genoemde onder (i) en (ii) door de dochtermaatschappijen coördineert en controleert.[39] Aldus creëert het concernbestuur een kader waarbinnen (het bestuur van) de dochtermaatschappij(en) dient (dienen) te opereren.[40] De centrale leiding dient daadwerkelijk te worden uitgeoefend,[41] alsmede dient zij – en dat is van kardinaal belang – te kunnen worden doorgezet.[42] Preciserend: het concernbestuur

van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 380; H.J. de Bijll Nachenius, 'Medezeggenschap in internationale concerns', in: *Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige jubileumcongres ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 15 en zaterdag 16 november 1991 te Nijmegen*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, deel 39, Deventer: Kluwer 1992, p. 3; J. Groot, 'Gevraagd: richtinggevend arrest over instructiebevoegdheid in het concernrecht. Forumbank omvergeworpen door een almachtig concernbelang?', in: *LT. Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Handelsrecht en Ondernemingsrecht aan de RUG*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 44, Deventer: Kluwer 2003, p. 109; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2229; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 17. *Vide* in ietwat andere zin Franken, *op. cit.*, p. 55: '(…) Waar het om gaat, is dat het concern niet een stapelvorm van rechtsvormen is, waarbij de leiding over het geheel kan worden gelokaliseerd *door ervan uit te gaan dat zij in de top van die pyramide* [*sic*] *zit* [curs. RPJ].*Vaak* [curs. RPJ] zal dit inderdaad zo zijn.'

38 Er lijkt in de literatuur geen verschil van mening te bestaan over het recht en de plicht van de concernleiding om de concernstrategie, houdende een strategie die geldt voor de hele groep, te bepalen en die binnen de groep uit te rollen; *vide* A.F. Verdam, 'Het bestuur van de dochter in concernverband', *Ondernemingsrecht* 2019/77, p. 405.

39 *Vide* Timmerman 1988, *op. cit.*, p. 54-55; Van Achterberg, *op. cit.*, p. 34-37 en 82; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816. *Vide* ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 82: 'De belangrijkste aanwijzing dat sprake is van centrale leiding[,] is de aanwezigheid van een gecentraliseerd planning- en controlesysteem (…).' *Vide* voorts Wachter, *op. cit.*, p. 383.

40 Timmerman 1988, *op. cit.*, p. 55. Hij wijst er echter op dat het uitoefenen van centrale leiding, afhankelijk van een reeks van factoren, verder kan gaan dan louter het creëren van een kader.

41 *Vide* Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2229-2230; A.N. Krol, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:24b BW, aant. C.4; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 49; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 50. Zulks volgt ook uit HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 9.1-9.2 (*Ogem*), waarin (de erkenning van) de 'concernleidingsplicht' besloten ligt. Anders: Bartman 1986, *op. cit.*, p. 20, die onder 'centrale leiding' de '*mogelijke uitoefening van beslissende zeggenschap* [curs. auteur]' verstaat. *Vide* Timmerman 1988, *op. cit.*, p. 60-61 voor kritiek daarop. Eveneens anders: M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang. Mede in concernverband beschouwd* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989, p. 35, alwaar hij spreekt van '[d]e *mogelijkheid* [curs. RPJ] binnen een concern centrale leiding uit te oefenen'.

42 *Vide* Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2230.

moet – beslissende – zeggenschap over zijn dochtermaatschappijen kunnen uitoefenen,[43] en wel aldus dat het concernbestuur het in zijn macht heeft om het beleid van een of meer van hen in de pas te laten lopen met het concernbeleid door, in het uiterste geval, onwillige bestuurders te schorsen of te ontslaan, en te laten vervangen door bestuurders die wel bereid zijn zich te voegen naar het laatstbedoelde beleid.[44]

Wanneer twee of meer vennootschappen organisatorisch met elkaar zijn verbonden en over hen centrale leiding wordt uitgeoefend, dan is sprake van een organisatorische eenheid. Voert dat vervolgens noodzakelijkerwijs tot het derde element, te weten een economische eenheid? Dat hangt ervan af. Een groep is een economische eenheid,[45] waarbinnen een organisatorische eenheid bestaat.[46] Met een 'economische eenheid' wordt in dit verband bedoeld dat (de ondernemingen van) de betrokken rechtspersonen tezamen één (geïntegreerde) onderneming vormen.[47] Onder een 'onderneming' versta ik een zelfstandig optredende organisatorische eenheid, bestaande uit (rechts)personen en (im)materiële elementen, die op duurzame basis aan het economisch verkeer deelneemt door het ten behoeve van derden met behulp van mensen en middelen verrichten van economische activiteiten in de zin van het aanbieden van goederen of diensten, een en ander met het oogmerk om daarmee winst te behalen,[48] dit als doel op zich dan wel ter realisatie van (mede) een ander doel.[49]

---

43 *Vide Kamerstukken II* 1979/80, 16326, 3, p. 42 (MvT).

44 Aldus ook Honée 1981, *op. cit.*, p. 53.

45 *Vide* ook Forum Europaeum, *op. cit.,* p. 167, waarin een concern (*corporate group*) wordt omschreven als 'several independent incorporated companies connected mostly by a chain of participations to form what is practically *one commercial unit* [curs. RPJ]'.

46 Volgens Van Achterberg, *op. cit.*, p. 79 is het niet voldoende dat sprake is van een economische eenheid, maar dat het noodzakelijk is dat deze tevens een organisatorische eenheid is. Als sprake is van een economische eenheid, dan impliceert dat echter naar mijn gevoelen dat er een organisatorische eenheid bestaat.

47 Kennelijk evenzo Franken, *op. cit.*, p. 19; Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 275; Uniken Venema 1981, *op. cit.*, p. 583; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 111. *Vide* ook Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 265 (voetnoot 1); Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 185. *Vide* tevens Wachter, *op. cit.*, p. 379, naar wiens mening een concern 'bedrijfseconomisch, bedrijfsorganisatorisch een eenheid' is. *Cf.* § 2.4; de Dikke Van Dale.

48 *Cf.* art. 1, eerste lid, onderdeel c, WOR; art. 2, eerste lid, Handelsregisterbesluit 2008; § 2.4.

49 De primaire bouwstenen van een concern zijn (buitenlandse equivalenten van) bv's en/of nv's. Dit zijn commerciële rechtspersonen in de zin dat zij een winststreven hebben. Niettemin kan een groep als bedoeld in art. 2:24b BW ook (volledig of ten dele) bestaan uit *e.g.* stichtingen; men zie *e.g.* hof Amsterdam (OK) 14 april 2010, *JOR* 2010/185, m.nt. S.M. Bartman (*Meavita*), waarin een enquête werd uitgelokt bij Meavita, een concern bestaande uit stichtingen en bv's (het merendeel van de groepsmaatschappijen had de rechtsvorm van een stichting en daarbij stond er een stichting aan het hoofd van het concern). *Vide* ook Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 3-4. Een stichting kan een onderneming drijven. Deze is (mede) gericht op het maken van winst. Ofschoon een stichting (met haar onderneming) winst mag maken, mag dat niet tot doel verheven zijn; de gemaakte winst is slechts een middel ter realisering van *e.g.* sociale of ideële doelen. *Vide* G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge*

Hieruit volgt dat de vennootschappen die tot elkaar in een groepsverhouding willen komen te staan, naast het vormen van een unitaire organisatie gezamenlijk (een) economische activiteit(en) als evenbedoeld moeten verrichten.[50] Alsdan is er (pas) sprake van een groep als hier bedoeld.

Uit het vorengaande volgt reeds dat de positie van een autonome, enkelvoudige vennootschap niet op één lijn kan worden gesteld met de positie van een groepsmaatschappij.[51] Eerstgenoemde leidt immers in concernverband geen autonoom bestaan (meer); zij (i) is op allerlei manieren verbonden met een of meer andere groepsmaatschappijen, en wel dusdanig dat zij gezamenlijk één onderneming vormen, (ii) staat onder leiding van het concernbestuur en (iii) dient – op straffe van schorsing of ontslag van een of meer van haar bestuurders – te opereren binnen de concernstrategie en het concernbeleid als door de moedermaatschappij bepaald.[52] 'Those who', om met Wedderburn te spreken, 'trumpet the "rule of law" [lees: degenen die in concernverband

waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen, Deventer: Wolters Kluwer 2017/323 en de verwijzing aldaar. *Ergo*: ondernemingen zijn gericht op het maken van winst, maar dat hoeft niet altijd het (enige) doel van een rechtspersoon te zijn; zulks kan ook een middel zijn ter realisatie van een ander doel.

50 Een concern is een onderneming, die wordt *gevormd* door de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij(en). Men zou ook kunnen zeggen dat zij gezamenlijk een gemeenschappelijke onderneming *drijven* of *in stand houden*. Daarvan spreken kan echter verwarring stichten, aangezien ook wel wordt gezegd dat de moedermaatschappij zelf in beginsel geen eigen onderneming drijft; dat doen haar dochtermaatschappijen. Men zou dit dan kunnen zien als een stapeling van door verschillende dochtermaatschappijen gedreven subondernemingen, zoals (i) dochtermaatschappijen die ieder een subonderneming drijven die een schakel in een productieketen vormt in dier voege dat *e.g.* de ene subonderneming zich bezighoudt met het produceren van de grondstof, de andere met het produceren van het halffabricaat en weer een andere met het produceren van het eindproduct of (ii) dochtermaatschappijen die ieder een subonderneming drijven waarin verschillende producten worden gemaakt. *Vide* ook Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2230. In de vorenbedoelde ondernemingen worden economische activiteiten verricht waarmee het concern, onder leiding van de moedermaatschappij, via zijn groepsmaatschappijen aan het economische verkeer deelneemt. Het lijkt mij dat met het woord 'vormen' tot uitdrukking wordt gebracht dat de rechtspersoon deel uitmaakt van de onderneming zelf en dat met de woorden 'drijven' of 'in stand houden' tot uitdrukking wordt gebracht dat de rechtspersoon géén deel uitmaakt van de onderneming.

51 *Vide* ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 41: 'Het spreekt vanzelf dat een dochteronderneming, gezien het feit dat zij deel uitmaakt van een groter geheel, niet over dezelfde zelfstandigheid kan beschikken als een enkelvoudige vennootschap.' *Vide* voorts Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 185: 'In strijd met de werkelijkheid immers wordt de dochtervennootschap (…) behandeld als een werkelijk zelfstandige vennootschap (…) en zal deze vennootschap (…) geïsoleerd kunnen worden uit het concernverband.'

52 Op dat spoor zit ook Wachter, *op. cit.*, p. 380: 'Men gaat in de omschrijving van het concern soms verder en wijst er op, dat er sprake is van een aantal *afzonderlijke* [curs. auteur] rechtssubjecten. Het woord afzonderlijke is bij een concern niet zuiver. De rechtssubjecten, die tezamen een concern vormen, leiden geen afzonderlijk, geïsoleerd bestaan. Zij zijn vaak op allerlei wijzen met elkaar verbonden en in meer of mindere mate onderworpen aan de centrale leiding van de moeder, die zodoende de aktiviteiten [*sic*] van de dochters coördineert.' *Vide* eveneens Van Achterberg, *op. cit.*, p. 46: 'Hoe autonoom zij [*i.e.* de dochtermaatschappij, toev. RPJ] ook mag lijken, uiteindelijk is zij ondergeschikt aan de leiding van de [des]betreffende divisie resp. aan de topleiding.'

(blijven) spreken van autonome, enkelvoudige vennootschappen, toev. RPJ] cannot be taken seriously if they have nothing to say about that'.[53]

2.3 De economische werkelijkheid *versus* de juridische werkelijkheid

In concernverhoudingen is sprake van een continue spanning tussen de juridische werkelijkheid en de economische werkelijkheid.[54] Immers, de juridische werkelijkheid neemt de afzonderlijk functionerende vennootschap met een autonoom opererend en naar haar belang richtend bestuur tot uitgangspunt, terwijl in de economische werkelijkheid vennootschappen die deel uitmaken van een concern, tezamen functioneren, zoals ook wordt onderkend in art. 2:24b BW, als één economische eenheid, oftewel één onderneming, waarbinnen (door de moedermaatschappij) centrale leiding wordt uitgeoefend, waarbij het concernbelang voor ogen wordt gehouden. Deze twee werkelijkheden zijn contradictoir. Gezien de juridische, organisatorische en economische middelen die de moedermaatschappij ten dienste staan, zal over het algemeen in de praktijk de juridische werkelijkheid buigen voor de economische werkelijkheid. Terecht, lijkt mij. In concernverhoudingen kan de bestuursautonomie noch het vennootschappelijk belang, twee hoekstenen van het (Nederlandse) ondernemingsrecht, onverkort van toepassing zijn; zij moeten in concernverhoudingen (sterk) worden gerelativeerd.[55] Zij staan immers aan concernvorming in de weg, althans zetten het concernverband op losse schroeven.[56] Hierop zal in het navolgende worden ingegaan.

2.3.1 Bestuursautonomie

Krachtens art. 2:107 (217), eerste lid, BW behoort aan de algemene vergadering, 'binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen, alle bevoegdheid (…) die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend'. Deze grenzen mag zij, aldus de Hoge Raad, niet overschrijden.[57] Verder bepaalt art. 2:129 (239), eerste lid, BW dat

53 Wedderburn, *op. cit.*, p. 92.

54 *Vide* ook Antunes als geciteerd in voetnoot 13 *supra*.

55 *Cf.* Van Achterberg, *op. cit.*, p. 84, die – in de context van het zijdens de moedermaatschappij verkrijgen van de vele vertrouwelijke gegevens van haar dochtermaatschappij – opmerkte dat eerstgenoemde te dier zake geen wettelijke recht op inlichtingen nodig heeft, aangezien de concernverhouding als het ware de vennootschapsrechtelijke bepalingen doorbreekt.

56 *Vide* ook Verdam, *op. cit.*, p. 410: 'Wil men het eigen belang van de dochter ruimer interpreteren, dan zal dat al snel *de praktische werking van de concernleiding frustreren* [curs. RPJ], waardoor men in de problemen komt die Raaijmakers schetst.'

57 HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Forumbank*).

het bestuur, behoudens statutaire, alsook, mij dunkt, wettelijke, beperkingen, belast is met het besturen van de vennootschap. Met 'besturen' wordt volgens Van Schilfgaarde bedoeld het (i) geven van leiding, (ii) maken van plannen, (iii) bepalen van de strategie, (iv) uitstippelen van beleid en (v) uitvoeren van het onder (ii), (iii) en (iv) genoemde.[58] Uit het vorenstaande volgt dat het bestuur daartoe in beginsel privatief bevoegd is, het is, anders gezegd, (in zoverre) autonoom.[59]

Zulks betreft de enkelvoudige, afzonderlijke vennootschap. Maakt deze vennootschap, als een dochtermaatschappij, deel uit van een concern, dan heeft dat consequenties voor de hogergenoemde autonomie. Dit komt door het zijdens (het bestuur van) de moedermaatschappij uitoefenen van – het voor het zijn van een concern (als bedoeld in art. 2:24b BW) essentieel zijnde element – centrale leiding over haar dochtermaatschappij,[60] waartoe zij ook gehouden is.[61] Hierdoor kan in concernverband niet (meer) worden gesproken van werkelijke bestuursautonomie;[62] zij bestaat

58 *Vide* Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 180. *Vide* ook zijn noot, onder 12, bij het in voetnoot 59 *infra* genoemde arrest.

59 Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 185 drukte het beginsel van bestuursautonomie aldus uit: '[B]innen de grenzen van zijn door de wet en de statuten aangegeven taak is het bestuur *autonoom* [curs. auteur].' *Vide* ook HR 20 april 2018, *NJ* 2018/331, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/142, m.nt. A.F.J.A. Leijten, *JIN* 2018/113, m.nt. A.M. Dumoulin-Siemens, *AA* 2018/10, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.6 en 3.3.7 (*Boskalis/Fugro*), waarin de Hoge Raad overwoog dat het bepalen van 'het beleid en de strategie' van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming 'in beginsel' (*vide* daarover E. van Veen, 'Is moeders wil wet? In hoeverre kan een moeder de strategie van haar dochter(s) bepalen?', *TOP* 2018/423, p. 38) een aangelegenheid van het bestuur is. *Vide* hierover mede de noot, onder 11-12, van Van Schilfgaarde bij dit arrest. In het voorontwerp Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het inroepen van een bedenktijd door het bestuur van een naamloze vennootschap is art. 2:129, eerste lid, BW aldus geformuleerd: 'Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap, *daaronder begrepen het bepalen van het beleid en de strategie van de vennootschap* [curs. RPJ].'

60 In concernverhoudingen is sprake van een continue spanning tussen de bestuursautonomie en het uitoefenen van centrale leiding, omdat zij contradictoir zijn. *Vide* ook J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:129 en 2:239 BW, aant. 11.3, die opmerkte dat het beginsel van bestuursautonomie niet goed lijkt aan te sluiten bij het in concern uitoefenen van centrale leiding. *Vide* voorts Antunes 1994, *op. cit.*, p. 158 (geciteerd in voetnoot 13 *supra*) en 160.

61 Uit HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 9.1-9.2 (*Ogem*) volgt een 'concernleidingsplicht' in dier voege dat de bestuurstaak van het bestuur van de moedermaatschappij als leiding van het concern zich mede uitstrekt tot de onderhorige groepsmaatschappijen, waardoor de concernleiding dient in te grijpen indien (het bestuur van) een dochtermaatschappij haar onvoldoende inlichtingen verstrekt dan wel zich aan het toezicht en de leiding van het concernbestuur onttrekt.

62 *Vide* ook J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:129 en 2:239 BW, aant. 11.3, die opmerkte 'dat menig auteur van oordeel is dat de bestuursautonomie in elk geval veel aan betekenis verliest binnen concernverhoudingen'. *Vide* voorts Honée 1981, *op. cit.*, p. 147, die opmerkte dat de positie van economische afhankelijkheid waarin de dochtervennootschap zich ten opzichte van de moedervennootschap bevindt, het beginsel van bestuursautonomie modificeert, vóór welk woord hij in H.J.M.N. Honée, 'Aansprakelijkheid in concernverhoudingen', in: *De nieuwe misbruikwetgeving*,

immers slechts (indien en) voor zover de moedermaatschappij dat toelaat (bij haar gratie).[63] Ter illustratie wijs ik op het bepalen van de strategie en het (daarop afstemmen van) beleid.[64] Daartoe is het bestuur van een dochtermaatschappij niet (geheel) autonoom.[65] Voor zover er in het concrete geval (al) ruimte is om zijn eigen strategie en beleid te bepalen en voeren, zal zulks immers moeten geschieden met

Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 2, Deventer: Kluwer 1986, p. 112 de woorden 'in sterke mate' opnam. *Vide* bovendien Van Achterberg, *op. cit.*, p. 42-43, alsmede p. 120, alwaar zij opmerkte dat haars inziens de concernverhouding de zelfstandigheid van het bestuur van de dochtermaatschappij relativeert. *Vide* daarnaast Raaijmakers 1977, *op. cit.*, p. 17 en 26. *Vide* tevens P. van Schilfgaarde, 'Bestuurszelfstandigheid in concernverhoudingen', in: *Peter van Schilfgaarde select. Een bloemlezing uit zijn werk*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 35, Deventer: Kluwer 2000, p. 224, alwaar hij opmerkte dat 'in de praktijk dikwijls geen sprake is van autonomie'. *Vide* buitendien Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 85: 'Aanvaardt men het concern als rechtswerkelijkheid, dan kan niet worden vastgehouden aan de idee van de zelfstandigheid van het bestuur ener dochtervennootschap.' *Vide* daarenboven Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/829: 'De bestuursautonomie van de dochter (...) wordt in concernverhoudingen wel afgezwakt, maar niet opzij gezet [*sic*].' *Vide*, tot slot, Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 268-269: 'De positie van een bestuurder van een 100%-dochtermaatschappij verschilt in de praktijk nauwelijks van die van een leider van een afdeling zónder rechtspersoonlijkheid.' *Cf.* Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 185.

63 *Vide* ook Slagter 1988, *op. cit.*, p. 15: 'Ogenschijnlijk kan een D formeel een grote mate van zelfstandigheid bezitten, maar zolang de financiële koorden strak worden aangehouden, heeft de formele zelfstandigheid *materieel geen enkele betekenis* [curs. RPJ] omdat de marges te gering zijn.' (voetnoot verwijderd) *Cf.* W.P.J. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law. Essays in Law & Economics*, series European Monographs, 33, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2002, p. 175: 'Indeed, if the parent company has the possibility to exercise decisive influence over the strategic commercial behaviour of the subsidiary, the subsidiary cannot have real freedom to determine its course of action on the market. Even if the parent company happened not to actually exercise its influence, *the subsidiary's apparent freedom would only exist by the parent company's grace, which could change at any time. It would thus not be real freedom* [curs. RPJ].'

64 *Vide* daarover ook voetnoot 59 *supra*.

65 Anders: hof Amsterdam (OK) 20 december 2018, *JOR* 2019/102, m.nt. M. Olaerts, r.o. 3.9 (*DEM*): 'De dochtervennootschappen hebben een eigen bestuur dat het beleid van die vennootschappen *zelfstandig* [curs. RPJ] bepaalt, waarbij zij rekening dienen te houden met het concernbelang. [T] bepaalt als bestuurder van de 99% aandeelhouder in die dochtervennootschappen *niet het beleid en de strategie van die vennootschappen* [curs. RPJ]. In die zin dient hij zich niet bezig te houden met de operationele gang van zaken van de dochtervennootschappen, waaronder [B]. Dit laat echter onverlet dat [A] ([T]) zelf haar beleid als 99% aandeelhouder van [B], ingegeven door het concernbelang, dient te bepalen.' *Vide* ook de noot, onder 5, van Olaerts bij deze beschikking. In hof Amsterdam (OK) 23 januari 2017, *JOR* 2017/96, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.4 (*Kaal Masten*) overwoog de Ondernemingskamer daarentegen dat de verschillende vennootschappen binnen de A. Hak-groep hoofdelijk verbonden waren voor de door de banken verleende kredieten en ook de zekerheden waren wederzijds afgegeven, om welke reden alleen Kaal Masten c.s. al niet autonoom was, maar in financieel opzicht verweven was met de andere vennootschappen van dat concern. *Vide* ook de noot, onder 9-10, van Bartman hierbij.

inachtneming van de concernstrategie en van het concernbeleid;[66] zij vormen het kader waarbinnen het bestuur van een dochtermaatschappij dient te opereren, welke kader (zeer) gedetailleerd, en bijgevolg weinig ruimte voor autonomie laat, maar ook (zeer) globaal, en bijgevolg veel ruimte voor autonomie laat, kan zijn.[67] Dat het ook, in het meest extreme geval, mogelijk is dat de bestuursautonomie – feitelijk, niet rechtens – volledig ontbreekt,[68] alsdan voert het bestuur van een dochtermaatschappij louter het beleid (als afgestemd op de strategie) van de moedermaatschappij uit,[69] heeft de Hoge Raad zelf erkend in zijn *Landis*-beschikking door te overwegen dat in een situatie waarin een moedermaatschappij en haar volle dochtermaatschappij tezamen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormen en er tussen hun besturen sprake is van een (vrijwel) volledige personele unie, er binnen die dochtermaatschappij 'geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid'.[70]

Ofschoon bestuursautonomie volledig kan ontbreken, kan het omgekeerde, namelijk een bestuur van een dochtermaatschappij dat volledig autonoom is, niet,[71] omdat er altijd in zekere mate centrale leiding moet (blijven) worden uitgeoefend door het bestuur van de moedermaatschappij wil er nog kunnen worden gesproken van

66 *Vide* ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 120: 'Het beleid van die [dochter]vennootschap wordt gedeeltelijk bepaald door de moedervennootschap. Dat is ook begrijpelijk gezien het feit dat de moedervennootschap een gemeenschappelijke strategie voert en het beleid van de dochtervennootschappen daarin integreert.' *Vide* voorts Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 85: 'Het beleid van het bestuur ener dochtervennootschap behoort te zijn afgestemd op en ingepast in het totale beleid van het concern als economische eenheid.'

67 *Vide* in die richting ook Honée 1986, *op. cit.*, p. 112: 'De intensiteit van [beleids]bemoeienis kan variëren van zeer globaal en afstandelijk tot gedetailleerde inmenging in concrete beleidsaangelegenheden.' *Vide* voorts Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 479: 'Zo zal de inbreng van het bestuur van een dochter in beslissingen over de strategie van de vennootschap veelal gering zijn; deze zal vaak door het bestuur van de moeder worden bepaald (…).' *Vide* bovendien Van Solinge 1988, *op. cit.*, p. 308.

68 *Vide* ook Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 59-60.

69 Dat kan zich voordoen in de constellatie waarin de moedermaatschappij *de facto* of *de iure* het bestuur van de dochtermaatschappij vormt.

70 *Vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*). Voor het geval men mij zou tegenwerpen dat de Hoge Raad in zijn *Landis*-beschikking louter sprak van het niet zelfstandig kunnen bepalen en voeren van 'bestuursbeleid', merk ik het volgende op. Beleid en strategie vormen een paar; zij hangen (erg) nauw met elkaar samen. Beleid wordt afgestemd op de strategie. Als het bestuur niet beleidsautonoom is, dan is het *a fortiori* (in beginsel) evenmin autonoom in het bepalen en uitvoeren van de strategie. Kern van de bestuurstaak is het bepalen en uitvoeren van het beleid en de strategie. Is het bestuur daartoe niet (langer) autonoom, dan kan er dan ook worden gesproken van het ontbreken van bestuursautonomie. *Vide* ook voetnoot 59 *supra*.

71 *Vide* ook, deels in andere zin, Antunes 1994, *op. cit.*, p. 172 en 192.

een concern. Men kan de (dis)balans tussen centrale leiding en autonomie uitdrukken in termen als 'centralisatie' (veel tot volledig centrale leiding en weinig tot geen autonomie) en 'decentralisatie' (weinig tot nauwelijks centrale leiding en veel tot nagenoeg volledige autonomie).[72] De mate van centralisatie en decentralisatie kan in de praktijk verschillen van dochtermaatschappij tot dochtermaatschappij, van beleidsterrein tot beleidsterrein, en binnen een beleidsterrein van beslissing tot beslissing.[73] Een ding houde men evenwel te allen tijde voor ogen:

> 'Unified management may be centralized or decentralized, hierarchical or collegiate; it may express itself through a permanent intervention in the affairs of subsidiaries or be limited to a mere definition of the major lines of their general business policy: *in any case, it shall be always present and it shall emerge to repress any behaviour incompatible with the business philosophy or the interests of the group, or, simply, of its organization* [curs. RPJ].'[74]

Een en ander kan, naast organisatorische maatregelen, overlegstructuren, budgetteringssystemen, opleidingsprogramma's, personeelsbeleid, financiële macht, deskundigheid, informatieverschaffing, 'verzoeken'[75] en wat dies meer zij,[76] worden bereikt door het geven van instructies.[77] Daartoe opent de wet de mogelijkheid, waarbij zij een onderscheid maakt tussen een nv en een bv. Ten aanzien van eerstgenoemde vennootschap bepaalt art. 2:129, vierde lid, BW dat '[d]e statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap *die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten*

72 *Vide* Antunes 1994, *op. cit.*, p. 163.

73 *Vide ibid.*, p. 207.

74 Citaat ontleend aan Antunes 1994, *op. cit.*, p. 79.

75 *Vide* Slagter 1991, *op. cit.*, p. 194-195: '(…) bij het concern (…) worden er aanwijzingen gegeven aan een ander in de vorm van een verzoek, een advies, een aanbeveling, maar die vriendelijke verpakking verhult een juridische inhoud: aan het verzoek dient te worden voldaan, tenzij aan de ander kan worden duidelijk gemaakt, dat voldoening daaraan niet kan worden gevergd of zelfs niet in het belang is van degene, van wie het verzoek uitgaat; en als er geen gronden kunnen worden aangevoerd om niet aan het "verzoek" te voldoen, en niettemin de instructie niet wordt nageleefd, dan verdwijnt de vriendelijke verpakking en worden er consequenties getrokken uit de "dienstweigering".'

76 *Vide* Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 286; Uniken Venema 1981, *op. cit.*, p. 584; Timmerman 1988, *op. cit.*, p. 66-67 en 71; H.L.J. Roelvink, 'Bestuurszelfstandigheid in concernverhoudingen', in: *Piercing Van Schilfgaarde*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 9, Deventer: Kluwer 1990, p. 46; Winter, *op. cit.*, p. 120; F.J.P. van den Ingh, 'De bevelsstructuur in de vennootschap', in: *Concernverhoudingen. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69, Deventer: Kluwer 2002, p. 13.

77 G.J.C. Rensen, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:239 BW, aant. C.2.2 merkte op dat het vaak wenselijk is dat de moedermaatschappij door het geven van instructies invloed kan uitoefenen op het beleid van haar dochtermaatschappij.

aangegeven terreinen betreffen [curs. RPJ]' en met betrekking tot laatstgenoemde vennootschap bepaalt art. 2:239, vierde lid, BW, behoudens de door mij gecursiveerde woorden, bijna woordelijk hetzelfde, alsmede bepaalt het dat het bestuur gehouden is de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het vennootschappelijk belang.[78] In geval van een nv-dochtermaatschappij is de moedermaatschappij dus enkel bevoegd tot het geven van algemene instructies en in geval van een bv-dochtermaatschappij is zij – mede – bevoegd tot het geven van specifieke instructies,[79] met dien verstande dat de statuten zulks bepalen en zulks niet in strijd is met het evengenoemde belang.[80] Tot zover de instructie*bevoegdheid*, oftewel de juridische werkelijkheid.

78 Gelet op het bepaalde in art. 2:129, vijfde lid, BW, houdende dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, heeft de clausulering in de laatste zinsnede van art. 2:239, vierde lid, BW in mijn optiek evenzeer voor het bestuur van een nv te gelden. Aldus ook Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 482. Volgens Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 998 dient de vorenbedoelde clausulering – met een beroep op de wetsgeschiedenis – voor het nv-recht te worden 'aangenomen'.

79 Volgens Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 185 is het onderscheid tussen algemene en concrete instructies *niet altijd* [curs. RPJ] helder. Op p. 250 lezen wij stellig: 'De scheidslijn is *vaak* [curs. RPJ] niet goed te bepalen. Voor de niet-beurs-NV kan de beperking [*i.e.* de 'algemene lijnen van het te voeren beleid', toev. RPJ] *zonder meer* [curs. RPJ] worden geschrapt.' *Vide* voorts Bartman en Dorresteijn, *op. cit.*, p. 95: 'Daarbij komt dat met het onderscheid tussen algemene en concrete instructies in de praktijk sowieso moeilijk valt te werken.' *Vide* ook Buikema, *op. cit.*, p. 25, alwaar hij spreekt van 'het uiterst arbitraire ofwel moeilijk te kwalificeren onderscheid tussen algemene en concrete instructies'. *Vide* tevens Van den Ingh 2002a, *op. cit.*, p. 19, die het heeft over de mogelijkheid om concrete instructies in algemene bewoordingen te verpakken. *Vide* mede 'Verslag van de discussie', in: *Concernverhoudingen. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69, Deventer: Kluwer 2002, p. 130, alwaar P. van Schilfgaarde opmerkte dat 'die algemene 'beleidslijnerei' een beetje flauwekul is'. *Vide* bovendien Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 999: 'Gelet op het lastig te maken onderscheid tussen algemene en specifieke instructies en het belang van rechtszekerheid, neig ik naar een ruimere invulling van art. 2:129 lid 4 BW in lijn met art. 2:239 lid 4 BW; dit komt de rechtszekerheid ten goede.' *Vide* daarnaast Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/413, die menen dat 'ook voor de NV naar huidig recht het onderscheid tussen algemene en concrete instructies niet meer van belang is'. Zij 'zien geen reden om aan te nemen dat naar huidig recht – en in zoverre in afwijking van art. 2:129 lid 4 BW – niet ook bij een NV zou moeten gelden dat het bestuur gehouden is de instructies van de algemene vergadering op te volgen, mits de statuten dit bepalen en er geen strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming'. Ten aanzien van concernverhoudingen merkten de auteurs – naar de kern bezien – hetzelfde op; *vide* Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/831. Anders: P.J. van der Korst, 'Aanwijzingsbevoegdheid en instructiemacht in concernverhoudingen', *TvOB* 2010/7, p. 273, die van mening is dat een onderscheid tussen algemene aanwijzingen en concrete instructies wel degelijk te maken is.

80 Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 114 zijn van mening dat de instructiebevoegdheid als bedoeld in art. 2:129 (239), vierde lid, BW ook zonder statutaire basis mogelijk is.

De economische werkelijkheid is een andere. Immers, uit het concernverband vloeit voor (het bestuur van) de moedermaatschappij instructie*macht* voort.[81] Op grond daarvan kan zij zowel algemene als specifieke instructies geven, waarbij het niet ter zake doende is of de instructie zich richt tot een nv-dochtermaatschappij of een bv-dochtermaatschappij, noch doet het ter zake of zulks al dan niet statutair is vastgelegd.[82] Evenmin doet het ter zake of die instructies al dan niet via de algemene vergadering (art. 2:129 (239), vierde lid, BW spreekt van een (ander) 'orgaan van de vennootschap') worden gegeven.[83] Deze instructiemacht is evenwel niet

81 *Vide* ook Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 483: 'Een zekere instructiebevoegdheid van de moeder volgt uit het groepsverband.' *Vide* voorts Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/832: 'De feitelijke instructiemacht is met de afhankelijkheidsverhouding gegeven (…).' Het bestaan van instructiemacht is ook in de rechtspraak erkend. *Vide* hof Amsterdam (OK) 23 juni 1983, *NJ* 1984/571, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Hyster*) en hof Amsterdam (OK) 29 augustus 1985, *NJ* 1986/578, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Howson Algraphy*). Daarin overwoog de Ondernemingskamer dat in de verhouding tussen een moeder- en haar dochtermaatschappij de moedermaatschappij aan haar dochtermaatschappij richtlijnen en aanwijzingen kan geven, waar die dochtermaatschappij zich door haar afhankelijkheid van haar moedermaatschappij in het algemeen moeilijk aan kan onttrekken. *Vide* ook (Maeijers noot, onder 3 (laatste al.), bij) HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 9.3 (*Ogem*), waarin de Hoge Raad het volgende overwoog: 'Voorts ligt aan het oordeel van de OK kennelijk de gedachte ten grondslag dat de raad van bestuur van Ogem Holding, waarvan de leden tevens de raad van bestuur van Ogem BV vormden, de directie van Omega richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te voeren beleid kon geven, waaraan die directie zich moeilijk kon onttrekken, *nu de raad van bestuur van Ogem Holding het in zijn macht had om in te grijpen in die zin dat hij de mogelijkheid bezat de directie van Omega, zo zij zich niet bereid toonde de gevraagde inlichtingen te verstrekken en zich bleef onttrekken aan het toezicht en de leiding van de concerntop, te doen schorsen, dan wel te doen ontslaan en vervangen door een directie die zich wel zou voegen naar de haar door of vanwege de concernleiding te verstrekken richtlijnen en aanwijzingen* [curs. RPJ]. (…).' Dit oordeel werd – naar de kern bezien – herhaald in HR 21 december 2001, *NJ* 2005/96, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, r.o. 5.3.8.3 (*Hurks*). *Vide* ook HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 4.3 (*Cancun*).

82 Op dit spoor lijkt ook L. Timmerman, 'Een paar opmerkingen naar aanleiding van de reactie van Van den Ingh', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 31 te zitten: 'Voor het aannemen van een instructierecht of – liever wellicht – instructiemacht is mijns inziens geen formeel-juridische basis in de statuten vereist.'

83 *Vide* ook Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 427: 'In de *praktijk* [curs. auteurs] worden instructies veelal op informele wijze gegeven, niet formeel via de AV (…). Naar Nederlands *recht* [curs. auteurs] lopen instructies echter altijd via de AV of een ander orgaan van de dochter (…). Wanneer de moeder enig aandeelhouder is, lijkt het niet moeilijk de instructies van bet bestuur van de moeder te zien als besluiten van de AV van de dochter. (…) Wanneer er meer aandeelhouders zijn, dient de formele weg van een besluit van de AV bewandeld te worden.' *Vide* ook Slagter 1988, *op. cit.*, p. 96-97; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 63-64 en 75; Verdam, *op. cit.*, p. 402.

onbegrensd.[84] In de eerste plaats wordt zij begrensd door het concernbelang. Als de te geven instructie daartoe niet noopt, dan is zij mijns inziens niet geoorloofd. In de tweede plaats wordt de instructiemacht begrensd door de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in (de buitenlandse equivalent van) art. 2:8, eerste lid, BW, welke de moedermaatschappij bij de te geven instructie te allen tijde in acht moet nemen.[85]

Het bestuur van de dochtermaatschappij is mijns inziens in beginsel gehouden de instructie(s) van het concernbestuur op te volgen.[86] Als de gegeven instructie in strijd is met het vennootschappelijk belang, dan brengt zulks, in afwijking van de juridische werkelijkheid, naar mijn opvatting niet, althans niet zonder meer of steeds, mee dat het bestuur van de dochtermaatschappij niet gehouden is de desbetreffende instructie op te volgen.[87] Het concernbelang heeft namelijk mijns oordeels een hogere rang dan het vennootschappelijk belang, waarover aanstonds meer (*vide* § 2.3.2). Als de gegeven instructie uit hoofde van eerstgenoemd belang geoorloofd is, dan is het bestuur van de dochtermaatschappij dan ook in beginsel gehouden die instructie op te volgen – ook indien zulks niet in het belang van de vennootschap of daarmee zelfs in strijd is (*vide* nader § 2.3.2, *in fine*).[88] Men denke hierbij aan (financiële) nadelen,

84 *Vide* ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/832, die van mening zijn dat de instructiemacht in ieder geval wordt begrensd door de autonomie en de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van de dochtermaatschappij, welke begrenzing mij te onbepaald voorkomt om er iets mee te kunnen aanvangen. Immers, zoals gezegd bestaat er naar mijn opvatting in concernverband geen werkelijke autonomie zijdens het bestuur van de dochtermaatschappij. Dit bestuur is autonoom voor zover de moedermaatschappij zulks toelaat, hetgeen zal afhangen van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. De vraag naar het terrein waarop het bestuur van de dochtermaatschappij autonoom is, laat zich dan ook niet in zijn algemeenheid beantwoorden, ten gevolge waarvan zij niet geschikt is om als begrenzing van de instructiemacht te dienen. *Vide* voor een overzicht met begrenzingen van de instructie*bevoegdheid* Slagter 1988, *op. cit.*, p. 92.

85 Evenzo Slagter 2005, *op. cit.*, p. 625; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 427. *Cf.* Groot, *op. cit.*, p. 112. Volgens L. Timmerman, 'De rol van vennootschappelijk belang en strategie bij het beschermen van beursvennootschappen', *TvOB* 2018/1, p. 15 (voetnoot 11) is '[a]lles in het Nederlandse ondernemingsrecht (…) begrensd door het vennootschappelijk belang en de redelijkheid en billijkheid'. Over dat vennootschappelijk belang kom ik zo dadelijk te spreken.

86 Volgens Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 115 behoort het bestuur van een dochtermaatschappij geen gehoor te geven aan instructies die tot wetsovertreding of onrechtmatig gedrag van laatstgenoemde zouden kunnen leiden. *Vide* ook Buikema, *op. cit.*, p. 24-25.

87 Anders: Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 483: 'Doch ook dan is uiteindelijk voor die dochtermaatschappij (…) haar eigen belang en dat van de met haar verbonden onderneming een grens, die het bestuur van de dochter in acht moet nemen.'

88 Anders: Honée 1986, *op. cit.*, p. 111: 'Dat betekent dat het bestuur van de dochter beleidsinstructies van de moeder, hoe doelmatig ook indien gemeten aan het groepsbelang, niet zal mogen opvolgen, indien dit leidt tot benadeling van de andere bij de dochtervennootschap betrokken belangen, in het bijzonder van minderheidsaandeelhouders, werknemers en crediteuren.' Kennelijk ook anders: Raaijmakers 1984, *op. cit.*, p. 37. *Cf.* Groot 2003, *op. cit.*, p. 111-112.

waarbij de (financiële) gezondheid van het concern (het geheel), en de daarbij betrokkenen, vóór die van de individuele vennootschap, en de daarbij betrokkenen, gaat.[89]

Ingeval een of meer bestuurders weigeren de instructie(s) van het concernbestuur op te volgen, dan – en hierin komt de instructie*macht* tot uiting – kunnen zij, de situatie waarin de dochtermaatschappij een structuurvennootschap is, daargelaten,[90] luidens art. 2:134 (244), eerste lid, eerste volzin, BW in het uiterste geval (schorsing is immers ook mogelijk) door de moedermaatschappij worden ontslagen,[91] nu in dat artikel niet zonder reden wordt gesproken van 'te allen tijde'.[92] Daarmee is de vennootschapsrechtelijke band in beginsel doorgesneden.[93] Zulks heeft in beginsel tot gevolg dat ook de arbeidsrechtelijke band zal zijn doorgesneden.[94] Nu op grond

89 In deze zin (kennelijk) ook Groot, *op. cit.*, p. 115. In een situatie als hier aan de orde zou een – op de Franse *Rozenblum*-doctrine geïnspireerde – benadering als neergelegd in *section* 15.16 van de EMCA 2017 gevolgd kunnen worden; *vide* te dien aanzien het (uitvoerig) geciteerde in voetnoot 159 *infra*. *Vide* met betrekking tot de voornoemde doctrine ook L. Timmerman, 'Harmonisatie van het vennootschaps- en effectenrecht via het concernrecht', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 102-103; Böckli *et al.*, p. 17-19; EMCA 2017, p. 371 en 395; M. Olaerts, 'Het concern in beeld', *TvOB* 2017/4, p. 111. Het lijkt mij redelijk dat, indien en voor zover zulks in de gegeven omstandigheden mogelijk is, de moedermaatschappij de eventuele als gevolg van de gegeven en uitgevoerde instructie ontstane nadelen, financieel of anderszins, zijdens de dochtermaatschappij op de een of andere manier, op redelijke termijn, compenseert. *Vide* in dat verband ook Honée 1986, *op. cit.*, p. 112; Slagter 1988, *op. cit.*, p. 92; Timmerman 1999, *loc. cit.*; L. Timmerman, 'Instructierecht', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 477; Van den Ingh 2002a, *op. cit.*, p. 15; Groot, *loc. cit.*

90 In geval van een structuurvennootschap benoemt en ontslaat de raad van commissarissen immers de bestuurders; *vide* art. 2:162 (2:272) BW.

91 *Cf.* HR 4 december 1992, *NJ* 1993/271, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3 (*Mast Holding*): 'De weigering van een bestuurder van een vennootschap om een door de algemene vergadering van aandeelhouders gewenst beleid uit te voeren kan een redelijke grond voor ontslag zijn. Of die weigering in concreto een redelijke grond oplevert, hangt af van de aard van het door de algemene vergadering gewenste beleid en van de overige omstandigheden.'

92 Volgens J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:134 BW, aant. 6.1 betekent 'te allen tijde' 'op elk moment en al dan niet met onmiddellijke ingang'.

93 Niet uit te sluiten valt dat de bestuurder onder bepaalde omstandigheden een succesvol beroep zou kunnen doen op art. 2:15, eerste lid, onderdeel b, BW: vernietiging van het ontslagbesluit wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:8, eerste lid, BW. Evenzo Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 66. Gelet op het feit dat de bestuurder blijkens art. 2:134 (2:244), eerste lid, eerste volzin, BW 'te allen tijde' kan worden ontslagen, zal daar echter naar ik meen niet gauw sprake van zijn. J.H. Bennaars, '14 jaar na de 15 april-arresten: is ontslag van een vennootschapsbestuurder echt altijd ontslag? Wat is een redelijke grond en welke (ontslag)regels gelden voor welke bestuurder?', *Ondernemingsrecht* 2019/62, p. 322 noemde ook art. 2:14 BW.

94 *Vide* HR 15 april 2005, *JAR* 2005/153, m.nt. E. Verhulp, r.o. 3.5.3 (*Ciris*): 'Naar mede blijkt uit de wetsgeschiedenis van (de voorloper van) de art. 2:134 en 2:244 BW (weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.9), strekken deze bepalingen ertoe te bewerkstellingen dat door een ontslagbesluit ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding. *Daarom heeft te gelden dat een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder tot gevolg heeft* [curs. RPJ]. Voor een uitzondering is slechts plaats indien een wettelijk

van art. 2:134 (2:244), derde lid, BW een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de dochtermaatschappij en de bestuurder niet door de rechter kan worden uitgesproken, kan de ontslagen bestuurder via de arbeidsrechtelijke weg hooguit schadevergoeding ontvangen.[95] Op de opengevallen bestuurszetels kan het concernbestuur bestuurders plaatsen die de concerndiscipline wél in acht nemen, die buigen voor zijn wil.

2.3.2 Vennootschappelijk belang

Krachtens art. 2:129 (239), vijfde lid, BW dienen de bestuurders[96] zich bij de vervulling van hun taak te richten naar 'het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming', welk belang ik, kortheidshalve, aanduid als het 'vennootschappelijk belang'.[97] Ten aanzien van het antwoord op de vraag wat daaronder moet

---

ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat (vgl. HR 17 november 1995, rek. nr. 8746, NJ 1996, 142) of indien partijen anders zijn overeengekomen.' *Vide* in nagenoeg woordelijk dezelfde zin ook HR 21 mei 2005, *JAR* 2005/117, m.nt. R.M. Beltzer en E. Verhulp, *JOR* 2005/145, m.nt. P.A.M. Witteveen, r.o. 3.4.3 (*Unidek*). *Vide* ook Bennaars, *op. cit.*, *paras* 3-4. De arbeidsrechtelijke band is niet doorgesneden indien de werkgever de opzeggingsverboden als bedoeld in art. 7:670, eerste lid tot en met het negende lid, BW en in art. 7:670a, eerste lid, BW niet in acht heeft genomen en de bestuurder-werknemer om die reden – tijdig – een beroep op de vernietigingsgrond als bedoeld in art. 7:677, vijfde lid, BW heeft gedaan.

95 Aldus ook Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 200. *Vide* ook Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 116; Bennaars, *op. cit.*, p. 323. *Vide* voorts Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/832, die – in het voetspoor van Van Schilfgaarde 2000, *op. cit.*, p. 224 en 226 – van mening zijn dat de vraag of de grenzen van de instructiemacht voldoende werden gerespecteerd, zich goeddeels oplost in de vraag wat een passende financiële compensatie is in geval van ontslag. *Vide* tevens J.M.M. Maeijer, '25 jaren belangenconflict in de Naamloze Vennootschap', *De NV* 1989, 67/1, p. 6, alwaar hij stelde dat zulk een ontslag hoogst zelden zal kunnen leiden tot vennootschapsrechtelijke vernietiging van het besluit daartoe, maar meestal wel zal worden gevolgd door een arbeidsrechtelijke benadering van de vraag in hoeverre de vennootschap jegens de ontslagen bestuurder schadeplichtig is. *Vide* bovendien P. van Schilfgaarde, 'Repliek', in: *Piercing Van Schilfgaarde*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 9, Deventer: Kluwer 1990, p. 78-79.

96 Ook de commissarissen dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming; *vide* art. 2:140 (2:250), tweede lid, laatste zinsnede, BW.

97 Met A.J.A.J. Eijsbouts en B. Kemp, 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang', *TvOB* 2012/5, p. 127 ben ik van mening dat, taalkundig gezien, 'het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming' als bedoeld in art. 2:129 (239), vijfde lid, BW en in art. 2:140 (250), tweede lid, laatste zinsnede, BW kennelijk een en hetzelfde belang is. De wet spreekt immers niet van 'het belang van de vennootschap én het belang van de met haar verbonden onderneming' of van 'het belang van de vennootschap én dat van de met haar verbonden onderneming'. *Vide* tevens P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 100, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 145, die opmerkte dat het om 'één – samengesteld – begrip' gaat. *Vide* ook Mendel, *op. cit.*, p. 14, alwaar hij opmerkte dat, mede in het licht van de wetsgeschiedenis en de toenemende verwevenheid van de vennootschap met haar onderneming, in zijn optiek een redelijke

worden verstaan, lopen de meningen uiteen. Uit de literatuur laat zich, *grosso modo*, het volgende distilleren: het begrip 'vennootschappelijk belang' valt uiteen in (1) de vraag naar het belang van de vennootschap als zodanig, waarop kan worden geantwoord dat de vennootschap (a) een (te onderscheiden) eigen(standig) belang heeft of (b) geen (te onderscheiden) eigen(standig) belang heeft en (2) de vraag naar de inhoud/invulling/kleur van het belang van de vennootschap, waarop kan worden geantwoord dat het (a) een (i) eigen, onveranderlijke (statische) of (ii) eigen, veranderlijke (kameleontische) kleur heeft, (b) geen eigen kleur heeft, nu het wordt gevormd door (i) het, uit afweging, op basis van gelijkwaardigheid of hiërarchisering, resulterend, zwaarstwegend deelbelang, zoals het (eigen) belang van de vennootschap zelf, werknemers of aandeelhouders, (ii) de gezamenlijke belangen van de (onmiddellijk) bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen of (iii) het winstbelang van de (gezamenlijke) aandeelhouders, of (c) kleurloos (leeg) is.

Ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad is aandacht besteed aan het vennootschappelijk belang. Ik volsta hier met een, korte, bespreking van de *Cancun*-beschikking,[98] voor zover van belang.[99] In die zaak strekte onderdeel II ten betoge, voor zover hier van belang, dat de Ondernemingskamer blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip 'belang van de vennootschap', nu zij had miskend dat het vennootschappelijk belang 'de resultante is van de afweging

uitleg van het begrip 'belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming' meebrengt dat het hier draait om het belang van de eenheid 'vennootschap-onderneming' als zodanig. *Vide* bovendien Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, *Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 12, volgens wie het gaat om het tot richtsnoer nemende belang van het geheel, te weten 'vennootschap en onderneming'. Een ander geluid treffen wij aan bij B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1990, p. 7, naar wier mening een onderscheid moet worden gemaakt tussen het 'vennootschappelijk belang' en het 'ondernemingsbelang'. *Vide* daarover ook Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 29. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag. Binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 59, Deventer: Kluwer 2007, p. 80 zou dit 'wat kunstmatig aandoend' onderscheid in beginsel niet willen maken, waaraan hij toevoegde dat dit wél nuttig kan zijn wanneer, bijvoorbeeld, de vennootschap meerdere ondernemingen drijft met een te onderscheiden zelfstandig belang.

98 *Vide* ook HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*); HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer, *Ondernemingsrecht* 2007/127, m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.5 (*ABN ARMO*); HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2010/228, m.nt. M.J. van Ginneken, *Ondernemingsrecht* 2010/105, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2010/11, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.4.1 (*ASMI*).

99 Bij de bespreking van die zaak laat ik de overwegingen die zien op de *joint venture*-vennootschap, buiten beschouwing.

van de verschillende bij de vennootschap en haar onderneming betrokken deelbelangen'.[100] Omdat, zo vervolgde het onderdeel, de vennootschap slechts een verlengstuk van de aandeelhouders vormt, kan er geen sprake zijn van een 'zelfstandig eigen belang van (continuïteit van) de vennootschap'.[101]

De Hoge Raad overwoog, voor zover hier van belang, dat (i) de bestuurders zich, bij hun taakvervulling, dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met deze verbonden onderneming, (ii) de inhoud van het evengenoemde belang afhangt van de omstandigheden van het geval, (iii) als aan de vennootschap een onderneming is verbonden, het hier bedoelde belang 'in de regel vooral' wordt bepaald door 'het bevorderen van het bestendige succes' van die onderneming en (iv) de bestuurders, bij hun taakvervulling, bovendien, mede uit hoofde van art. 2:8 BW, zorgvuldigheid dienen te betrachten ten aanzien van de belangen van alle bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen, welke zorgvuldigheidsverplichting 'kan'[102] meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het 'vennootschapsbelang' ervoor zorgen dat daardoor de belangen van die betrokkenen niet 'onnodig of onevenredig worden geschaad'[103].[104] Voorts overwoog hij, voor zover hier van belang, dat de Ondernemingskamer het vorenstaande niet had miskend, haar oordelen – waaronder het oordeel dat, voor zover hier van belang, inhield dat het bestuur zich geen rekenschap had gegeven van het 'eigen' belang van de vennootschap – geen blijk gaven van een onjuiste rechtsopvatting en deze niet onbegrijpelijk waren, reden waarom het hogergenoemde onderdeel faalde.[105]

---

100 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan, *AA* 2014/6, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.1 (*Cancun*).

101 *Ibid*.

102 Leijten vroeg zich in zijn annotatie bij HR 4 april 2014, *Ondernemingsrecht* 2014/101, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Cancun*) af in welke gevallen de door de Hoge Raad genoemde zorgvuldigheidsverplichting toelaat dat de belangen van de bij (de onderneming van) de vennootschap betrokkenen wél onnodig of onevenredig worden geschaad, waarop hij liet volgen dat de vanzelfsprekendheid van deze regel door het gebruik van het woord 'kan' onnodig wordt ondergraven. Volgens Van Schilfgaarde 2016b, p. 219 had de Hoge Raad in plaats van 'kan meebrengen' ook mogen schrijven 'brengt mee'.

103 In die woorden mag men volgens Van Schilfgaarde 2016b, *l.s.c.* een verwijzing naar het 'proportionaliteitsbeginsel', of, anders gezegd maar hetzelfde bedoelende, het 'evenredigheidsbeginsel' (*vide* Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 73 (voetnoot 285) en *vide* voorts L. Timmerman, 'Meer ruimte voor verscheidenheid is de goede trend voor het ondernemingsrecht', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 6 met verwijzingen aldaar), lezen.

104 *Vide* HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan, *AA* 2014/6, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.2.1-4.2.2 (*Cancun*). Dit (samengevatte) oordeel is – woordelijk – herhaald in HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 4.2.1-4.2.2 (*Cancun*), HR 4 april 2014, *Ondernemingsrecht* 2014/101, m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 4.2.1-4.2.2 (*Cancun*) en in HR 4 april 2014, *ARO* 2014/72, r.o. 4.2.1-4.2.2 (*Cancun*).

105 *Vide* HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan, *AA* 2014/6, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.3 (*Cancun*).

Reeds gezien het laatstoverwogene, denk ik niet dat de Hoge Raad zijn oordeel heeft geplaatst in de sleutel van de (onvermengde) 'resultanteopvatting'[106];[107] dat oordeel wijst eerder in de richting van de 'holistische opvatting'.[108] Deze indruk wordt versterkt als ik kijk naar het eerstoverwogene, waarin de Hoge Raad het vennootschappelijk belang invulde met 'het bevorderen van het bestendige succes' van de onderneming van de vennootschap, waarmee dat belang – in lijn met de holistische opvatting – een overstijgend gehalte krijgt.[109] Hier komt nog het volgende bij. In

106 De 'resultanteopvatting' wordt (mede) voorstaan door Van der Heijden en Van der Grinten. In hun benadering kan het vennootschappelijk gelden als 'de resultante van afweging van belangen van hen die bij de vennootschappelijke werkzaamheden zijn betrokken', de uitkomst van welke afweging dat belang bepaalt; *vide* Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 483. Deze opvatting wordt door Mendel, *op. cit.*, p. 3 (mede) aangeduid als de 'participantenopvatting'.

107 Evenzo B.F. Assink 'Van vennootschappelijk belang (II, slot)', *WPNR* 2016/7112, p. 494-495: 'Overigens is van een onversneden toepassing van de resultante-opvatting in die rechtspraak [de Cancun-enquêtebeschikkingen uit 2014, toev. RPJ] volgens mij helemaal geen sprake. Niet alleen omdat (…), maar ook omdat (…) de Hoge Raad komt tot verwerping van de klacht (…). De klacht – die evident tracht (mede) het resultantedenken te verzilveren – faalt, omdat de Ondernemingskamer niet heeft miskend wat *de Hoge Raad uiteenzet* [curs. aut] in rov. 4.2.1-4.2.3 (…); haar oordelen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet onbegrijpelijk. *Hoe men dit ook wendt of keert, hiermee valt niet goed te rijmen dat de Hoge Raad deze uitspraak heeft geplaatst in de sleutel van het zuivere resultantedenken* [curs. RPJ].' (voetnoten verwijderd).

108 Naar Maeijers opvatting – die door Mendel, *op. cit.*, p. 10 is betiteld als 'holistisch' (de holistische opvatting wordt ook wel aangeduid als de 'autonome opvatting' (*vide* bijvoorbeeld Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 939) of als de 'continuïteitsopvatting' (*vide* bijvoorbeeld Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 146 en 148 (voetnoot 131)) – heeft (mede) de vennootschap (ik schrijf bewust 'heeft (mede) de vennootschap' een eigen belang, omdat Maeijer begon met het spreken over het eigen belang van de rechtspersoon in het algemeen, waarna het eigen belang van de (naamloze) vennootschap in het bijzonder aan de orde kwam) een eigen belang, dat onderscheiden moet worden van en geenszins samenvalt met de individuele belangen van de bij haar betrokken personen; *vide* J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap* (oratie Nijmegen), Deventer – Antwerpen: N.V. Uitgeversmaatschappij Æ.E. Kluwer 1964, p. 5-6. *Vide* mede Maeijer 1964, *op. cit.*, p. 7. *Vide* bovendien Maeijer 1989, *op. cit.*, p. 3. *Vide* ook J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*. *2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000/293, alwaar hij schreef dat het vennootschappelijk belang als 'belang van het geheel' meer is dan een 'deelbelang' zoals dat van de gezamenlijke aandeelhouders of dat van werknemers. Deze te onderscheiden belangen kunnen parallel lopen, maar dat hoeft zijns inziens lang niet altijd het geval te zijn. Holistisch in de zin dat de vennootschap een eigen(standig) belang heeft, ontwaarde zich reeds in E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht. Deel 1. De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 183: 'Bij iedere rechtspersoon staat een door het recht erkend en beschermd doel op de voorgrond. Al wat dit doel dient, is in het belang der rechtspersoon. Een rechtspersoon heeft derhalve even goed [*sic*] haar [*sic*] door het recht beschermde belangen als de physieke [*sic*] persoon.' *Vide* in dat verband ook Maeijer 1964, *op. cit.*, p. 6.

109 *Vide* ook Assink 2016, *op. cit.*, p. 494, alwaar hij opmerkte dat de Hoge Raad het, als omstandigheid ter invulling van het vennootschappelijk belang, bevorderen van het bestendige succes van de onderneming (te veel) als 'zelfstandige omstandigheid met veel gewicht' uitlichtte.

rechtsoverweging 4.2.2 overwoog de Hoge Raad dat de eerdergenoemde zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders '*bij het dienen van het vennootschapsbelang* [curs. RPJ] ervoor zorgen dat *daardoor* [curs. RPJ] de *belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken* [curs. RPJ] niet onnodig of onevenredig worden geschaad'.[110] Hij maakte in deze overweging, net als in zijn beschikkingen inzake *ABN AMRO* en *ASMI*,[111] naar welke laatste beschikking hij in deze zaak (mede) verwees, een onderscheid tussen het vennootschappelijk belang en de belangen van de bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen. Dit duidt eveneens op een holistische benadering van het vennootschappelijk belang.

Toegegeven moet echter worden dat de Hoge Raad ook sprak van 'de omstandigheden van het geval', 'in de regel' en 'vooral'. Inderdaad, deze woorden, die wijzen op een kameleontische benadering van het vennootschappelijk belang in de zin dat zij het mogelijk maken dat dit belang (a) kan bestaan uit een of meer (meng)kleuren en (b) van kleur(en) kan veranderen,[112] vallen niet, althans moeilijk, te rijmen met de starre, klassieke holistische opvatting, waarin het vennootschappelijk belang (in beginsel)[113] slechts één, vaste kleur heeft. Wél zou 's Hogen Raads benadering in dezen kunnen worden gezien als een flexibele variant daarop, als een holistische opvatting in gemodificeerde vorm.[114]

---

110 *Vide* over die rechtsoverweging ook Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 219.

111 *Vide* voetnoot 98 *supra*.

112 *Vide* ook Assink 2016, *op. cit.*, p. 492; Timmerman 2016a, *op. cit.*, p. 6-7 en 'Verslag van de discussie', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 183, alwaar Timmerman opmerkte hij de *Cancun*-beschikking interessant vindt omdat men daarin ziet dat de Hoge Raad in beginsel zegt dat het vennootschappelijk belang het bevorderen van het succes van de onderneming is, maar tegelijkertijd zegt dat er allerlei omstandigheden denkbaar zijn waarin dat belang 'toch iets anders in moet houden'.

113 Die woorden gelden voor de opvatting als verwoord door Delfos-Roy, *op. cit.*, p. 10 en 22. *Vide* ook Delfos-Roy, *op. cit.*, p. 17 *et seq.*

114 In die richting ook B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering* (diss. Maastricht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 129, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 118-119. Hetzelfde geldt voor K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht* (diss. Amsterdam UvA), Boom Mastereeks, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 201, die van mening is dat de Hoge Raad zich, naar het hem voorkomt, heeft uitgesproken voor een visie op het vennootschappelijk belang 'die het dichtst aanligt tegen de autonome benadering'. B.F. Assink, 'Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang', *WPNR* 2015/7048, p. 108 merkte op dat 's Hogen Raads benadering 'in lijn ligt' met de door hem bepleite benadering, waarmee overeenstemt dat hij in Assink 2016, p. 491 opmerkte dat hij de lijn die de Hoge Raad in zijn vier *Cancun*-beschikkingen (*vide* voetnoot 104 *supra*) doortrekt, 'krachtig' zou willen ondersteunen (verderop, op p. 492, sprak hij van een 'perspectivistische benadering'). In dat licht lijkt het erop dat hij van mening is dat 's Hogen Raads opvatting in de buurt komt van, dan wel op het spoor zit van, zijn eigen opvatting, waarin de holistische opvatting *als vertrekpunt* geldt; *vide* Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 946. *Vide* ook B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht. Over faciliëring en regulering van ondernemerschap* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 38 en 40. *Vide* tevens Van Schilfgaarde in zijn noot, onder 5 (Ad (1)), bij

Deze opvatting verhoudt zich, naar het mij toeschijnt, zeker is dat namelijk niet, aldus tot het niet onnodig of onevenredig schaden van belangen als hiervoor bedoeld. Bestuurders dienen zich blijkens art. 2:129 (239), vijfde lid, BW te 'richten' naar het vennootschappelijk belang. Niettemin dienen zij zich bij hun handelen ook, als uitvloeisel van art. 2:8, eerste lid, BW, rekening te houden met de belangen van alle bij (de onderneming van) de vennootschap betrokkenen; deze mogen niet onnodig of onevenredig worden geschaad. Welnu, de vennootschap heeft een eigen belang. Het bestuur zal bij zijn taakuitoefening eerst dienen te bepalen wat in de concrete omstandigheden van het geval dat belang inhoudt. Vervolgens neemt het bestuur de belangen van de bij (de onderneming van) de vennootschap betrokkenen in aanmerking. Indien en voor zover er sprake is van een botsing tussen (een van) deze belangen en het vennootschappelijk belang,[115] verricht het bestuur een belangenafweging. Het bestuur doet het vennootschappelijk belang overwegen,[116] daarnaar hebben zij zich immers te richten,[117] tenzij bij het dienen daarvan de belangen van (een of meer) betrokkenen onnodig of onevenredig (dreigen te) worden geschaad. Alsdan valt de belangenafweging uit ten faveure van die belangen en ten detrimente van het vennootschappelijk belang. Dit betekent dat de eerstbedoelde belangen worden ontzien en (a) het laatstgenoemde belang wijkt of (b) dat belang niet wijkt, maar (de inhoud daarvan) in het licht van de uitkomst van de verrichte belangenafweging wordt gecorrigeerd (lees: aangepast).[118]

HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Cancun*); Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 214-215. Anders: De Haan in zijn noot, onder 4 (2e al.), bij HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan, *AA* 2014/6, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cancun*), naar wiens mening 's Hogen Raads benadering van het vennootschappelijk belang aansluit bij de resultantebenadering.

115 *Cf.* Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 943: 'Een zwak punt is ook de kennelijke veronderstelling in deze benadering [de resultanteopvatting, toev. RPJ], dat deze deelbelangen *(bijna) altijd botsen* [curs. RPJ] en dus dat één of meer deelbelangen – na een mysterieus proces van 'afweging' – dienen te prevaleren; dit laatste is in de praktijk lang niet altijd het geval.' (voetnoot weggelaten)

116 *Cf.* HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*). *Vide* ook Slagter 2005, *op. cit.*, p. 14, naar wiens mening het vennootschappelijk belang 'steeds' – wel onder de voorwaarde van het treffen van een eventuele compensatie – moet prevaleren boven de belangen van welke groep van huidige aandeelhouders en huidige werknemers ook.

117 *Cf.* Mendel, *op. cit.*, p. 17.

118 Volgens P. van Schilfgaarde, 'Over de verhouding tussen de redelijkheid en billijkheid en het belang van de vennootschap', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer en als vice-president van het Gerechtshof Amsterdam*, Prinsengrachtreeks, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 425, onder verwijzing naar kennelijk zijn noot, onder ad (3), bij HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Cancun*), kan 's Hogen Raads opzet erop wijzen dat 'eerst moet worden gezocht naar het vennootschapsbelang en dat pas daarna moet worden bekeken in hoeverre de uitkomst correctie behoeft op grond van art. 2:8 [BW]'. Ook M.J. Kroeze, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2019/50, p. 265 nam in dit verband het woord 'correctie' in de mond, en wel aldus dat de zorgplicht een correctie lijkt te kunnen meebrengen op een eerder gemaakte belangenafweging. *Vide* buiten de context van de *Cancun*-beschikking(en) Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 149. *Vide* ook Asser-Maeijer 2-III 2000/293: 'Ingevolge de redelijkheid en billijkheid moet het bestuur (…) bij zijn

Wat het vennootschappelijk belang inhoudt, is een lastig, maar fascinerend, vraagstuk. Bartman merkte daaromtrent al eens treffend op dat het vennootschappelijk belang 'nog steeds de "heilige graal" van ons ondernemingsrecht [is]. Je vindt hem nooit, maar de zoektocht ernaar geeft zin en mag nooit worden gestaakt'.[119] Volgens Willems is het vennootschappelijk belang een categorie waarvan hij niet begrijpt 'dat je daar op enige manier in de beginselensfeer iets mee zou kunnen. Dat omvat toch alles'.[120] Ondanks deze weinig bemoedigende woorden, zal ik een poging wagen zelf een omschrijving te geven van het vennootschappelijk belang. Eveneens zal ik aandacht besteden aan de verhouding tussen dat belang en het concernbelang.

De (naamloze/besloten) vennootschap bezit op grond van art. 2:3 BW rechtspersoonlijkheid. Blijkens art. 2:5 BW staat een rechtspersoon, wat het vermogensrecht betreft,[121] in beginsel met een natuurlijk persoon gelijk. Daarmee wordt bevestigd dat aan een rechtspersoon rechtssubjectiviteit toekomt en dat hij drager is van eigen rechten en plichten.[122] Een rechtspersoon treedt onder eigen naam op in het rechtsverkeer.[123] Hierbij past dat een vennootschap ook een eigen(standig)

handelen andere in vennootschap en onderneming aanwezige belangen (…) in het oog houden en deze *na afweging tegen het vennootschappelijk belang* [curs. RPJ] ontzien, indien zij onevenredig zouden worden geschaad.' *Vide* ook J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 94, Deventer: Kluwer 2014, p. 480, naar wiens mening, in geval van botsing tussen het streven naar een duurzaam succesvolle onderneming en de belangen van bepaalde betrokkenen, het collectieve belang boven het (daarmee in botsing komende) deelbelang prevaleert, tenzij dat laatste belang onevenredig wordt geraakt, waarop hij liet volgen dat de te maken *belangenafweging* 'dus' geschiedt aan de hand van het evenredigheidsbeginsel. *Cf.* art. 3:2 Awb, waarin staat dat bij de voorbereiding van een besluit het bestuursorgaan de nodige kennis over de relevante feiten en de 'af te wegen belangen' vergaart, art. 3:4, eerste lid, Awb, waarin, voor zover hier van belang, staat dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen *afweegt*, en art. 3:4, tweede lid, Awb, waarin staat dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet 'onevenredig' mogen zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.

119 S.M. Bartman, 'Boekbespreking', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 533, *i.f.*

120 'Verslag van de discussie', in: *Conflicten rondom de rechtspersoon. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 29 en zaterdag 30 oktober 1999*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 62, Deventer: Kluwer 2000, p. 146.

121 In het burgerlijk procesrecht, het straf(proces)recht en het bestuurs(proces)recht is de gelijkstelling tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon eveneens aanvaard; *vide* M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/55.

122 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/55. *Vide* ook Maeijer 1989, *op. cit.*, p. 3; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 2; Assink 2015, *op. cit.*, p. 103 en 105.

123 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/55.

– maar nimmer: absoluut –[124] belang heeft.[125] De invulling daarvan zal afhangen van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. In geval van een solvente, enkelvoudige, onderneming drijvende vennootschap[126] versta ik onder het vennootschappelijk belang het belang dat de vennootschap heeft bij, in de eerste plaats, het (op bestendige wijze) bevorderen van haar eigen gezonde (voort)bestaan[127] en, in de tweede plaats, het (op bestendige wijze) bevorderen van het (op succesvolle wijze) creëren van waarde in brede zin (zowel materieel[128] en immaterieel[129] als intern[130] en extern[131]).[132] Daar zijn immers (uiteindelijk) al haar *stakeholders*, waaronder ik

124 *Vide* ook Maeijer 1964, *op. cit.*, p. 5-6 (alsmede voetnoot 8); Mendel, *op. cit.*, p. 14-15; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 12 en 14. *Cf.* Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/55: 'Bedacht moet worden dat de rechtspersoon een rechtsbegrip is, een juridische constructie die ten dienste staat van het maatschappelijk en economisch verkeer.'

125 *Vide* ook Meijers, *op. cit.*, p. 183: 'Bij iedere rechtspersoon staat een door het recht erkend en beschermd doel op de voorgrond. Al wat dit doel dient, is in het belang der rechtspersoon. Een rechtspersoon heeft derhalve even goed [*sic*] haar [*sic*] door het recht beschermde belangen als de physieke [*sic*] persoon.' *Vide* voorts Maeijer 1964, *op. cit.*, p. 6: 'Dit eigen belang van de rechtspersoon is even diep geworteld in de juridische realiteit als de rechtspersoonlijkheid zelf.'

126 *Vide* ook Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 947 (alsmede voetnoot 156).

127 *Cf.* L. Timmerman, 'Vrijheid alleen is niet genoeg, een reactie', *Ondernemingsrecht* 2009/6, p. 25 (onder 7): 'Mijn uitgangspunt is dat het bevorderen van het lange termijn voortbestaan van een onderneming doorgaans aandeelhouderswaarde op de lange termijn bevordert. Er kan geen aandeelhouderswaarde *op de lange termijn* [curs. aut.] worden gerealiseerd, als de onderneming niet kerngezond is.'

128 Men denke aan het in de markt zetten van succesvolle producten. Veel ondernemers willen, denk ik, vooral mooie producten maken. Apple vind ik daar een treffend voorbeeld van.

129 Men denke aan het opbouwen (en uitbouwen) van een succesvol merk. Een product van zulk een merk kan afnemers een bepaalde sociale status geven alsook (daarmee samenhangend) een bepaalde gevoelswaarde. Ondernemers zullen (mede) daarop inspelen. Voorbeeld hiervan is Louis Vuitton.

130 Het creëren van waarde binnen de onderneming. Men denke aan het creëren van groei- en ontwikkelingsmogelijkheden voor werknemers alsmede aan het creëren van een prettige en uitdagende werkomgeving voor hen. Werknemers vormen (mede) de kurk waar de onderneming op drijft. Daar zal men niet alleen zuinig op moeten zijn, maar ook in moeten (blijven) investeren, zodat zij hun potentie (maximaal) kunnen (gaan) benutten. Dat komt (uiteindelijk) ten bate van de onderneming.

131 Het creëren van waarde buiten de onderneming. De vennootschap is met haar onderneming actief in een bepaald gebied. Daar dient zij zich van bewust te zijn. Men denke aan het duurzaam ondernemen, houdende het ondernemen waarbij duurzame ontwikkeling in acht wordt genomen. Concreet voorbeeld hiervan zijn het produceren van elektrische auto's (*e.g.* Tesla).

132 Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 946 sprak eveneens van waardecreatie in brede zin. Dit is herhaald in Assink 2015, *op. cit.*, p. 106 (alsmede voetnoot 28). *Vide* ook Assink 2010, *op. cit.*, p. 40 en 42. In Slagter (deel 1) 2013, *op. cit*, p. 948 werd – in de context van een op continuïteit gerichte solvente ondernemende vennootschap (de normaalsituatie) – de invulling van het vennootschappelijk belang kortweg geduid als 'het streven naar *succes van de onderneming* [curs. aut.]; duurzame waardecreatie in brede zin waarbij het behalen van winst (of: rendement op geïnvesteerd vermogen) niet zozeer het primaire doel – op korte termijn – is, als wel een voorwaarde daarvoor'. *Vide* ook Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 942. Volgens De Jongh 2014, *op. cit.*, p. 478 valt het belang van de vennootschap in de regel te omschrijven als '*het belang van de onderneming bij bestendige of duurzame waardecreatie* [curs. aut.]'. *Vide* ook De Jongh 2014, *op. cit.*, p. 479.

versta de (onmiddellijk) bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen, zoals aandeel- of certificaathouders, werknemers, (toe)leveranciers, crediteuren en afnemers van goederen en/of diensten,[133] bij gebaat. Het eigen belang van de vennootschap is het vennootschappelijk belang als bedoeld in art. 2:129 (239), vijfde lid, BW en in art. 2:140 (250), tweede lid, laatste volzin, BW.

Uit dit een en ander volgt dat mijns inziens (i) het belang van de vennootschap een overstijgend, eigensoortig belang is, waar de belangen van *stakeholders* in beginsel (uiteindelijk: geheel of gedeeltelijk) mee zullen samenvallen, althans daar ga ik veronderstellenderwijs van uit, (ii) dat belang geen verzameling of optelling van deelbelangen is, noch daar een afgeleide van is, noch daardoor (mede) wordt gevormd, ingevuld, ingekleurd of hoe men dit ook wil uitdrukken, noch daarmee kan worden vereenzelvigd, (iii) de bestuurders en commissarissen, zo die er zijn, zich bij de vervulling van hun bij de wet of statuten opgedragen taken hebben te richten naar dit belang en (iv) onder (andere of gewijzigde) omstandigheden het belang van de vennootschap een andere kleur zou kunnen hebben of van kleur zou kunnen veranderen, waarbij ik denk aan de situatie waarin (a) de vennootschap in zwaar weer verkeert of een deconfiture van haar onafwendbaar is, (b) de vennootschap een dochtermaatschappij dan wel een (dominante of onderhorige) groepsmaatschappij is of wordt, (c) de vennootschap geen onderneming drijft of deze verkoopt, (d) de vennootschap een beursnotering krijgt of beëindigt dan wel (e) het een grote vennootschap betreft waarvan de (ter beurze genoteerde) aandelen wijdverspreid zijn of het een kleine vennootschap betreft met slechts een of enkele houders van (certificaten van) aandelen.[134]

Bij hun taakvervulling dienen de bestuurders, ik laat de commissarissen hier verder rusten, zich weliswaar te richten naar het – in het concrete geval vooraf door hen bepaalde – vennootschappelijk belang, maar dat laat onverlet dat zij bij hun handelen andere belangen dan dat van de vennootschap in aanmerking moeten nemen. Zij dienen met de belangen van alle (onmiddellijk) bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen rekening te houden, indien en voor zover deze belangen kenbaar, relevant én gerechtvaardigd zijn. Bij het dienen van het vennootschappelijk belang zouden een of meer van die belangen kunnen worden geschaad.

133 *Vide* ook Eijsbouts en Kemp, *op. cit.*, p. 130.

134 *Vide* ook Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 945 *et seq.* over de 'perspectivistische benadering'. *Cf. Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 3 (MvT): 'Bij kleine vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders zal het vennootschappelijk belang dichter liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel werknemers en maatschappelijke belangen.' In *Kamerstukken II* 2008/09, 31058, 6, p. 52 (NV) werd opgemerkt: 'Hierbij past de belangrijke kanttekening dat het vennootschappelijk belang bij kleinere vennootschappen met slechts één of enkele aandeelhouders dichter zal liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met een verspreid aandeelhouderschap en meer uiteenlopende belangen.' *Vide* ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31058, 6, p. 12-13 en 52 (NV). Aldaar werd gesproken van 'veel aandeelhouders, werknemers en belangen' respectievelijk 'verspreid aandeelhouderschap en meer uiteenlopende belangen'.

Indien en voor zover daarvan sprake zou (kunnen) zijn, moeten de bestuurders de (on)evenredigheid tussen het te schaden belang van een betrokkene en het te dienen belang van de vennootschap beoordelen. Uitkomst daarvan kan zijn dat de mate waarin het laatstgenoemde belang wordt gediend in verhouding tot de mate waarin het eerstgenoemde belang wordt geschaad, evenredig of onevenredig is.[135] In het eerste geval moeten de bestuurders het vennootschappelijk belang doen overwegen; zij hebben zich immers, in beginsel, te 'richten' naar dat belang. In het tweede geval laat zich een aantal opties denken, te weten: (1) de bestuurders doen ook in deze situatie het vennootschappelijk belang overwegen, met dien verstande dat degene wiens belang wordt benadeeld, in al dan niet financiële zin wordt gecompenseerd,[136] voor zover dat nodig en mogelijk is, in welk geval de onevenredigheid wordt geheeld,[137] (2) de bestuurders doen het vennootschappelijk belang eerst dan overwegen als er is gesleuteld, in de zin van wijzigen of aanpassen, aan de in dat belang te verrichten (rechts)handeling of (3) het vennootschappelijk belang wijkt voor het belang dat zou worden geschaad indien eerstgenoemd belang wél zou prevaleren.

Maakt een vennootschap deel uit van een concern, dan heeft zulks gevolgen voor het vennootschappelijk belang. In de economische werkelijkheid prevaleert het concernbelang[138] in beginsel boven het belang van de dochtermaatschappij(en).[139] Daartoe is het volgende redengevend. Er zij om te beginnen aan herinnerd dat voor het (kunnen) bestaan van een concern het (daadwerkelijk) uitoefenen van centrale leiding essentieel is.[140] Voorts breng ik in herinnering dat de bestuurstaak van het bestuur van de moedermaatschappij zich mede uitstrekt tot de andere groepsmaatschappijen (concernleidingsplicht).[141] Een moedermaatschappij heeft, anders dan

135 *Cf.* W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever. Een juridisch onderzoek naar criteria voor de belangenafweging van de formele wetgever in relatie tot de belangenafweging op bestuursniveau* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 19.

136 *Vide* in die richting ook Slagter 2005, *op. cit.* als geciteerd in voetnoot 116 *supra*.

137 *Ibid*.

138 *Vide* over de Europese ontwikkelingen met betrekking tot het concernbelang Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 25-29 en het door hen aangehaalde.

139 Antunes 1994, *op. cit.*, p. 106 drukte zulks aldus treffend uit: 'However, as soon as a corporation become member of a corporate group, its own 'interest' is inevitably condemned to pass to the background. Within the realm of the polycorporate enterprise, *the global interest of the group ranks before the particular interests of each constituent corporation* [curs. aut.].' *Vide* ook U. Immenga, 'Möglichkeiten der Konzernrechtsvergleichung', in: M. Lutter, W. Stimpel en H. Wiedemann (red.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin – New York: Walter de Gruyter 1979, p. 300: 'Gibt eine Gesellschaft ihre wirtschaftliche Selbständigkeit mehr oder weniger auf, so ist Bezugspunkt ihres Handelns nicht das eigene, *sondern ein außerhalb ihrer selbst liegendes unternehmerisches Interesse, nämlich das des Verbundes oder der Konzernspitze* [curs. RPJ].' *Vide* bovendien Franken, *op. cit.*, p. 28, die opmerkte dat de vraag naar de rangorde van het concernbelang haar antwoord uitsluitend kan ontlenen aan de economische realiteit.

140 *Vide* § 2.2.

141 *Vide* voetnoot 61 *supra*.

waar de wet van uitgaat,[142] geen vennootschappelijk belang, maar een concernbelang.[143] Dit is – naar zijn aard – een collectief belang (het belang van of gericht op het (economisch) geheel).[144] Het concernbestuur dient zich dan ook bij zijn taakvervulling daarnaar te richten. Hieruit volgt mijns oordeels dat het concernbelang in beginsel zwaarder weegt dan het vennootschappelijk belang van een dochtermaatschappij.[145]

Dat de economische werkelijkheid daartoe ook dwingt, vloeit uit het volgende voort. Het concernbestuur móét – in het licht van het concernbelang – centrale leiding uitoefenen. Als het bestuur van een dochtermaatschappij van tevoren de beslissingen van het concernbestuur toetst aan het vennootschappelijk belang en die naast zich neerlegt indien ze daarmee niet stroken, om vervolgens een eigen – tegen het concernbelang ingaande – koers te gaan varen, dan komt de uitoefening van centrale leiding – en daarmee (het functioneren van) het concern(verband) – op losse schroeven te staan. Dat kan het concernbestuur, vanuit zijn rol bezien, niet aanvaarden. Wat volgt, is het, als uitvloeisel van het concernverband, treffen van diverse maatregelen, zoals maatregelen van organisatorische aard, van financiële aard en/of van juridische aard. Deze zullen het bestuur van de dochtermaatschappij in het gelid doen lopen.[146] Alleen in uitzonderlijke gevallen wijkt het concernbelang voor het vennootschappelijk belang.

Ik deel dan ook niet het oordeel van de Hoge Raad inzake het *Juno*-arrest – indien en voor zover dat oordeel kan worden veralgemeniseerd, nu het daarin ging om de beoordeling van de vraag of sprake was van onbehoorlijk bestuur zijdens het bestuur van de dochtermaatschappijen – [147] dat 'het belang van het concern een rol [kan, toev. RPJ] spelen, maar dit (…) niet doorslaggevend [kan, toev. RPJ] zijn in die zin dat het prevaleert boven de andere bij de onderscheiden vennootschappen betrokken belangen',[148] welk oordeel wel aldus wordt verstaan dat het concernbelang niet *op*

142 Het concernbelang heeft geen wettelijke verankering; Boek 2 BW (er)kent alleen belangen van separate, enkelvoudige vennootschappen. In de rechtspraak is het concernbelang daarentegen wél erkend. Daar kom ik zo dadelijk op. *Cf.* EMCA 2017, p. 386 en de verwijzing aldaar. Daarin is het concernbelang (ook) erkend.

143 *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 9 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1605, r.o. 3.8 (*DEM*).

144 Het collectieve (concern)belang beschouw ik níét als een optelsom van de vennootschappelijke belangen van de dochtermaatschappijen. Eerstbedoeld belang is een de individuele vennootschappelijke belangen overstijgend belang. *Vide* ook het in voetnoot 152 *infra* aangehaalde.

145 *Cf.* De Jongh 2014, *op. cit.* als aangehaald in voetnoot 118 *supra*.

146 *Vide* ook Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 23.

147 *Vide* Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 424-425.

148 HR 26 oktober 2001, *JOR* 2002/2, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 4.6 (*Juno*). *Vide* ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 16 (MvT): 'Het vennootschappelijk belang staat ook voorop indien een vennootschap onderdeel uitmaakt van een concern. Het bestuur van een concernvennootschap is gehouden om het eigen vennootschappelijk belang als toetssteen te hanteren *en mag het concernbelang niet op voorhand de doorslag laten geven* [curs. RPJ].' Naar het oordeel van de Ondernemingskamer wordt het vennootschappelijk belang mede bepaald door het concernbelang, doch valt het daarmee niet samen; *vide* hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2013, *JOR* 2014/94, m.nt. L.G. Verburg, r.o. 3.7 (*Prins Dokkum*); hof Amsterdam (OK) 4 april 2018, *JOR* 2018/179, m.nt. F. Eikelboom, r.o. 3.7 (*Machinefabriek Heerlen*). *Vide* ook Verburgs noot, onder 3, bij de

voorhand zwaarder mag wegen dan de andere betrokken belangen, waarmee dus niet gezegd is dat dat belang nooit *achteraf* doorslaggevend mag zijn. Naar mijn mening moet het vennootschappelijk belang worden ingepast in, of, anders gezegd, aansluiten bij, het concernbelang, niet andersom.[149]

Het bestuur van de moedermaatschappij is belast met het besturen van het concern. Daaronder valt (mede) het bepalen van de strategie en het daarop afstemmen van beleid.[150] Bij zijn taakvervulling dient het concernbestuur zich te richten naar het concernbelang.[151] Dat belang is – in het voetspoor van Franken en van Bartman, Dorrestein en Olaerts – wat het concernbestuur als zodanig ziet,[152] waarbij het, vanzelfsprekend, rekening dient te houden met het vennootschappelijk belang van de (respectieve) dochtermaatschappij(en) alsook met de belangen van de (onmiddellijk) bij (de onderneming van) deze betrokkenen.[153] Zoals gezegd, vormen de concernstrategie en het concernbeleid een, in het licht van het concernbelang gecreëerd, kader. Met inachtneming daarvan moeten de bestuurders van een dochtermaatschappij het eigen vennootschappelijk belang dienen. Het bovenbedoelde kader kan groot en algemeen zijn, maar ook klein en gedetailleerd, mede afhankelijk van (i) de visie van het concernbestuur, (ii) hoe de desbetreffende dochtermaatschappij wordt geleid (centraal, decentraal of een combinatie van beide) en (iii) de concrete feiten en omstandigheden van het geval.

Over het algemeen zal sprake zijn van belangenparallellie,[154] in de zin dat een beslissing die is genomen in het concernbelang, ook, al dan niet op termijn, het vennootschappelijk belang van de onderscheiden dochtermaatschappij(en) dient. Immers, wat in het belang van het concern, het (economisch) geheel, zal zijn, zal in de regel, naar ik meen, mede in het belang van de evenbedoelde dochtermaatschappij (en) zijn. Indien zulks niet het geval is, en zich bijgevolg belangenstrijd (*i.e.* een botsing der belangen[155]) voordoet, dringt de vraag zich op welk belang voorgaat,

---

eerstgenoemde OK-beschikking. *Vide* bovendien 's Ondernemingskamers *Corus*-beschikking als geciteerd in voetnoot 156 *infra*. *Vide* voorts het geciteerde in voetnoot 65 *supra*. Slagter 2005, *op. cit.*, p. 625 kan evenmin met de eerdergenoemde uitspraak van de Hoge Raad instemmen. Volgens hem dient het concernbelang te prevaleren, met dien verstande dat de te geven instructie (i) niet ziet op het verrichten van een handeling die in strijd is met de rechtsorde in het land waar de dochtermaatschappij is gevestigd, (ii) de eigen taak en verantwoordelijkheid van de bestuurder van de dochtermaatschappij niet ingrijpend aantast en (iii) niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

149 *Vide* Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 25.

150 *Cf.* voetnoot 59 *supra*.

151 Naar mijn opvatting heeft, zoals gezegd, de moedermaatschappij maar één belang waarnaar het bestuur zich dient te richten: het concernbelang.

152 Franken, *op. cit.*, p. 29 en 62; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 23. Franken merkte op dat het concernbelang veel overeenkomst vertoont met het algemeen belang in de staatkunde, namelijk 'een lege huls welke gevuld wordt door hen die het staatsleven beheersen'.

153 *Vide* ook Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, *op. cit.*, p. 786-787.

154 Verdam, *op. cit.*, p. 404.

155 *Vide* daarover Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 8-9.

welke vraag ziet op de verhouding tussen het concernbelang en het vennootschappelijk belang. Bij de beantwoording daarvan zou ik twee perspectieven willen hanteren, namelijk het 'moederperspectief' en het 'dochterperspectief'. Te beginnen met dat eerste. Het bestuur van de moedermaatschappij dient, zoals gezegd, zich bij zijn taakvervulling te richten naar het concernbelang en dient dit belang dan ook in beginsel te doen overwegen indien het in botsing komt met het belang van een dochtermaatschappij,[156] aangezien het collectieve belang, wat het concernbelang is, groter is en zwaarder weegt dan het individuele belang.[157] Niettemin dient het concernbestuur oog te hebben voor het belang van een dochtermaatschappij, alsook voor de belangen van de (onmiddellijk) bij haar (onderneming) betrokkenen, in dier voege dat het bij zijn besluitvorming de kenbare, relevante én gerechtvaardigde belangen in aanmerking neemt.[158] Het dient ervoor te waken dat het belang van, bijvoorbeeld, de dochtermaatschappij niet onnodig of onevenredig wordt geschaad. Alsdan geldt voor het concernbestuur *mutatis mutandis* hetzelfde als voor het bestuur van een enkelvoudige vennootschap. Ik verwijs naar hiervoor.

---

156 *Vide* ook Slagter 1988, *op. cit.*, p. 26-27, die een zestal standpunten, in een afdalende reeks, weergeeft ten aanzien van wanneer het concernbelang en wanneer het belang van een dochtermaatschappij moet prevaleren. *Vide* voorts hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, *JOR* 2003/85, m.nt. F.J.P. van den Ingh, r.o. 3.5 en 3.8 (*Corus*): '3.5. Met verzoeksters moet worden geoordeeld dat de Raad van Commissarissen van een vennootschap niet en in ieder geval niet zonder méér of ongemotiveerd een beleid mag voeren dat zich niet verdraagt met, althans geen rekening houdt met de concernstrategie *en onder omstandigheden zal hebben te aanvaarden dat het belang van de vennootschap waarbij hij is ingesteld zal moeten worden ten achter gesteld bij het belang van het concern in zijn geheel. Anderzijds staat het de concernleiding niet vrij om steeds, althans zonder méér of ongemotiveerd de belangen van een vennootschap in het concern ten achter te stellen bij wat zij ziet als het belang van het concern* [curs. RPJ].' en '3.8. (…) Het moet aldus alleszins aanvaardbaar worden geacht dat niet alleen het bestuur maar ook de Raad van Commissarissen van Corus Nederland gedegen geïnformeerd wenst te worden met betrekking tot de vraag of deze herfinanciering het gewenste resultaat zal hebben en of, en zo ja in hoeverre en op welke wijze, erin is voorzien dat de belangen van Corus Nederland *niet op onevenredige wijze worden geschaad en dat ook met haar belangen op een evenwichtige wijze rekening is gehouden* [curs. RPJ].' *Vide* bovendien de noot, onder 2 (laatste al.), van Van den Ingh bij deze beschikking: 'Verheugend is dat de OK aangeeft dat in de afweging van bestuur en rvc van een dochter het concernbelang alleen mag prevaleren indien het eigen belang (in strikte zin) van de dochter daardoor niet onevenredig wordt geschaad (r.o. 3.8).' *Vide* tevens Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, *op. cit.*, p. 787. *Cf.* HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*).

157 *Cf.* De Jongh 2014, *op. cit.*, als aangehaald in voetnoot 118 *supra*. Volgens Verdam, *op. cit.*, p. 405 'komt [het] er dan wel op aan, willen de door Raaijmakers geschetste problemen [die kennelijk verband houden met het (grote) spanningsveld tussen concernleiding en autonomie van het dochterbestuur, toev. RPJ] zich niet daadwerkelijk in de praktijk manifesteren, *dat in concernverband het concernbelang zeer zwaar doorweegt in het vennootschappelijk belang van de dochter, en haar "eigen" belang ook in de praktijk zeer dun blijft* [curs. RPJ]'.

158 *Cf.* HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer, *Ondernemingsrecht* 2007/127, m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.5 (*ABN ARMO*); HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2010/228, m.nt. M.J. van Ginneken, *Ondernemingsrecht* 2010/105, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2010/11, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.4.1 (*ASMI*).

Wat betreft het dochterperspectief, zie ik in dit verband wel wat in (een variant op) de benadering als bedoeld in *section* 15.16 van de European Model Companies Act (2017), welke benadering geïnspireerd is op de Franse *Rozenblum*-zaak.[159] Deze benadering zou ik hier, in (ietwat) gemodificeerde vorm, willen overnemen en tot de mijne willen maken en aldus willen verstaan dat het bestuur van een dochtermaatschappij (a) gehouden is een – tegen het eigen vennootschappelijk belang ingaande (daarmee in strijd zijnde) – beslissing te nemen, al dan niet zelfstandig (uit

159 *Vide* EMCA 2017, p. 385 *et seq.*, alwaar (mede) is ingegaan op de eerdergenoemde *Rozenblum*-doctrine (*vide* voetnoot 89 *supra*). *Section* 15.16 (Interest of the Group) luidt aldus: '(1) If the management of a subsidiary, whether or not as a result of an instruction issued by the parent company, acts in a way contrary to the interests of the subsidiary, a director or manager shall not be deemed to have acted in breach of their fiduciary duties if (a) the decision is in the interests of the group as a whole, and (b) the management, acting in good faith on the basis of the information available to them and that would be available to them if they complied with their fiduciary duties before taking the decision, may reasonably assume that the loss/damage/disadvantage will, within a reasonable period, be balanced by benefit/gain/advantage, and (c) the loss/damage/disadvantage, referred to in the first sentence hereof, is not such as would place the continued existence of the company in jeopardy. (2) If the subsidiary is wholly-owned, paragraph (1)(b) does not apply. (3) The management of the subsidiary may refuse to comply with instructions from the parent company if the conditions set in paragraph (1) are not satisfied.' Verderop lezen wij het volgende: 'The approach is influenced by the French *Rozenblum* case, which is a criminal case law. In France, the main criminal law tool against self-dealing is the provision against abuse of corporate assets (*abus de biens sociaux*). It punishes, among others, board chairmen, directors or managing directors of a public limited company or a limited liability company who 'use the company's property or credit, in bad faith, in a way which they know is contrary to the interests of the company, for personal purposes or to favor another company or undertaking in which they have a direct or indirect interest'. The penalty is a prison term of up to five years (with no minimum). French courts have created a special safe harbor in case of abuse of corporate assets within groups (the so-called '*Rozenblum doctrine*'). This doctrine admits a 'group defense' under certain conditions. First, there must be a group characterized by capital links between the companies. Second, there must be strong, effective business integration among the companies within the group. Third, the financial support from one company to another company must have an economic quid pro quo and may not break the balance of mutual commitments between the concerned companies. Fourth, the support from the company must not exceed its possibilities. In other words, it should not create a risk of bankruptcy for the company.' Echter, 'Section 16 is inspired by the Rozenblum doctrine but with some simplifications. The Rozenblum doctrine is sometimes considered, in and outside France, to be obscure and its successful application hardly predictable due to the number of conditions to be satisfied. Therefore, Section 16 adopts a simpler and more flexible approach. The main difference is that there is no requirement that the group has a balanced and firmly established structure. However, the existence of an interest of the group implies that there must be a long-term and coherent group policy. The Forum Europaeum also adopted the Rozenblum approach but with some modifications. The Forum Europaeum proposal made this protection conditional on there being evidence of compliance with instructions which would 'be recorded in a continuous manner' and that the management would report on their reliance on these provisions at 'the next general meeting of the subsidiary'. This approach is not kept in the EMCA, since it would be formalistic.'

eigen beweging), en/of uitvoering te geven aan een, al dan niet van het concernbestuur afkomstige, en eventueel met een instructie versterkte, beslissing die tegen dat belang ingaat (daarmee in strijd is), dan wel, omgekeerd, (b) zich onthoudt van het – in het belang van de (dochter) vennootschap – nemen van en/of uitvoering geven aan een beslissing, met dien verstande dat:

(1) de (reeds) genomen, dan wel (nog) te nemen, en/of uit te voeren beslissing in het concernbelang is respectievelijk zulks níét in dat belang is;
(2) dat bestuur, op basis van de op dat moment bekend zijnde informatie, redelijkerwijs mag aannemen dat het ten gevolge van het (niet) nemen van een beslissing dan wel van het (niet) geven van uitvoering aan (de) een (te nemen of genomen) beslissing eventueel te lijden verlies / de schade / het nadeel binnen een redelijke periode in evenwicht wordt gebracht door voordeel, winst of anderszins, voor zover dat nodig en mogelijk is;
(3) het verlies / de schade / het nadeel als evenbedoeld niet van dien aard is dat het voortbestaan van de dochtermaatschappij in gevaar zou worden gebracht, tenzij (a) daarin een 100%-belang wordt gehouden, (b) (er een reële kans bestaat dat) het voortbestaan van (het overige deel van) het concern in gevaar is (komt) en (c) de hier bedoelde beslissing het tij zou kunnen keren, in welk geval deze voorwaarde niet geldt;[160] en
(4) het handelen of nalaten van het bestuur niet leidt tot (ernstige) overtreding/ schending van statutaire bepalingen of (positiefrechtelijke) internationale, Europese of nationale wet- en/of regelgeving in ruime zin (civielrechtelijk, publiekrechtelijk of anderszins).[161]

Zijn al deze voorwaarden vervuld, dan moet het bestuur van een dochtermaatschappij het concernbelang voor laten gaan. Is daarentegen aan (een of meer van) deze (cumulatieve) voorwaarden níét voldaan, dan is, naar mijn oordeel, het (niet) nemen van en/of (geen) uitvoering geven aan een beslissing als hiervoor bedoeld niet gerechtvaardigd. Als, bijvoorbeeld, wél aan voorwaarden (1) wordt voldaan maar níét aan een of meer van de voorwaarden als genoemd onder (2) tot en met (4), dan prevaleert dus het vennootschappelijk belang boven het concernbelang.

160 Ingevolge *section* 15.16, tweede lid, van de EMCA 2017 geldt de voorwaarde onder (1b), welke in mijn voorstel in gewijzigde vorm onder (2) is opgenomen, niet als het om een volle (= 100%-) dochtermaatschappij gaat; *vide* voetnoot 159 *supra*.

161 *Cf.* voetnoot 86 *supra*; Verdam, *op. cit.*, p. 405-409. *Vide* voor de benadering als gevolgd in *section* 15.16 van de EMCA 2017 voetnoot 159 *supra*.

2.4 Het Europese mededingingsrecht

In deze paragraaf zal, aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie[162], worden onderzocht door welke lens er in het kader van art. 101 en 102 VWEU (voorheen: art. 81 respectievelijk 82 EG), alwaar wij het begrip 'onderneming'[163] tegenkomen, wordt gekeken naar het concern, en wel (mede) in de situatie waarin een op het Europese mededingingsrecht inbreukplegende dochtermaatschappij (statutair) in een lidstaat is gevestigd en haar moedermaatschappij (statutair) in een andere (lid)staat is gevestigd. Hieruit zou mogelijkerwijs inspiratie kunnen worden geput voor deel III van dit onderzoek over het *ius constituendum*.

Ongetwijfeld zal hiertegen door vennootschapsjuristen worden geobjecteerd.[164] Men zal mij erop wijzen dat in het mededingingsrecht de bescherming van het publieke belang centraal staat,[165] terwijl het ondernemingsrecht bescherming voor en binnen ondernemingen biedt.[166] In het enquêterecht gaat het, behoudens art. 2:345, tweede lid, eerste volzin, BW, waarin staat dat de advocaat-generaal bij het ressortsparket om redenen van 'openbaar belang' een enquêteverzoek kan doen, om private partijen met dienovereenkomstige belangen. Ik vermag evenwel niet inzien waarom het soort lens waardoor naar een concern wordt gekeken af zou (moeten) hangen van het soort belang dat binnen een regeling of rechtsgebied centraal staat. Men sluit dan in het ene geval de ogen voor de economische realiteit en in het andere geval niet? Door het sluiten van de ogen verdwijnt die realiteit echter niet; zij blijft bestaan. Mijns inziens moet, ongeacht het centraal staande belang, het recht zoveel mogelijk aansluiten bij de economische realiteit; het recht is er namelijk niet voor zichzelf.

---

162 Het Hof van Justitie van de Europese Unie is een *instelling* van de Europese Unie. Deze wordt gevormd door twee *rechtsprekende instanties*, twee 'Unierechters', te weten die (1) *in prima*, het Gerecht, en (2) in hoger beroep, het Hof van Justitie. *Vide* afdeling 5 van hoofdstuk 1 van titel I van deel 6 van het VWEU.

163 Het begrip 'onderneming' wordt gebruikt ter aanduiding van de pleger van een inbreuk op het mededingingsrecht die uit hoofde van de eerdergenoemde artikelen kan worden bestraft; *vide* HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 46 (*Akzo Nobel*). Volgens Drijber in zijn noot, onder 3, bij HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber (*Skanska Industrial Solutions*) wordt met het mededingingsrechtelijke begrip 'onderneming' in feite bedoeld een 'groep' of een 'concern'.

164 Wellicht Paul Storm gelet op P.M. Storm, 'Prof. mr. A.F.M. Dorresteijn, 'Substance over form' in het ondernemingsrecht?', *RMThemis* 2005/2, p. 97: 'Allereerst vind ik de opening met een voorbeeld uit het (Europees) kartelrecht weinig terzake [*sic*] doend[e]. Het kartelrecht gaat inderdaad uitsluitend uit van het begrip onderneming. Het gaat daarbij geheel en al om de economische (en politieke) werkelijkheid. In Dorresteijns oratie heb ik, gelukkig, geen pleidooi gezien voor een dergelijke, door economen en politici met steeds veranderde inzichten beheerste, benadering van het ondernemingsrecht.'

165 In gelijke zin Olaerts 2011, *op. cit.*, p. 10 en 12.

166 D.F.M.M. Zaman, 'Het spanningsveld binnen het ondernemingsrecht: faciliteren en toch misbruik tegengaan', *WPNR* 2018/7212, p. 789.

Welnu, luidens art. 101, eerste lid, VWEU zijn, voor zover hier van belang, alle overeenkomsten tussen ondernemingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, onverenigbaar met de interne markt en verboden. Krachtens art. 102 VWEU is het door een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op (een wezenlijk deel van) de interne markt onverenigbaar met de interne markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

Het begrip 'onderneming'[167] omvat elke entiteit die, ongeacht de rechtsvorm daarvan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, een 'economische activiteit', houdende het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt,[168] uitoefent[169] en onder dat begrip moet, in deze context, worden verstaan een 'economische eenheid', bestaande in een 'unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en kan bijdragen tot het begaan van een in die bepaling bedoelde inbreuk',[170]

---

167 Het begrip 'onderneming' als bedoeld in art. 101 VWEU heeft geen andere betekenis dan het begrip 'onderneming' als bedoeld in art. 102 VWEU; *vide* GvEA EG 10 maart 1992, gevoegde zaken T-68, 77 en 78/89, punt 358 (*Società Italiana Vetro*).

168 *Vide* HvJ EG 11 juli 2006, C-205/03 P, punt 25 (*FENIN*); HvJ EU 12 december 2013, C-327/12, punt 27 (*SOA*).

169 *Vide* HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, punt 21 (*Höfner en Elser*); HvJ EG 11 juli 2006, C-205/03 P, punt 25 (*FENIN*); GvEA EG 27 september 2006, T-314/01, punt 78 (*Avebe*); HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 38 (*Philip Morris*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 54 (*Akzo Nobel*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 122 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 34 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 95 (*ArcelorMittal*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 37 (*Arkema*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 53 (*Elf*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 48 (*Bolloré*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 42 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 36 (*Portielje*); HvJ EU 12 december 2013, C-327/12, punt 27 (*SOA*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 206 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 49 (*Alstom*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 198 (*Lucchini*); Gerecht EU 12 december 2014, T-558/08, punt 282 (*Eni*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 117 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 197 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 372 (*SLM*); HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 33 (*Total*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 47 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 36 (*Skanska Industrial Solutions*).

170 GvEA EG 10 maart 1992, T-11/89, punt 311 (*Shell*). Herhaald in GvEA EG 12 januari 1995, T-102/92, punt 50 (*Viho*); GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99, punt 54 (*HFB*); GvEA EG 11 december 2003, T-66/99, punt 122 (*Minoan*); GvEA EG 31 maart 2009, T-405/06, punt 87 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 58 (*EI du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 73 (*The Dow*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 84 (*Parker*). *Vide* ook GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 331(*Raiffeisen Zentralbank Österreich*).

ook al wordt die eenheid, juridisch gezien, gevormd door verschillende natuurlijke personen of rechtspersonen.[171]

Het is, voor de toepassing van de mededingingsregels, niet beslissend dat twee vennootschappen formeel los van elkaar staan omdat zij beide rechtspersoonlijkheid bezitten, maar wel of hun marktgedrag dat van een eenheid is, reden waarom het – mede gelet op het bepaalde in art. 105, eerste lid, VWEU: voor de (Europese) Commissie – noodzakelijk kan zijn te onderzoeken of twee vennootschappen met eigen rechtspersoonlijkheid samen één onderneming of economische eenheid met een en hetzelfde marktgedrag vormen. [172]

Indien laatstgenoemde de mededingingsregels van de Unie overtreedt, dient zij overeenkomstig het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor te dragen.[173] De inbreuk op deze regels dient evenwel op

171 *Vide* HvJ EG 12 juli 1984, 170/83, punt 11 (*Hydrotherm*); GvEA EG 12 januari 1995, T-102/92, punt 50 (*Viho*); GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99, punt 66 (*HFB*); GvEA EG 11 december 2003, T-66/99, punt 121 (*Minoan*); GvEA EG 15 september 2005, T-325/01, punt 85 (*DaimlerChrysler*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 55 (*Akzo Nobel*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 123 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 35 (*General*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 53 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 37 (*Arkema*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 95 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 58 (*EI du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 73 (*The Dow*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 48 (*Bolloré*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 42 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 36 (*Portielje*); HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 103 (*Schindler*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punten 57 en 59 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 207 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 50 (*Alstom*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 199 (*Lucchini*); HvJ EU 9 juli 2015, C-231/14 P, punt 65 (*InnoLux*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 117 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 197 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 372 (*SLM*); HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 33 (*Total*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 48 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 37 (*Skanska Industrial Solutions*).

172 *Vide* HvJ EG 14 juli 1972, 48/69, punt 140 (*ICI*); GvEA EG 12 januari 1995, T-102/92, punt 50 (*Viho*); GvEA EG 11 december 2003, T-66/99, punt 123 en 124 (*Minoan*); GvEA EG 15 september 2005, T-325/01, punt 85 (*DaimlerChrysler*); Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 179 (*Fuji*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 58 (*EI du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 73 (*The Dow*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 200 (*Lucchini*).

173 *Vide* HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 39 (*Philip Morris*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 56 en 77 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 24 september 2009, gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, punt 77 (*Erste*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 124 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 36 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 95 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 13 juli 2011, T-39/07, punt 60 (*Eni*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 53 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 37 (*Arkema*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 59 (*EI du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 74 (*The Dow*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 37 (*Portielje*); HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 104 (*Schindler*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 201 (*Lucchini*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 117 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 197 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en

ondubbelzinnige wijze te worden tóégerekend aan een rechtspersoon waaraan eventueel een geldboete zal worden opgelegd,[174] hetgeen kennelijk hiermee verband houdt dat een onderneming (economische eenheid) als zodanig niet beschikt over rechtspersoonlijkheid en bijgevolg geen zelfstandig draagster van rechten en plichten is (geen rechtssubject). Een en ander impliceert dat voor de toepassing en de tenuitvoerlegging van de (boete)beschikkingen van de Commissie er voor de door haar te verrichten handeling steeds een adressaat met rechtspersoonlijkheid moet worden gezocht.[175]

De (rechts)persoon die de betrokken onderneming leidde toen de inbreuk werd gemaakt, is, in beginsel, voor de inbreuk aansprakelijk, ook al wordt die onderneming – op het tijdstip waarop de (boete)beschikking wordt gegeven, waarin de inbreuk wordt vastgesteld – onder de verantwoordelijkheid van een andere persoon geëxploiteerd.[176] Zolang eerstgenoemde bestaat, volgt de aansprakelijkheid, voor het onrechtmatige (lees: inbreukmakende) gedrag van de onderneming, hem, zelfs indien de materiële en menselijke factoren met behulp waarvan die inbreuk is gepleegd, na de inbreukperiode aan derden zijn overgedragen.[177]

> Een strafbaar feit kan op grond van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid slechts worden toegerekend aan degene die deze heeft gepleegd.[178] Voorts kan op grond van het beginsel van het persoonlijk karakter van straffen een straf aan niemand

T-419/10, punt 372 (*SLM*); HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 33 (*Total*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 49 (*Akzo Nobel*). *Vide* ook Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 51 (*Alstom*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 30-32 (*Skanska Industrial Solutions*).

174 *Vide* HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 57 (*Akzo Nobel*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 125 (*Alliance*); Gerecht EU 13 juli 2011, T-39/07, punt 60 (*Eni*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 59 (*EI du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 74 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 208 (*Saint-Gobain*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 50 (*Akzo Nobel*). *Vide* ook GvEA EG 17 december 1991, T-6/89, punt 236 (*Enichem Anic*): 'Wanneer het bestaan van een dergelijke inbreuk is bewezen, moet worden bepaald, welke natuurlijke of rechtspersoon de onderneming exploiteerde op het ogenblik waarop de inbreuk is begaan, ten einde [*sic*] deze aansprakelijk te stellen.' *Vide* voorts HvJ EG 16 november 2000, C-279/98 P, punt 78 (*Cascades*); GvEA EG 11 december 2003, T-66/99, punt 122 (*Minoan*).

175 *Vide* GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, punt 978 (*Limburgse Vinyl*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 125 (*Alliance*).

176 *Vide* HvJ EG 16 november 2000, C-297/98 P, punt 27 (*SCA*); GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 324 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich*); Gerecht EU 9 september 2011, T-25/06, punt 215 (*Alliance*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 87 (*Parker*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 62 (*Alstom*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 202 (*Lucchini*).

177 *Vide* HvJ EG 16 november 2000, C-297/98 P, punt 25 (*SCA*); GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 324 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 88 (*Parker*).

178 Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 85 (*Parker*).

> anders dan de schuldige worden opgelegd.[179] Deze uit het strafrecht afkomstige fundamentele waarborgen vormende – en, volgens vaste rechtspraak, op het mededingingsrecht van de Unie van toepassing zijnde, nu de aansprakelijkheid voor het plegen van een inbreuk op de mededingingsregels in het licht van de aard van de betrokken inbreuk en van de aard en ernst van de daaraan verbonden sancties van persoonlijke aard is – beginselen verzetten zich er bijgevolg tegen dat een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die zelf geen feit als evengenoemd heeft gepleegd, aansprakelijk wordt gesteld.[180]

Niettemin kan, onder bijzondere omstandigheden,[181] bij wijze van uitzondering, de aansprakelijkheid worden gelegd bij de nieuwe exploitant van de onderneming die de inbreuk heeft begaan, met dien verstande dat deze daadwerkelijk als (economische) opvolger van de oorspronkelijke exploitant kan worden beschouwd, in de zin dat hij die onderneming voortzet, zelfs indien laatstgenoemde op de datum der vaststelling van de beschikking waarbij die inbreuk wordt vastgesteld, nog steeds bestaat.[182] Het aldus en uit dien hoofde verleggen van aansprakelijkheid (lees: afwijken van het beginsel van de persoonlijke aansprakelijkheid) wordt in de jurisprudentie het criterium van de 'economische continuïteit' genoemd.[183]

> Als er geen andere mogelijkheid zou bestaan een sanctie aan een andere entiteit dan die de inbreuk heeft begaan, op te leggen, dan zouden ondernemingen namelijk aan sancties kunnen ontsnappen door eenvoudigweg hun identiteit te veranderen door middel van herstructureringen, overdrachten[184] of andere juridische of organisatorische wijzigingen, hetgeen zou indruisen tegen de doelstelling om met de mededingingsregels strijdige gedragingen te bestraffen en herhaling daarvan te voorkomen door middel van afschrikkende sancties.[185] Daarom heeft een juridische of organisatorische wijziging, zoals het

179 *Ibid*.

180 Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 85-86 (*Parker*).

181 Kort gezegd: als de entiteit die de inbreuk heeft begaan, rechtens of economisch gezien heeft opgehouden te bestaan; *vide* HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 40 (*Philip Morris*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 89 (*Parker*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 203 (*Lucchini*). *Vide* ook Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 151 (*Hit*); Gerecht EU 16 juni 2011, T-194/06, punt 57-58 (*SNIA*).

182 *Vide* Gerecht EU 3 maart 2011, T-117/07 en T-121/07, punt 66 (*Areva*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 150 (*Hit*).

183 *Vide* Gerecht EU 3 maart 2011, T-117/07 en T-121/07, punt 66 (*Areva*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt en 151 en 154 (*Hit*). *Vide* ook Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 89 (*Parker*). *Vide* over dat criterium uitvoerig de conclusie, onder 75 *et seq*., van A-G Kokott bij HvJ EG 11 december 2007, C-280/06 (*Philip Morris*).

184 In de Engelse vertaling van de arresten wordt gesproken van 'sales'.

185 *Vide* HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 41 (*Philip Morris*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 89 (*Parker*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 204 (*Lucchini*); HvJ EU 18 december 2014, C-434/13 P, punt 40 (*Parker*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 150 (*Hit*). In iets andere bewoordingen HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 46 (*Skanska Industrial Solutions*).

> wijzigen van rechtsvorm en/of naam, van een entiteit die een inbreuk als hier bedoeld heeft begaan, niet noodzakelijkerwijs tot gevolg dat een nieuwe onderneming wordt gecreëerd die bevrijd is van de aansprakelijkheid voor de met het mededingingsrecht strijdige gedragingen van de voorafgaande entiteit als beide entiteiten, in economisch opzicht, 'identiek' zijn in de zin dat, uit economisch oogpunt, hun beider ondernemingen als 'een en dezelfde onderneming' zijn te beschouwen.[186] De respectieve rechtsvormen van de entiteit die de inbreuk heeft begaan, en haar opvolger zijn dan ook niet ter zake dienend, ten gevolge waarvan de oplegging van de sanctie voor de overtreding aan die opvolger niet kan worden uitgesloten uit hoofde van het enkele feit dat deze laatste een andere rechtsvorm heeft en anders opereert dan de entiteit die hij opvolgt, noch is ter zake dienend dat tot de overdracht van activiteiten niet is besloten door particulieren, maar door de wetgever in het kader van een privatisering.[187]

Het vorenbedoelde criterium, uit hoofde waarvan een entiteit die niet zelf een inbreuk heeft begaan maar daar desondanks voor kan worden bestraft, vindt toepassing in bijzondere omstandigheden, zoals het geval waarin de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor het beheer van de onderneming, na de inbreuk in juridische zin, door, bijvoorbeeld, een juridische fusie, heeft opgehouden te bestaan, in welke situatie eerst – kennelijk: door de Commissie – dient te worden uitgemaakt met behulp van welk samenstel van 'materiële en menselijke factoren' de inbreuk is begaan, om vervolgens te bepalen wie de exploitatie van dit samenstel van factoren heeft overgenomen.[188] Wanneer, om bij dat voorbeeld te blijven, door, zo moet 's hofs rechtspraak kennelijk worden verstaan, een juridische fusie een of meer rechtspersonen verdwijnen omdat zij door een andere reeds bestaande rechtspersoon of een nieuwe rechtspersoon worden opgeslokt, neemt de verkrijgende rechtspersoon immers

186 *Vide* HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 42 (*Philip Morris*); Gerecht EU 9 september 2011, T-25/06, punt 216 (*Alliance*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 90 (*Parker*); HvJ EU 18 december 2014, C-434/13 P, punt 40 (*Parker*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 38 (*Skanska Industrial Solutions*). *Vide* ook Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 95 (*Parker*): 'Op grond van het criterium van de economische continuïteit mag de Commissie dus een sanctie opleggen aan een andere rechtspersoon dan die welke de inbreuk heeft gepleegd, niettegenstaande de juridische constructies die ertoe strekken om binnen een en dezelfde onderneming op *kunstmatige wijze* [curs. RPJ] te verhinderen dat sancties worden opgelegd voor inbreuken op het mededingingsrecht die zijn gepleegd door één of meer van de rechtspersonen waaruit die onderneming is samengesteld.'

187 HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 43-44 (*Philip Morris*).

188 *Vide* GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 325 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 205 (*Lucchini*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 151 (*Hit*).

hun activa en passiva – inclusief hun aansprakelijkheid voor inbreuken op de mededingingsregels – over, in welk geval de aansprakelijkheid voor de door de onderneming van de verdwijnende rechtsperso(o)n(en) gepleegde inbreuk aan de verkrijgende rechtspersoon kan worden toegerekend.[189]

Een andere situatie betreft die waarin de ene juridische entiteit, de oorspronkelijke exploitant, (een deel van) haar inbreukmakende economische activiteiten, haar inbreukmakende activa, aan een andere juridische entiteit, de nieuwe/verkrijgende exploitant, overdraagt in welk geval de nieuwe exploitant voor de inbreuk die de oorspronkelijke exploitant in het kader van de betrokken activiteiten heeft begaan, aansprakelijk kan worden gesteld, die inbreuk wordt dan aan de nieuwe exploitant toegerekend, indien er – op de datum waarop de eigenlijke (activiteiten)overdracht, waarvan de doelstelling, overigens, niet ter zake doet, heeft plaatsgevonden – tussen die entiteiten 'structurele banden' hebben bestaan – welke niet noodzakelijkerwijs moeten zijn blijven bestaan tijdens de gehele inbreukperiode of tot op het tijdstip waarop de inbreukbeschikking is vastgesteld, noch behoeven zij niet blijven te bestaan gedurende een zekere minimumperiode – op basis waarvan kan worden aangenomen dat zij één onderneming, één economische eenheid, vormden.[190] Zulk een sanctietoepassing is in het bijzonder toelaatbaar wanneer die entiteiten 'onder de controle van dezelfde persoon hebben gestaan en, gelet op de nauwe economische en organisatorische banden die hen verenigen, in wezen dezelfde commerciële beleidsrichtlijnen hebben toegepast', hetwelk in het bijzonder geldt voor herstructureringen binnen een groep ondernemingen waarbij de oorspronkelijke exploitant niet noodzakelijkerwijs ophoudt juridisch te bestaan, maar zij zelf geen noemenswaardige activiteit meer uitoefent op de betrokken markt.[191]

---

189 *Vide* GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 326-328 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich*). *Vide* ook HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 39-40 (*Skanska Industrial Solutions*). Voor een ander voorbeeld zie men de laatstgenoemde uitspraak. Daarin verklaarde het Hof van Justitie voor recht dat art. 101 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat in het geval waarin 'alle aandelen in de vennootschappen die hebben deelgenomen aan een door dat artikel verboden mededingingsregeling, zijn verkregen door andere vennootschappen, die de eerstgenoemde vennootschappen hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben voortgezet, de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door die mededingingsregeling veroorzaakte schade'.

190 *Vide* GvEA EG 31 maart 2009, T-405/06, punt 108-109 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 206 (*Lucchini*); HvJ EU 18 december 2014, C-434/13 P, punt 49-53 (*Parker*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punt 46-47 (*Parker*). *Vide* ook Gerecht EU 13 juli 2011, T-39/07, punt 117 (*Eni*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punt 91 (*Parker*).

191 *Vide* GvEA EG 31 maart 2009, T-405/06, punt 110 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 207 (*Lucchini*). *Vide* ook Gerecht EU 3 maart 2011, T-117/07 en T-121/07, punt 67-69 (*Areva*); Gerecht EU 13 juli 2011, T-39/07, punt 117 (*Eni*); Gerecht EU 13 juli 2011, T-59/07, punt 125 (*Polimeri*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 92 (*Parker*); HvJ EU 18 december 2014, C-434/13 P, punt 40 (*Parker*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punt 91 (*Parker*). *Vide*

> Wanneer tussen de oorspronkelijke exploitant en de nieuwe exploitant van de aan de mededingingsregeling deelnemende onderneming een structurele band bestaat, kunnen zij zich immers, al dan niet opzettelijk, met behulp van de tot hun ter beschikking staande juridische herstructureringsmogelijkheden aan hun mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid onttrekken.[192] Zo zou eerstgenoemde *e.g.* als gevolg van een interne herstructurering een lege huls kunnen worden,[193] in welk geval het aan hem opleggen van een sanctie allicht geen afschrikkend effect heeft.[194]

Tot zover enkele preluderende opmerkingen. Thans ga ik nader in op het Europese mededingingsrecht in concernverhoudingen.

Dat een dochtermaatschappij rechtspersoonlijkheid bezit, is niet voldoende om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar mededingingsverstorend gedrag aan de moedermaatschappij mag worden toegerekend.[195] Het is namelijk vaste rechtspraak dat – de eigen rechtspersoonlijkheid van eerstgenoemde ten spijt – dit gedrag aan laatstgenoemde kan worden toegerekend, met name (!) wanneer de dochtermaatschappij 'niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt' maar in hoofdzaak de door haar moedermaatschappij verstrekte instructies volgt,[196] een en ander in het

---

bovendien Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 96 (in punt 98 wordt daarnaar verwezen) (*Parker*): 'Het begrip economische continuïteit heeft echter niet tot doel de mogelijkheid te bieden een andere onderneming voor die inbreuk aansprakelijk te stellen dan die welke de inbreuk heeft gepleegd, in voorkomend geval via de rechtspersonen waaruit zij bestaat (…), tenzij die twee ondernemingen zelf economisch en organisatorisch zijn verenigd door structurele verbanden (…) *of de overdracht van de rechtspersoon die de inbreuk heeft gepleegd aan een derde een manoeuvre vormt, met andere woorden is geschied op andere voorwaarden dan de marktvoorwaarden, met het doel aan de sancties van het mededingingsrecht te ontsnappen* [curs. RPJ] (…).'

192 *Vide* GvEA EG 31 maart 2009, T-405/06, punt 110 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 207 (*Lucchini*).

193 GvEA EG 31 maart 2009, T-405/06, punt 110 (*ArcelorMittal*).

194 *Vide* HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 40 (*Philip Morris*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 203 (*Lucchini*).

195 *Vide* HvJ EG 14 juli 1972, 48/69, punt 132 (*ICI*); GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, punt 960 (*Limburgse Vinyl*); HvJ EG 16 november 2000, C-286/98 P, punt 26 (*Stora*); HvJ EG 24 september 2009, gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, punt 80 (*Erste*); Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 180 (*Fuji*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 79 (*EI du Pont*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 38 (*Bolloré*). *Vide* ook HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 100 (*ArcelorMittal*): '[D]at (…) de rechtspersoonlijkheid van de vennootschappen noch het persoonlijke karakter van de sancties eraan in de weg staat dat de Commissie aan een moedermaatschappij een geldboete oplegt voor een inbreuk die is gepleegd door een 100%-dochteronderneming van die moedermaatschappij.'

196 Daaruit volgt dat het (niet zelfstandig kunnen bepalen van het) marktgedrag van de dochtermaatschappij niet de enige factor kan zijn op grond waarvan haar moedermaatschappij aansprakelijk kan worden gesteld; dit is een van de aanwijzingen voor het bestaan van een economische eenheid. *Vide* HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 73 (*Akzo Nobel*). *Vide* ook de conclusie, onder 87, van A-G Kokott bij dit arrest.

bijzonder gezien de economische, organisatorische en juridische banden die deze twee juridische entiteiten doen verenigen, omdat in zulk een situatie de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij deel uitmaken van één economische eenheid en zij dus één enkele 'onderneming' in hogerbedoelde zin vormen.[197] Alsdan kán[198] de Commissie haar boetebeschikking dus (mede)[199], na de betrokkene

197 *Vide* HvJ EG 14 juli 1972, 48/69, punt 133-135 (*ICI*); HvJ EG 25 oktober 1983, 107/82, punt 49 (*AEG*); GvEA EG 1 april 1993, T-65/89, punt 149 (*BPB*); GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, punt 960 (*Limburgse Vinyl*); HvJ EG 16 november 2000, C-286/98 P, punt 26 (*Stora*); GvEA EG 27 september 2006, T-314/01, punt 135 (*Avebe*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 58 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 24 september 2009, gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, punt 80 (*Erste*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 37 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 96 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 180 (*Fuji*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 54 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 38 (*Arkema*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 38 en 40-41 (*Bolloré*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 43 (*Alliance*); HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, punt 46 (*Eni*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 38 (*Portielje*); HvJ EU 18 juli 2013, C-499/11 P, punt 48 (*The Dow*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 41 (*EI du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 52 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 209 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 52-53 (*Alstom*); Gerecht EU 12 december 2014, T-558/08, punt 283 (*Eni*); HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P, punt 75 (*Del Monte*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 118-119 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en 414/10, punt 198-199 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punt 373 (*SLM*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 93-94 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 27 (*AlzChem*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punt 45 (*Toshiba*); HvJ EU 26 januari 2017, C-625/13 P, punt 146 (*Villeroy & Boch*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 51-53 (*Akzo Nobel*). *Vide* ook HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 34-35 (*Total*).

198 De Commissie is niet gehouden met voorrang na te gaan of aan de voorwaarden waaronder de inbreuk op de mededingingsregels van de Unie zijdens de dochtermaatschappij kan worden toegerekend, is voldaan en, zo ja, het boetebesluit vervolgens te richten aan de moedermaatschappij; *vide* HvJ EG 24 september 2009, gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, punten 82 en 85 (*Erste*); HvJ EU 18 juli 2013, C-499/11 P, punt 49 (*The Dow*). *Vide* ook Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 212 (*Lucchini*).

199 De Commissie mag haar boetebeschikking zowel aan de moedermaatschappij als aan haar dochtermaatschappij richten, met dien verstande dat zij aantoont dat (i) zij beide één onderneming vormen en (ii) deze onderneming aan de inbreuk heeft deelgenomen; *vide* Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 67 (*Alstom*). *Vide* ook GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 331 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punten 49-50 en 52 (*Bolloré*). *Vide* tevens GvEA EG 1 april 1993, T-65/89, punt 154 (*BPB*). Overigens noem ik GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, punt 989 (*Limburgse Vinyl*), Gerecht EU 27 september 2012, T-343/06, punt 52 (*Shell*), Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 131 (*Hit*) en Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punten 214 en 246 (*Socitrel*), waaruit volgt dat zelfs in de situatie waarin het concern bestaat uit een tal van werkmaatschappijen, de moedermaatschappij aansprakelijk kan worden gesteld voor een door een van haar dochtermaatschappijen gepleegde inbreuk.

te hebben gehoord en die beschikking te hebben vastgesteld,[200] richten aan de moedermaatschappij,[201] waarbij (i) zij niet behoeft aan te tonen[202] dat deze (a) zelf bij de inbreuk betrokken was, (b) haar dochtermaatschappij tot het plegen van de

200 *Vide* HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 110 (*Schindler*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 219 (*Saint-Gobain*).

201 *Vide* HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 59 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 38 (*General*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 55 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 39 (*Arkema*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 44 (*Alliance*); HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, punt 46 (*Eni*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 39 (*Portielje*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 42 (*EI du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 53 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 209 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 53 (*Alstom*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 119 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punt 199 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punten 374 en 387 (*SLM*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 94 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 27 (*AlzChem*). *Vide* ook HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73, punt 41 (*Commercial Solvents*); GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99, punt 66 (*HFB*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punten 61 en 77 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punten 40 en 89 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 98 (*ArcelorMittal*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 41 (*Arkema*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 57 (*Elf*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 47 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 41 (*Portielje*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 213 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punten 141 en 143-144 (*Parker*). Daaraan doet niet af als de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij ten tijde van de vaststelling van de beschikking tot de oplegging van een geldboete niet langer een economische eenheid vormden, nu het erom gaat of er van zulk een eenheid sprake was ten tijde van de inbreuk; *vide* Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 63 (*Alstom*).

202 *Vide* HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 59 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punten 38 en 85 (*General*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 55 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 39 (*Arkema*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 106 (*The Dow*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 76 (*EI du Pont*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 44 (*Alliance*); HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, punt 46 (*Eni*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 39 (*Portielje*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 42 (*EI du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 53 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 209 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punten 53 en 67 (*Alstom*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 119 en 147 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punt 199 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punt 374 (*SLM*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punten 94 en 105 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 27 (*AlzChem*); HvJ EU 26 januari 2017, C-625/13 P, punt 148 (*Villeroy & Boch*). *Vide* ook Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 127 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 102 (*General*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 210 en 240 (*Saint-Gobain*). *Vide* daarnaast Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 37 (*Bolloré*): '[K]an evenmin worden betwist dat de toerekening aan de moederonderneming van de door haar dochteronderneming gemaakte inbreuk op grond dat deze ondernemingen één enkele onderneming in de zin van het mededingingsrecht van de Unie vormen *en de moederonderneming dus net als haar dochter kan worden geacht aan de inbreuk te hebben deelgenomen* [curs. RPJ] (…).' Op dat spoor zit ook Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 136 (*Toshiba*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 56 (*Akzo Nobel*).

inbreuk aanzette of (c) van de door haar dochtermaatschappij gepleegde inbreuk op de hoogte was en (ii) het van geen belang is (a) of deze zelf aan het begrip 'onderneming' in de hier bedoelde zin beantwoordt[203] en (b) waar zij haar statutaire zetel (binnen of buiten de EU; *vide* ter illustratie het figuur *in fine*) heeft.[204]

> De Commissie handelt daarmee niet in strijd met het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen (*vide supra*) – volgens welk beginsel, dat geldt in elke administratieve procedure die tot sancties uit hoofde van de mededingingsregels van de Unie kan leiden, een onderneming slechts een sanctie mag worden opgelegd voor feiten die haar individueel ten laste worden gelegd – nu dat beginsel in overeenstemming moet worden gebracht met het begrip 'onderneming' als bedoeld in art. 101 VWEU: dé reden waarom de Commissie bevoegd is om het besluit waarbij geldboeten worden opgelegd, aan de moedermaatschappij te richten, is het feit dat zij en haar dochtermaatschappij samen één enkele onderneming in evenbedoelde zin vormen.[205]
>
> Evenmin handelt zij, door van hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uit te gaan, in strijd met het uit het vennootschapsrecht binnen de Unie voortvloeiende beginsel van beperkte aansprakelijkheid van vennootschappen, nu deze aansprakelijkheid bedoeld is om een plafond voor hun financiële aansprakelijkheid in te voeren, 'en niet om te voorkomen dat aan een onderneming die inbreuk op het mededingingsrecht heeft gemaakt, een sanctie wordt opgelegd via de juridische entiteiten waaruit zij bestaat en meer in het bijzonder de vennootschap die de inbreuk heeft gepleegd en haar moedermaatschappij'.[206]

Om het mededingingsverstorende/inbreukmakende gedrag van een dochtermaatschappij, de inbreukmaker, aan haar moedermaatschappij, de overkoepelende entiteit van een groep van ondernemingen/vennootschappen, te kunnen toerekenen dient – in beginsel: de Commissie – niet alleen vast te stellen dat laatstgenoemde beslissende invloed op het 'marktgedrag', waarmee kennelijk wordt bedoeld het

203 *Vide* HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 42-45 (*Portielje*).

204 *Vide* HvJ EG 14 juli 1972, 48/69, punt 125-142 (*ICI*). *Vide* ook J. Faull en A. Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 197, die – onder verwijzing naar, *inter alia*, het evengenoemde arrest – opmerkten 'that parent companies, *including those based outside the EU* [curs. RPJ], can be held liable under Article 101 [VWEU, toev. RPJ] for the behaviour of their subsidiaries operating within the EU, *since the undertaking as a whole is active there* [curs. RPJ]'. *Vide* voorts A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 142: '[T]he single economic entity doctrine avoids the need for the extraterritorial application of EU competition law. The doctrine enables the competition rules to be applied to companies outside the jurisdiction without recourse to the more controversial "implementation" or "effects" doctrines.'

205 Gerecht EU 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punt 387 (*SLM*).

206 *Ibid.*, punt 388.

commerciële beleid (*vide infra*),[207] van eerstgenoemde kán uitoefenen, maar zal zij tevens – wil er sprake zijn van het niet zelfstandig kunnen bepalen van het marktgedrag zijdens de dochtermaatschappij en bijgevolg van één onderneming als gevormd door deze en haar moedermaatschappij uit hoofde waarvan het inbreukmakende gedrag van eerstgenoemde aan laatstgenoemde kan worden toegerekend – dienen aan te tonen, op grond van een geheel van feiten, dat de moedermaatschappij die invloed daadwerkelijk hééft uitgeoefend.[208] Hierbij verdient opmerking dat (i) de omstandigheid dat twee onderling onafhankelijke moedermaatschappijen gezamenlijk zeggenschap over hun dochtermaatschappij uitoefenen, haar in beginsel niet belet om vast te stellen dat een van de eerstgenoemden samen met de laatstgenoemde een economische eenheid vormen, zelfs niet wanneer die moedermaatschappij ten

207 *Vide* GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, punt 984 (*Limburgse Vinyl*); HvJ EG 16 november 2000, C-286/98 P, punt 28 (*Stora*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punten 61 en 62 (*Akzo Nobel*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 130-131 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 40 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 98-99 (*ArcelorMittal*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 57 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 41 (*Arkema*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 62 (*EI du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 77 (*The Dow*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 47 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 41 (*Portielje*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 212-213, 222-223, 239 en 241-242 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 55 (*Alstom*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 122-123, 127 en 144 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punt 376 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punten 202-203, 210, 213, 228 en 248 (*Socitrel*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 121 (*Toshiba*). *Vide* mede Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 101 (*Toshiba*), waarin werd gesproken van het 'commerciële gedrag'. *Vide* ook de conclusie, onder 107-109, van A-G Kokott bij HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P (*Schindler*). *Vide* voorts Faull en Nikpay, *l.s.c.*: 'Put differently, a subsidiary cannot be said to be acting independently where the parent company actually exercises decisive influence over its *commercial policy* [curs. RPJ].'

208 *Vide* HvJ EG 25 oktober 1983, 107/82, punt 50 (*AEG*); GvEA EG 27 september 2006, T-314/01, punt 136 (*Avebe*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punten 128 en 165 (*Alliance*); Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 181 (*Fuji*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 44 (*EI du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 55 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 311 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 95 (*Toshiba*); HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 35 (*Total*). *Vide* ook HvJ EG 14 juli 1972, 48/69, punt 137 (*ICI*). *Vide* voor kritiek op de eis van het door de moedermaatschappij daadwerkelijk uitoefenen van beslissende invloed op haar dochtermaatschappij Wils, *op. cit.*, p. 175-176 en 184. Op p. 175 merkte hij – naar mijn mening: terecht – het volgende op: 'Indeed, if the parent company has the possibility to exercise decisive influence over the strategic commercial behaviour of the subsidiary, the subsidiary cannot have real freedom to determine its course of action on the market. Even if the parent company happened not to actually exercise its influence, the subsidiary's apparent freedom would only exist by the parent company's grace, which could change at any time. It would thus not be real freedom.'

opzichte van die andere moedermaatschappij een kleiner aandeel in het kapitaal van die dochtermaatschappij heeft,[209] en (ii) zij niet behoeft te bewijzen dat de moedermaatschappij op het specifieke terrein waarop de inbreuk is gepleegd, op het beleid van haar dochtermaatschappij invloed uitoefent.[210]

> In het algemeen kan een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed op haar dochtermaatschappij, en in het bijzonder op haar marktgedrag, uitoefenen wanneer zij een meerderheidsparticipatie in het aandelenkapitaal van deze bezit.[211] Zij kan zulks ook doen met een minderheidsparticipatie, maar dan dient de moedermaatschappij over rechten te beschikken die verder gaan dan die normaal gesproken aan minderheidsaandeelhouders worden verleend met het oog op de bescherming van hun financiële belangen.[212]
>
> Dat de moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende zeggenschap over haar dochtermaatschappij heeft uitgeoefend, kan rechtstreeks blijken uit de implementatie van de toepasselijke wettelijke bepalingen of uit, in geval van een concern met een duale structuur, een overeenkomstig die bepalingen gesloten overeenkomst tussen de moedermaatschappijen aangaande het bestuur van hun gezamenlijke dochtermaatschappij.[213] Bovendien vormt het feit dat op leidende posities van deze laatste veel personen aanwezig zijn die bestuursposten binnen de moedermaatschappij bekleden, een bewijs van de mate waarin deze bij het bestuur van haar dochtermaatschappij betrokken is, nu deze accumulatie van betrekkingen de moedermaatschappij – omdat haar bestuursleden er, in het kader van de uitoefening van hun leidinggevende functies binnen de dochtermaatschappij, op kunnen toezien dat de gedragslijn van deze op de markt strookt met het op het bestuursniveau van de moedermaatschappij uitgezette beleid, welk doel kan worden bereikt ook al hebben een of meer (personeels)leden van de moedermaatschappij die

209 *Vide* HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P, punt 78 (*Del Monte*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 99 (*Toshiba*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punt 48 (*Toshiba*). *Vide* voor de situatie waarin twee moedermaatschappijen elk een 50%-aandeel in een (inbreukmakende) *joint venture* hebben, HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 47 (*EI du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 58 (*The Dow*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punt 48 (*Toshiba*).

210 *Vide* Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 130 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punt 244 (*Socitrel*).

211 *Vide* Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 182 (*Fuji*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 96 (*Toshiba*). In de Nederlandse versie wordt gesproken van 'maatschappelijk kapitaal', terwijl in de Engelse versie wordt gesproken van 'share capital'. Laatstgenoemd lijkt mij in deze context de juiste term. Vandaar dat ik spreek van 'aandelenkapitaal'.

212 *Ibid*, punt 183 respectievelijk punt 97. In deze uitspraken liep die zin nog door met, ik citeer de laatstgenoemde uitspraak, 'en die, indien zij volgens de methode van de reeks overeenstemmende juridische of economische aanwijzingen worden onderzocht, het bewijs leveren van het feit dat beslissende invloed wordt uitgeoefend op het marktgedrag van de dochteronderneming', maar dat zinsdeel is hier niet van belang.

213 *Vide* Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 184 (*Fuji*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 100 (*Toshiba*).

leidinggevende functies binnen haar dochtermaatschappij vervullen, geen 'authority as agents'[214] van de moedermaatschappij – noodzakelijkerwijs in een positie brengt waarin zij beslissende invloed op het marktgedrag van haar dochtermaatschappij kan uitoefenen.[215] Voorts kan de betrokkenheid van de moedermaatschappij bij het bestuur van haar dochtermaatschappij blijken uit de zakelijke betrekkingen tussen hen beide.[216] Zo heeft een moedermaatschappij die tevens leverancier of klant is van haar dochtermaatschappij, er – teneinde ten volle te kunnen profiteren van de toegevoegde waarde van deze verticale integratie – bij uitstek belang bij de productie- of distributieactiviteiten van die laatste te sturen.[217]

Echter, indien de moedermaatschappij (in)direct het (nagenoeg) gehele kapitaal van haar dochtermaatschappij die een inbreuk op de mededingingsregels der (Europese) Unie heeft gemaakt, in handen heeft, kan eerstgenoemde beslissende invloed op het (markt)gedrag van laatstgenoemde uitoefenen en bestaat er een – weerlegbaar – vermoeden dat zij daarop ook daadwerkelijk een beslissende invloed uitoefent, welk vermoeden reeds in werking treedt als de Commissie bewijst dat de moedermaatschappij op eerderbedoelde wijze het vorenbedoelde kapitaal bezit,[218] in welk geval

214 Bij het schrijven van deze volzin heb ik ook met een schuin oog gekeken naar de Engelse versie (de procestaal was Engels; *vide* * onderaan het arrest) van dit arrest. Zo kan namelijk betwijfeld worden of het vertalen van 'authority as agents' in 'bestuursbevoegdheid', zoals gebeurd is in de Nederlandse versie, wel juridisch zuiver is. Daarom heb ik de Engelse versie geciteerd.

215 *Vide* Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 184 (*Fuji*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 100 (*Toshiba*). *Vide* ook Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 224 (*Lucchini*), waarin werd overwogen dat uit de rechtspraak blijkt dat – om de economische eenheid van vennootschappen aan te tonen – het innemen van sleutelposities in de beheersorganen (in de Engelse versie: 'management bodies') van verschillende vennootschappen een element is waarmee rekening moet worden gehouden. *Vide* voorts Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 213 (*vide* ook punt 228) (*Socitrel*), waarin is overwogen dat de vertegenwoordiging van de moedermaatschappij in de bestuursorganen (in de Engelse versie wederom: 'management bodies') van haar dochtermaatschappij relevant bewijs vormt dat eerstgenoemde beslissende invloed op het commerciële beleid van laatstgenoemde uitoefent. Dat, naar nationaal recht, de bestuurders van de moedermaatschappij haar niet vertegenwoordig(d)en als (toen) zij in het bestuur van haar dochtermaatschappij zetel(d)en, is niet ter zake dienend, waartoe redengevend is dat een vennootschap zich niet op een nationale regeling kan beroepen om aan de toepassing van de Unierechtsregels te ontsnappen, nu de in het Unierecht gehanteerde rechtsbegrippen in beginsel in de gehele Unie eenvormig moeten worden uitgelegd en toegepast; *vide* Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 243 (*Socitrel*). *Vide* mede HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 68 (*Portielje*), waarin werd overwogen dat een economische eenheid ook kan ontstaan door het bestaan van een 'personele vervlechting' tussen de juridische entiteiten die zulk een eenheid vormen.

216 Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 100 (*Toshiba*).

217 *Ibid.*

218 De Commissie behoeft zich niet uitsluitend op dat (bewijs)vermoeden te baseren; niets belet haar immers om door middel van (een combinatie van) andere bewijselementen en dat vermoeden aan te tonen dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed op haar dochtermaatschappij uitoefent. *Vide* HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 49 (*Alliance*).

die beslissende invloed vaststaat en zij die moedermaatschappij dan – zonder dat zij nog aanvullend bewijs behoeft aan te dragen – aansprakelijk mag stellen voor het (inbreukmakende) gedrag van die dochtermaatschappij en haar samen met die laatste hoofdelijk mag veroordelen tot betaling van de aan laatstgenoemde opgelegde geldboete,[219] tenzij de moedermaatschappij – en zij alleen – dat vermoeden weet te ontzenuwen door het overleggen van afdoende bewijzen die aantonen dat haar dochtermaatschappij haar marktgedrag (lees: commerciële beleid) zelfstandig bepaalt,[220] dat zij 'op bedrijfsvlak, maar ook op financieel vlak volledig zelfstandig kon handelen',[221] en zij dus samen geen economische eenheid – en bijgevolg geen onderneming in de zin van art. 101 of 102 VWEU – vormen.[222]

Om – in het kader van een eventueel, door de moedermaatschappij ingesteld, beroep tegen het boetebesluit van de Commissie – uit te maken of een dochtermaatschappij autonoom haar marktgedrag bepaalt, dient de Unierechter bij

219 *Vide* ook HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punten 57-58 en 60-61(*Akzo Nobel*). In een situatie waarin (a) de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij 'uitsluitend' is afgeleid van die van haar dochtermaatschappij en (b) het aan de moedermaatschappij verweten gedrag niet specifiek wordt gekenmerkt door enig ander element, kan de aansprakelijkheid van die moedermaatschappij niet verder gaan dan die van haar dochtermaatschappij; *vide* HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 38 (*Total*).

220 Dat het moeilijk is om in het kader van de weerlegging van het hier bedoelde vermoeden het noodzakelijke tegenbewijs te leveren, impliceert volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie op zich niet dat het evenbedoelde vermoeden *de facto* onweerlegbaar (*probatio diabolica*) is, met name niet wanneer de entiteiten waartegen het werkt, zelf het beste in staat zijn om dat bewijs in hun eigen activiteitensfeer te zoeken; *vide* HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 44 (*AlzChem*).

221 HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, punt 68 (*Eni*).

222 *Vide* HvJ EG 16 november 2000, C-286/98 P, punt 29 (*Stora*); GvEA EG 27 september 2006, T-314/01, punt 136 (*Avebe*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 60-61 (*Akzo Nobel*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 129-132 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punten 39-40 en 84-90 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punten 97-98 en 100 (*ArcelorMittal*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 56-57 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 40-41 (*Arkema*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 44 (*Bolloré*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 46-47 (*Alliance*); HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, punten 47-48, 63 en 67 (*Eni*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 40-41 (*Portielje*); HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 108-109 (*Schindler*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 45 (*EI du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 56 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 211-213, 216 en 221 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punten 54-58 en 102 (*Alstom*); Gerecht EU 12 december 2014, T-558/08, punten 284 en 290 (*Eni*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 120, 122-123 en 138 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punten 375-376, 382, 384, 386 en 390 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punten 201-203 en 237 (*Socitrel*); HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 36 (*Total*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 28-31 (*AlzChem*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punt 54 (*Parker*); HvJ EU 26 januari 2017, C-625/13 P, punt 147-148 (*Villeroy & Boch*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punten 54-55 (*Akzo Nobel*).

zijn beoordeling[223] daarvan niet alleen rekening te houden met de door partijen aangedragen factoren/(bewijs)elementen ten bewijze van de, al dan niet beslissende, invloed die de moedermaatschappij heeft uitgeoefend op (i) het prijsbeleid, (ii) de productie- en distributieactiviteiten, (iii) de verkoopdoelstellingen, (iv) de brutomarges, (v) de verkoopkosten, (vi) de *cashflow*, (vii) de voorraden en/of (viii) de marketing, welke alle aspecten van het commerciële beleid zijn, van haar dochtermaatschappij, maar ook met alle door hen aangedragen relevante factoren/(bewijs)elementen ter zake van de (verenigende) economische, organisatorische en juridische banden tussen deze twee juridische entiteiten, en dus met de economische realiteit, welke factoren naar hun aard en belang kunnen variëren naargelang de kenmerken van elke zaak en waarvan bijgevolg geen uitputtende lijst kan worden opgesteld.[224] Hierbij voegt zich dat de daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed kan worden afgeleid uit een reeks onderling overeenstemmende (bewijs)elementen, ook al volstaat geen van deze op zich om daarvan te kunnen spreken.[225]

223 Het Gerecht moet zijn beoordeling baseren op feiten die zich 'tijdens de inbreukperiode' hebben voorgedaan, onverminderd de mogelijkheid om rekening te houden met gegevens aangaande 'een eerdere periode, voor zover het kan aantonen dat deze gegevens relevant zijn voor de inbreukperiode en het de conclusies die uit de beoordeling van deze oudere gegevens voortvloeien niet automatisch toepast op de inbreukperiode'; *vide* HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 34 (*AlzChem*).

224 *Vide* GvEA EG 12 december 2007, T-112/05, punt 65 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 74 (*Akzo Nobel*), mede onder verwijzing naar punt 64 van de voornoemde uitspraak; HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 58 (*Elf*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 45 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punten 60 en 66 (*Portielje*); Gerecht EU 13 juli 2011, T-138/07, punt 86 (*Schindler*); HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 112 (*Schindler*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 43 (*EI du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 54 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 214, 218 en 221 (*Saint-Gobain*); GvEA 12 december 2014, T-558/08, punt 285 (*Eni*); HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P, punten 76 en 87 (*Del Monte*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 126 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 381 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 209 en 238 (*Socitrel*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 32-33 (*AlzChem*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punt 54 (*Parker*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punten 46 en 66 (*Toshiba*); HvJ EU 26 januari 2017, C-625/13 P, punt 148 (*Villeroy & Boch*). *Vide* ook HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 39 (*AlzChem*), alwaar het Hof van Justitie oordeelde dat de Unierechter bij zijn onderzoek of het vermoeden van daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed is weerlegd, 'alle overlegde bewijzen' in aanmerking moet nemen. In de Unierechtspraak worden veelal louter de economische, organisatorische en juridische banden genoemd. Maar *vide* bijvoorbeeld HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 58 (*Akzo Nobel*), waarin werd gesproken van 'inzonderheid gelet op' die banden, hetgeen ruimte laat voor het rekening houden met andere factoren.

225 *Vide* HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P, punt 77 (*Del Monte*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punt 47 (*Toshiba*).

Hieromtrent zij, duidelijkheidshalve, nog het volgende opgemerkt. Bij het kunnen toerekenen van het inbreukmakende gedrag van de dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij speelt blijkens de Unierechtspraak het begrip 'commercieel beleid' een (hele) belangrijke rol.[226] De moedermaatschappij moet, vanuit het perspectief van de Commissie, op dat beleid van haar dochtermaatschappij beslissende invloed uitoefenen dan wel, vanuit het perspectief van de moedermaatschappij, de dochtermaatschappij moet autonoom zijn in de bepaling daarvan. De vraag die in dit verband gesteld kan worden, is of bij de beoordeling daarvan moet worden uitgegaan van (1) het commerciële beleid in beperkte zin (dat beleid betreft louter het marktgedrag) of (2) het commerciële beleid in ruime zin (dat beleid is niet beperkt tot het marktgedrag).[227] Bestudering van uitspraken van de Unierechters, in onderling verband en samenhang, doet bij mij de indruk wekken dat met 'commercieel beleid' het 'marktgedrag' wordt bedoeld;[228] dat eerste vertaalt zich in dat laatste. Mij zijn geen uitspraken bekend die voeding geven aan de gedachte dat het begrip commercieel beleid ruimer is dan dat. Wat anders is, dat voor het kunnen toerekenen van het inbreukmakende gedrag van een dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij – waarvoor, het zij herhaald, sprake dient te zijn van één economische eenheid, van één onderneming – het niet zelfstandig kunnen bepalen van het commerciële beleid – en daarmee dus: van het marktgedrag – zijdens eerstgenoemde slechts *een*, maar wel een (hele) belangrijke (!), aanwijzing is;[229] er kunnen ook meer of andere zijn. Waar het uiteindelijk om gaat, is dat de moeder- en haar dochtermaatschappij samen één onderneming in de zin van art. 101/102 VWEU vormen.

---

226 *Vide* bijvoorbeeld GvEA EG 12 december 2007, T-112/05, punten 62, 64, 67 en 80 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 102-103 (*Alliance*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 212, 213, 222-223, 239, 241-242, 310-311 en 450 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 122-123, 127 en 144 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 202-203, 210, 213, 228 en 248 (*Socitrel*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 121 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 36 (*AlzChem*).

227 *Vide* voetnoot 230 *infra*.

228 *Vide* bijvoorbeeld GvEA EG 12 december 2007, T-112/05, punten 58, 62 en 67 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 60-61 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punten 54, 57-58 (*Elf*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punten 43, 45-47 en 102-103 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punten 38 en 40-41 (*Portielje*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 68-69 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 213, 221-222, 237, 239, 241-243, 309-310 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 122 en 126-127 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 376 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 202, 209-210 en 248 (*Socitrel*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punten 96-97, 100-101, 117 en 120 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punten 27, 29, 33 en 36 (*AlzChem*).

229 *Vide* voetnoot 196 *supra*.

Vervolgens dient zich aan of bij de beantwoording van de vraag, de toetsing, of de dochtermaatschappij haar marktgedrag autonoom bepaalt, uitsluitend de – in de macht of invloedssfeer van haar moedermaatschappij gelegen – factoren aangaande het hierboven onder (i)-(viii) genoemde, de factoren die op directe wijze inwerken op (bepaalde aspecten van) het commerciële beleid en daarmee op het marktgedrag, in aanmerking moeten worden genomen (enge opvatting) of mede rekening moet worden gehouden met de – wederom: in de macht of invloedssfeer van haar moedermaatschappij gelegen – factoren betreffende de hogerbedoelde banden tussen hen beide, de factoren die op indirecte wijze inwerken op (bepaalde aspecten van) het commerciële beleid en daarmee op het marktgedrag (ruime opvatting).[230] Zoals reeds eerder is gezegd, is dat laatste, zo volgt uit de Unierechtspraak, het geval. Men houde hierbij evenwel voor ogen dat, anders dan sommige uitspraken van het Gerecht lijken te suggereren,[231] de ruime opvatting op dát punt níét erop wijst dat de Unierechter het commerciële beleid in ruime zin beoordeelt; het gaat immers in het kader van het

230 *Vide* daaromtrent HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 66-70 (*Akzo Nobel*).

231 *Vide* Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 127 en 144 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 210 en 248 (*Socitrel*). *Vide* tevens Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 121 (*Toshiba*). *Vide* ook GvEA EG 12 december 2007, T-112/05, punt 63-65 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 67-69 (*Akzo Nobel*); conclusie, onder 86 en 89, van A-G Kokott bij het hiervoor genoemde arrest van het Hof van Justitie inzake *Akzo Nobel*; Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 62 (*EI du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 77 (*The Dow*). In HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 112 (*Schindler*) overwoog het Hof van Justitie dat, om uit te maken of een dochtermaatschappij zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, rekening moet worden gehouden met alle relevante factoren aangaande de economische, organisatorische en juridische banden tussen deze en haar moedermaatschappij en dat het commerciële beleid 'dus' slechts een van de betrokken factoren is en deze behoeft bovendien niet 'restrictief' te worden uitgelegd. Deze Unierechter hanteert hiermee een andere benaderingswijze dan ik, aangezien hij, in het kader van de beantwoording van vraag of een dochtermaatschappij autonoom haar marktgedrag bepaalt, het commerciële beleid slechts als een 'factor' naast die ter zake van de vorenbedoelde banden ziet terwijl ik dat beleid juist níét als zodanig zie. Mijns inziens ziet het commerciële beleid echter op, of, zuiverder uitgedrukt, vertaalt zich in, (het) gedrag van een vennootschap op een bepaalde markt. Het gaat in de door mij voorgestane benadering, zo begrijp ik de Unierechtspraak ook, dan ook om de beantwoording van de vraag of een dochtermaatschappij haar commerciële beleid – en daarmee haar marktgedrag – autonoom bepaalt, bij de beantwoording waarvan de factoren zoals die ter zake van de eerdergenoemde banden in aanmerking moeten worden genomen. Wat betreft het niet restrictief uitleggen van het begrip 'commerciële beleid', houdt dat kennelijk verband met de discussie naar aanleiding van de *Akzo Nobel*-zaak (*vide* het hierboven aangehaalde), te weten of er bij de beoordeling van de voormelde vraag alleen rekening moet worden gehouden met factoren betreffende het prijsbeleid, de brutomarges, de marketing, etc., of dat er ook rekening moet worden gehouden met die ter zake van de hier bedoelde banden. In die zaak is door het Hof van Justitie uitgemaakt dat dat laatste het geval is. Ik lees daarin evenwel niet een keuze voor een ruime of beperkte opvatting aangaande het begrip commerciële beleid. Het gaat om de beoordeling van het commerciële beleid *sensu stricto*, namelijk het marktgedrag. Dat bij de beoordeling daarvan al dan niet een waaijer aan factoren in aanmerking moet worden genomen, brengt daarin geen verandering, nu de vraag naar de draagwijdte van het begrip 'commercieel beleid' onderscheiden moet worden

toerekeningsvraagstuk – nog steeds – om de mate van invloed op (uiteindelijk) het marktgedrag van de inbreukmaker, en dus om het commerciële beleid in beperkte zin,[232] zij het dat, zo breng ik in herinnering, 'het marktgedrag van de dochteronderneming niet de enige factor kan zijn op grond waarvan de moedermaatschappij aansprakelijk kan worden gesteld, maar is het slechts een van de aanwijzingen voor het bestaan van een economische eenheid'.[233]

Tot – zo moet kennelijk 's Gerechts uitspraken worden verstaan –[234] met name de factoren aangaande het onder (i)-(viii) genoemde mag de bovenbedoelde toetsing van de Unierechter dan ook niet beperkt blijven, zodat het vermoeden van de uitoefening van beslissende zeggenschap inzonderheid niet door de moedermaatschappij kan worden weerlegd door enkel aan te tonen dat haar dochtermaatschappij die specifieke aspecten van haar commerciële beleid beheert zonder te dier zake instructies te ontvangen.[235] De door de moedermaatschappij uitgeoefende beslissende invloed op het commerciële beleid van haar dochtermaatschappij behoeft immers niet noodzakelijkerwijs te blijken uit concrete instructies,[236] richtlijnen of inspraakbevoegdheden ter zake van, kennelijk, het hiervoor onder (i)-(viii) genoemde, en bijgevolg kan de autonomie van de dochtermaatschappij niet noodzakelijkerwijs worden opgemaakt uit de afwezigheid van die instructies, nu zij ook daarzonder beslissende invloed daarop kan uitoefenen; dergelijke instructies zijn enkel een bijzonder duidelijke aanwijzing

van de vraag naar de reikwijdte van de factoren die bij de beoordeling daarvan in aanmerking moeten worden genomen. Eerst komt de eerstbedoelde vraag aan de orde, waarop het antwoord luidt dat die beperkt is, namelijk louter marktgedrag, en vervolgens de laatstbedoelde, waarop het antwoord luidt dat die ruim is, namelijk mede factoren aangaande de bovenbedoelde banden.

232 *Vide* bijvoorbeeld GvEA EG 12 december 2007, T-112/05, punten 58 en 67 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punten 58, 61 en 72-74 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punten 38 en 42 (*Portielje*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punten 93, 95-97, 100, 117 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 33 (*AlzChem*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punten 51 en 53-54 (*Parker*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punten 45-46, 49-51 en 66 (*Toshiba*). *Vide* ook de conclusie, onder 86 *et seq.*, van A-G Kokott bij HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P (*Akzo Nobel*).

233 HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 73 (*Akzo Nobel*).

234 *Vide* voetnoot 231 *supra*.

235 *Vide* Gerecht EU 16 juni 2011, T-197/06, punt 105 (*FMC*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 127 en 144 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 210 en 248 (*Socitrel*).

236 Als door de moedermaatschappij aan haar dochtermaatschappij instructies worden gegeven, dan is het niet nodig dat laatstgenoemde álle instructies van eerstgenoemde opvolgt om het bestaan van een beslissende invloed aan te tonen, zolang het maar niet de regel is dat zij níét worden opgevolgd; *vide* HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P, punt 96 (*Del Monte*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 41 (*AlzChem*). *Vide* ook Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 129 (*Hit*) en Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 212 (*Socitrel*), waarin het Gerecht overwoog dat het feit dat uit geen enkel dossierstuk blijkt dat de moedermaatschappij enige instructie, of aanbeveling, aan haar dochtermaatschappij heeft gegeven, niet kan bewijzen dat die niet heeft bestaan.

voor het bestaan van die invloed.[237] Dat binnen een groep een uniform commercieel beleid wordt gevoerd, kan mede, op indirecte wijze, worden afgeleid uit het geheel van economische, (organisatorische?) en juridische banden die de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij doen verenigen.[238] Zo kan de invloed van de voorlaatstbedoelde op de laatstbedoelde ten aanzien van (a) de strategie van de onderneming, (b) het ondernemingsbeleid, (c) de ondernemingsplannen, (d) de investeringen, (e) de capaciteiten, (f) de financiële middelen, (g) het personeel en (h) de juridische aangelegenheden indirect effecten hebben op het marktgedrag van deze en van de gehele groep.[239]

Kortom, de moedermaatschappij kan op diverse wijzen, direct of indirect, op een tal van terreinen, zowel die onder het commerciële beleid vallen (zie het genoemde onder (i)-(viii)) als die daarbuiten vallen (*vide* het genoemde onder (a)-(h)), en met behulp van verschillende middelen, waaronder inzonderheid instructies, invloed uitoefenen op het commerciële beleid – en daarmee het marktgedrag – van haar dochtermaatschappij. Waar het uiteindelijk om draait, is of de moedermaatschappij op grond van de mate van invloed het 'gedrag' – naar, gezien de context, kennelijk wordt bedoeld, althans mede onder wordt verstaan: het 'marktgedrag' (die woorden worden door de Unierechter(s) dikwijls door elkaar heen gebruikt) –[240] van haar dochtermaatschappij dusdanig kan sturen – en kennelijk: stuurt – dat zij beide als één economische eenheid, en bijgevolg, zo voeg ik toe, één onderneming in de zin van art. 101 of 102 VWEU, moeten worden beschouwd.[241]

Overigens breng ik nog onder de aandacht dat (i) de enkele omstandigheid dat de moedermaatschappij een (niet-operationele) holding(company) is, niet volstaat om uit te sluiten (om het vermoeden te weerleggen) dat zij beslissende invloed op haar dochtermaatschappij heeft uitgeoefend, nu, in de context van een groep van ondernemingen, een holding een onderneming is die deelnemingen in verschillende vennootschappen tracht te groeperen en tot taak heeft ervoor te zorgen dat zij, met name door de zeggenschap over de (financiële?) middelen, onder één bestuur staan,[242] en (ii)

237 *Vide* Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 62 (*EI du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 77 (*The Dow*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 121 (*Toshiba*).

238 *Ibid.*

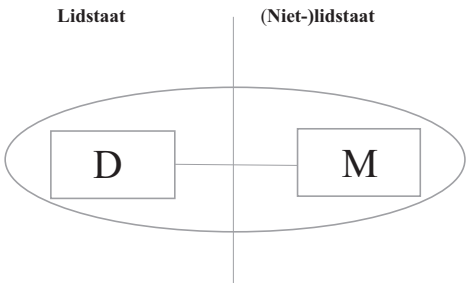
239 *Ibid.*

240 *Vide* bijvoorbeeld HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punten 58, 60, 61, 63 en 72-74 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punten 54, 56-58 en 60 (*Elf*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 62 (*EI du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 77 (*The Dow*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punten 43 en 45-46 (*Alliance*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punten 95-97 en 100 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 29 (*AlzChem*).

241 *Vide* Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 62 (*EI du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 77 (*The Dow*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 121 (*Toshiba*).

242 Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 125 en 140 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 395-396 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 208 en 240 (*Socitrel*).

voor de toerekening van een inbreuk op art. 101 VWEU aan een onderneming (lees: dochter- of moedermaatschappij) geen handelen of zelfs kennis van de 'vennoten' of de voornaamste 'beheerders' ('managers') van de bij de inbreuk betrokken onderneming vereist, maar volstaat het handelen van iemand die 'gerechtigd is om voor rekening van de onderneming te handelen'.[243]



Twee juridische entiteiten die gezamenlijk één onderneming vormen

2.5 Tussenconclusie

In de economische werkelijkheid is het concern uitgegroeid tot de meest voorkomende ondernemingsvorm. Desondanks neemt het Nederlandse ondernemingsrecht als neergelegd in Boek 2 BW – nog steeds – de enkelvoudige, in zowel juridisch als economisch opzicht autonoom functionerende, vennootschap tot uitgangspunt. Zulks brengt (in beginsel) mee dat een door een juridische bril bekeken concern wordt gezien als een verzameling van dergelijke vennootschappen. De focus wordt dus in de juridische werkelijkheid gelegd op de afzonderlijke componenten (er wordt m.a.w. door het concern heen gekeken). Het bezwaarlijke aan deze rechtspersoongerichte benadering is echter dat daarmee geheel en al wordt miskend dat (onderhorige) groepsmaatschappijen geen afzonderlijk, geïsoleerd bestaan (meer) leiden, maar op allerlei manieren verbonden zijn met elkaar en gezamenlijk – onder (de centrale) leiding van de moedermaatschappij – één (geïntegreerde) onderneming vormen. De juridische werkelijkheid en de economische werkelijkheid sluiten (in zoverre) dus niet bij elkaar aan. Het ondernemingsrecht kijkt door een ouderwetse lens naar het concern. Mijns inziens zou de focus op het (tot) een geheel (samengevoegde) moeten worden gelegd: een concernbenadering.

243 *Vide* Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 410-411 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 252 (*Socitrel*).

Het uit elkaar lopen van de twee voornoemde werkelijkheden geldt ook, als in het verlengde liggende van het hierboven genoemde uitgangspunt, met betrekking tot de bestuursautonomie en het vennootschappelijk belang. Volgens het recht is het bestuur in beginsel privatief bevoegd in het besturen, waaronder begrepen het bepalen van de strategie en het beleid, van een vennootschap, waarbij het zich naar haar belang moet richten. Maakt zij als dochtermaatschappij deel uit van een concern, dan moet het bestuur daarvan, zo ziet de economische werkelijkheid eruit, opereren binnen het door de door de moedermaatschappij – als onderdeel van de uitoefening van, het wezenlijk voor een concern zijnde element, centrale leiding – gecreëerde, en (mede) uit de concernstrategie en het concernbeleid bestaande, kader. Ook moet het – in het licht van het concernbelang – daarbinnen het vennootschappelijk belang dienen. Het probleem is echter dat de bestuursautonomie en het (concern)element centrale leiding contrair aan elkaar zijn en dat het vennootschappelijk belang strijdig kan zijn met het concernbelang. Alsdan is het van tweeën één. Gelet hierop dat de moedermaatschappij velerlei – uit het concernverband voortvloeiende – middelen, van juridische, organisatorische en economische/financiële aard, ten dienste staan om eventueel recalcitrant gedrag van (het bestuur van) een dochtermaatschappij, zoals het buiten het geschapen kader treden of in strijd handelen met het concernbelang, te onderdrukken, is van werkelijke bestuursautonomie geen sprake en gaat in beginsel, in geval van belangenstrijd, het collectieve (concern)belang voor het individuele (vennootschappelijk) belang. De economische werkelijkheid breekt aldus door de juridische werkelijkheid heen, zodat een concern kan bestaan en (naar behoren) kan functioneren.

Er is een uitstap gemaakt naar het Europese mededingingsrecht. Daarin komen wij in art. 101 en 102 VWEU het begrip 'onderneming' (lees: concern) tegen. Indien een dochtermaatschappij inbreuk pleegt op mededingingsregels van de Unie, dan kan de Commissie een boete opleggen aan de moedermaatschappij als zij samen met die inbreukpleegster een onderneming in de zin van de voornoemde artikelen vormt – waarbij (1) niet behoeft te worden aangetoond dat die moedermaatschappij (a) zelf bij de inbreuk betrokken was, (b) haar dochtermaatschappij tot het plegen van de inbreuk aanzette of (c) van de door haar dochtermaatschappij gepleegde inbreuk op de hoogte was en (2) het van geen belang is (a) of zij zelf aan het begrip 'onderneming' in de hier bedoelde zin beantwoordt en (b) waar zij haar statutaire zetel (binnen of buiten de EU) heeft – nu in dat geval geacht kan worden dat die moedermaatschappij net als haar dochtermaatschappij aan de inbreuk heeft deelgenomen. De eigen rechtspersoonlijkheid van die laatste kan dat niet verhinderen. De focus wordt in het Europese mededingingsrecht dus op het geheel gelegd. Daarbij wordt gekeken naar de economische werkelijkheid,[244] in het bijzonder de economische, organisatorische en juridische banden die de betrokken juridische entiteiten doen verenigen. Ik kan dit alleen maar verwelkomen.

244 Volgens Storm gaat het bij het kartelrechtelijke begrip onderneming 'geheel en al om de economische (en politieke) werkelijkheid'; *vide* voetnoot 164 *supra*. Wat de economische werkelijkheid betreft, lijkt het daar, gezien de onderzochte rechtspraak, wel op, ja.

Deel II

IUS CONSTITUTUM

Hoofdstuk 3

INLEIDING

De enquêteregeling als neergelegd in afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 BW neemt de separate, enkelvoudige rechtspersoon tot uitgangspunt,[1] hetwelk reeds blijkt uit art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW, waarin wordt gesproken van het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van 'een rechtspersoon' (enkelvoud).[2] Zulks brengt mee dat de verzoeker niet bevoegd is mede een enquête bij een dochtermaatschappij van 'zijn' vennootschap uit te lokken (hij is daartoe niet 'enquêtebevoegd' of 'enquêtegerechtigd'), omdat hij, uitzonderingen daargelaten, in haar geplaatste kapitaal geen (certificaten van) aandelen zal houden.

Hierin kwam echter definitief verandering met de komst van 's Hogen Raads *Landis*-beschikking.[3] Daarin heeft de cassatierechter namelijk gesanctioneerd dat houders van (certificaten van) aandelen, onder bepaalde omstandigheden, bevoegdelijk kunnen verzoeken om een zogenoemde 'concerngenotenenquête' (*vide* nader § 1.4). Niettegenstaande de mogelijkheid daartoe, laat zulks onverlet dat onze enquêteregeling is toegespitst op de enkelvoudige te enquêteren vennootschap. Dit roept de vraag op hoe de daarin opgenomen bepalingen moeten worden uitgelegd en

---

1 *Vide* ook de noot, onder 3, van Boukema bij hof Amsterdam (OK) 26 januari 1978, rekestnr. 6/77, *TVVS* 1978/8, p. 251-252, m.nt. C.A. Boukema (*Vermeulen Epe*); C.Æ. Uniken Venema, 'Enquêterecht en groepsverhoudingen', in: R.C.J. Galle en M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Na twintig jaar Boek 2 BW*, Schoordijk Instituut, Center for Company Law, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 182-183; Asser/Maeijer 2-III 2000/522; A.F.M. Dorresteijn, 'Rechtspraakoverzicht enquêterecht 2002', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72, Deventer: Kluwer 2003, p. 18; Geerts 2004, *op. cit.*, p. 115.

2 *Vide* ook voetnoot 248 (*i.f.*) van hoofdstuk 7. Weliswaar kan de Ondernemingskamer desverzocht een onderzoeker machtigen tot onder andere het raadplegen van boeken e.d. van een 'nauw verbonden' rechtspersoon, wat een groepsmaatschappij kan zijn (*vide* § 2.1 (voetnoot 6)), maar daarmee wordt deze echter geen voorwerp van onderzoek; te zijnen aanzien kunnen geen (onmiddellijke) voorzieningen worden getroffen en evenmin wanbeleid worden vastgesteld. Aldus kennelijk ook Geerts 2004, *op. cit.*, p. 115-116.

3 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*).

toegepast ingeval er wordt verzocht om, feitelijk, een onderzoek bij (een deel van) een concern.[4] Zonder (voorstel tot) wetswijzing, die (op dit moment) ontbreekt, ligt het mijns inziens in de rede om zulk een verzoek zoveel mogelijk conform de (bepalingen van de) thans vigerende enquêteregeling te behandelen,[5] en wel aldus dat niet naar het (tot een) economisch geheel (samengevoegde) wordt gekeken in dezer voege dat de Ondernemingskamer (het beleid en de gang van zaken van) de te enquêteren groepsmaatschappijen in onderling verband en samenhang beschouwt, maar er, voor de toepassing van die regeling, door het concern heen wordt gekeken teneinde de individuele groepsmaatschappijen te zien en (het beleid en de gang van zaken van) deze vervolgens op zichzelf (geïsoleerd) door haar worden beschouwd. Een rechtspersoongerichte benadering dus.

In dit deel zal ik nagaan hoe, volgens het geldende recht, de Ondernemingskamer het enquêterecht in concernverhoudingen uitlegt en toepast, waarbij ik, uiteraard, eveneens de relevante jurisprudentie van de Hoge Raad zal betrekken. Bij deze bespreking zal ik mij richten op successievelijk verzoek, oproeping en verweer (hoofdstuk 4), buitenlandse groepsmaatschappijen (hoofdstuk 5), kenbaarmaking van bezwaren (hoofdstuk 6), enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen (hoofdstuk 7), gegronde redenen (hoofdstuk 8), onderzoekskosten, schadevergoeding en kostenverhaal (hoofdstuk 9), en wanbeleid en voorzieningen (hoofdstuk 10).

4 *Vide* ook S.M. Bartman, 'De concernenquête na Landis', *WPNR* 2005/6628, p. 554 *et seq.*; P.G.F.A. Geerts, 'Kroniek enquêterecht 2005', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en 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. 15; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 297 *et seq*.

5 *Vide* in die richting ook de conclusie, onder 2.15, van A-G Timmerman bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*), waarin hij het volgende opmerkte: 'Het bepalen van de kring van gevallen waarin een concernenquete [*sic*] toegelaten is, is een lastig vraagstuk. Ik meen dat een benadering in de rede ligt *die bij de geldende wettelijke bepalingen zoveel mogelijk aansluit* [curs. RPJ].'

Hoofdstuk 4

VERZOEK, OPROEPING EN VERWEER

Op de procedure die wordt ingeleid met een verzoek als bedoeld in art. 2:345, eerste lid, BW, zijn de bepalingen van de verzoekschriftprocedure (art. 261 *et seq*. Rv) van toepassing,[1] voor zover uit de wet niet anders voortvloeit, alsmede is art. 995, tweede en derde lid, BW daarop van toepassing.[2]

Dit betekent dat op de voet van art. 278, eerste lid, Rv het verzoekschrift een duidelijke omschrijving van (de gronden waarop) het enquêteverzoek (berust) moet bevatten, alsook dat daarin krachtens art. 995, tweede lid, Rv de naam en de woonplaats van de rechtspersoon moeten worden vermeld.[3] Een en ander versta ik te dezen aldus dat (a) in de kop van het verzoekschrift de namen en woonplaatsen van de groepsmaatschappijen waartegen de enquêteprocedure zich richt (de 'gerekestreerden', 'verweersters',[4] of

---

1 *Vide* HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2012/141, m.nt. M.W. Josephus Jitta en T. Barkhuysen, r.o. 4.1.3 (*e-Traction*).

2 Aldus ook B. Winters, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:345 BW, aant. C.1; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 806.

3 *Vide* ook F. Veenstra, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:345 BW, aant. 1.6. Overigens, in art. 995, tweede lid, Rv staat 'onverminderd het in artikel 278 bepaalde'. Daaruit volgt dat de inhoud van het laatstgenoemde artikel naast de eis van het eerstgenoemde artikel geldt; *vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 995 Rv, aant. 12.

4 De op de behandeling van een art. 2:345 BW-verzoek van toepassing zijnde procedureregels maken slechts onderscheid tussen 'verzoekers' en 'belanghebbenden', waartoe ook behoort de rechtspersoon naar wiens beleid en gang van zaken een onderzoek wordt verzocht, maar de Ondernemingskamer pleegt, kennelijk om de te enquêteren rechtspersoon te onderscheiden van andere belanghebbenden en ongeacht of deze al dan niet zijn verschenen, de rechtspersoon/belanghebbende (lees: de te enquêteren rechtspersoon) aan te duiden als 'verweerster', hetgeen niet afdoet aan de juistheid of begrijpelijkheid van haar beschikking; *vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.1 (*Landis*). *Vide* ook de conclusie, onder 2.1-2.5, van A-G Timmerman bij deze beschikking. Overigens zal ik – in navolging van de Ondernemingskamer – gemakshalve de naam van de te enquêteren vennootschap, alsook de naam van de indiener van het enquêteverzoek als dat een vennootschap is, als vrouwelijk beschouwen, hoewel, taalkundig gezien, bedrijfsnamen in beginsel onzijdig zijn. Bij wijze van voorbeeld: Pepsi is dus een 'verweerster', terwijl dat strikt genomen een 'verweerder' is. Opname daarachter van 'N.V' maakt dat niet anders. Wel als vóór de naam Pepsi 'nv' of 'vennootschap' zou staan.

'enquêtesubjecten'[5]), moeten worden opgenomen, (b) in het lichaam van het verzoekschrift uiteen moet worden gezet dat en waarom er bij de onder (a) bedoelde groepsmaatschappijen sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid en/of een juiste gang van zaken te twijfelen en (c) in het petitum van het verzoekschrift de Ondernemingskamer wordt verzocht om een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de onder (a) en (b) bedoelde groepsmaatschappijen.

> Hierbij realisere men zich dat indien de Ondernemingskamer wordt verzocht een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van groepsmaatschappijen X, Y en Z, er weliswaar in dit verband wordt gesproken van een 'concern(genoten)enquête*verzoek*' (enkelvoud), en ook de Ondernemingskamer in dit verband in haar beschikkingspraktijk pleegt te spreken van een 'verzoek', want het betreft feitelijk een verzoek om een onderzoek bij (een deel van) een concern, maar dit juridisch drie (aparte) art. 2:345, eerste lid, BW-verzoeken zijn die feitelijk tot één verzoek, neergelegd in één verzoekschrift, zijn samengesmolten, wat verband houdt met de opzet van de huidige enquêteregeling, die uitgaat van een verzoek om een onderzoek bij een enkelvoudige rechtspersoon (*vide* nader § 1.4 en hoofdstuk 3).[6]

---

5 *Vide* ook Bartmans noot, onder 4, bij hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *JOR* 2009/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2009/13, m.nt. S.M. Bartman (*Fortis*). *Vide* mede Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 283-284.

6 De Ondernemingskamer pleegt in haar beschikkingspraktijk in geval van een concerngenotenenquêteverzoek te spreken van het 'verzoek' (enkelvoud). Dan ligt het in de rede dat het *aut omnia, aut nihil* is, zou ik menen, in de zin dat de verzoeker daarin wél of níét kan worden ontvangen dan wel het verzoek wordt toegewezen of afgewezen (ik laat hier de situatie waarin er een gezamenlijk verzoek is gedaan, rusten; *vide* daaromtrent HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/286, m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 3.3 en 3.6.2 (*Emba*) alsmede de conclusie, onder 4.16, van A-G Timmerman bij HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/286, m.nt. R.G.J. de Haan (*Emba*) en zijn conclusie, onder 3.5, bij HR 30 maart 2012, *NJ* 2012/423, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2012/142, m.nt. B. Winters (*ASMI*)). Aldus ook, met betrekking tot dat eerste, A-G Timmerman in zijn conclusie, onder 4.51 (2e al.), bij HR 4 november 2016, *NJ* 2017/74, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2017/1, m.nt. K. Spruitenburg, *JIN* 2017/31, m.nt. P. Haas (*SNS*), alwaar hij opmerkte dat 'er in het kader van de beoordeling van de ontvankelijkheid maar twee smaken [zijn]. De verzoeker is óf wel, óf niet ontvankelijk. Voor een gedeeltelijke of geclausuleerde ontvankelijkheid, waarvoor de Staat c.s. lijken te pleiten, zie ik geen grond'. Niettemin pleegt de Ondernemingskamer in het hier bedoelde geval te spreken van 'voor zover het verzoek gericht is tegen', of iets in dien aard, kan de verzoeker niet in zijn verzoek worden ontvangen dan wel dat zijn verzoek niet (in zoverre dus) voor toewijzing in aanmerking kan komen. Het voorgaande valt niet anders met elkaar te verenigen dan dat de Ondernemingskamer het verzoek om een concerngenotenenquête enerzijds (*de facto*) als één verzoek behandelt, maar anderzijds (*de iure*) als een stapeling van twee of meer art. 2:345, eerste lid, BW-verzoeken. Dat laatste sluit, zoals gezegd, aan bij de opzet van de huidige enquêteregeling, waarin de enkelvoudige rechtspersoon tot uitgangspunt wordt genomen. In feitelijke zin betreft het een *onderzoek* bij (een deel van) een concern waarbij past het feitelijk doen van een concern(genoten)enquête*verzoek*, maar in juridische zin betreffen het *onderzoeken* bij individuele rechtspersonen (lees: groepsmaatschappijen) waarbij past het juridisch doen van twee of meer art. 2:345, eerste lid, BW-*verzoeken*.

Het voorgaande wordt bij tijd en wijle door verzoekers uit het oog verloren, gezien de opname van vage en juridisch onzuiver geformuleerde verzoeken, alsmede door incongruenties in het verzoekschrift.[7] Zo ben ik in de jurisprudentie van de Ondernemingskamer met enige regelmaat verzoeken om een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van een bepaalde moedermaatschappij en van 'haar dochtervennootschappen', of iets in dien aard, tegengekomen.[8] Dit is echter niet zonder risico: als in het verzoekschrift niet duidelijk wordt gemaakt wie die 'dochtervennootschappen' zijn, dan kan de verzoeker namelijk in zoverre niet in zijn verzoek worden ontvangen. Exemplarisch is de *Naaykens*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer het volgende overwoog:

> '4.3 Wat het verzoek betreft voor zover het betrekking heeft op "alle met verweersteres nauw verbonden rechtspersonen en/of vennootschappen in de zin van artikel 2:351 lid 2 BW" geldt dat verzoekster eveneens niet ontvankelijk dient te worden verklaard (…) *vanwege de te algemene en te weinig specifieke en daarmee te weinig heldere formulering van het verzoek* [curs. RPJ] (…). (…).'[9]

---

7 *Vide* ook P.M. Storm, 'Kroniek enquêterecht 2007', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 97, Deventer: Kluwer 2008, p. 11-12; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 982-983; P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 55-56.

8 *Vide e.g.* hof Amsterdam (OK) 21 oktober 1999, rekestnr. 901/99, r.o. 1.1 (*Burggraaff*); hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 1.1 (*Bot Bouw*); hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56, r.o. 1.1 (*Tactron*); hof Amsterdam (OK) 10 januari 2002, *ARO* 2002/7, r.o. 1.1 (*Broadnet*); hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 1.1 (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34, r.o. 1.1 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 6 januari 2006, *JOR* 2006/69, m.nt. R.G.J. Nowak, r.o. 1.1 (*Mondoor*); hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, *ARO* 2006/73, r.o. 1.1 (*Drukkerij Bevrijding*); hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, *ARO* 2006/132, r.o. 1.1 (*Selles*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/171, r.o. 1.1 (*Makelaarskantoor H. Post*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172, r.o. 1.1 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2008, *ARO* 2008/48, r.o. 1.1 (*Ambaflex*); hof Amsterdam (OK) 20 januari 2009, *ARO* 2009/15, r.o. 1.1 (*Barcofra*); hof Amsterdam (OK) 6 februari 2009, *ARO* 2009/34, r.o. 1.1 (*Dutch Megapower*); hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2009, *ARO* 2009/160, r.o. 1.1 (*DWS*); hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98, r.o. 1.2 (*RVDD*); hof Amsterdam (OK) 5 maart 2015, *ARO* 2015/100, r.o. 1.2 (*Distilleries Group Toorank*).

9 Hof Amsterdam (OK) 30 december 1999, rekestnr. 816/99 (*Naaykens*). De Ondernemingskamer is zelf ook niet altijd even duidelijk door in het dictum van hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*), hof Amsterdam (OK) 15 maart 2001, rekestnrs. 182/2001 en 204/2001, *JOR* 2001/108 (*Skagerak Projekten*), hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, *JOR* 2002/112, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Broadnet*) en van hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*) te spreken van respectievelijk 'van de dochtervennootschappen wier aandelenkapitaal zij volledig houdt', 'alle aan deze vennootschappen nauw verbonden rechtspersonen en vennootschappen', 'haar dochtervennootschappen' en 'de met haar verbonden vennootschappen', waarbij ook nog eens komt dat uit de tweede beschikking en de derde beschikking niet blijkt hoe (al) die

Ook wordt weleens de term 'onderneming' in het verzoek gebezigd.[10] Zulks is echter niet zuiver. Het enquêterecht is immers, zoals reeds blijkt uit het bepaalde in art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW *iuncto* art. 2:344 BW, gericht op de rechtspersoon als zodanig.[11] Dat die ondernemingen kunnen drijven en hun beleid en gang van zaken voor hen gevolgen kan hebben, doet aan het zo-even genoemde uitgangspunt niet af. Zulks leidt ertoe dat als het verzoek op het punt van de 'onderneming' niet gespecificeerd is in de zin dat deze (mede) bestaat uit, of (mede) wordt gedreven door, een of meer concreet aangeduide dochtermaatschappijen, de verzoeker in zoverre in zijn verzoek niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

Een voorbeeld waarin kennelijk vaagheden en incongruenties voorkwamen, betreft het verzoekschrift inzake Fortis N.V.[12] Uit de *Fortis*-beschikking blijkt dat (1) werd verzocht om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Fortis N.V. 'en de met haar in een groep verbonden vennootschappen', (2) het verzoekschrift slechts Fortis N.V. als gerekestreerde vermeldde en (3) (in het verzoekschrift) geen bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van andere vennootschappen dan Fortis N.V. waren geuit. Hoewel de Ondernemingskamer volstond met de overweging dat het te bevelen onderzoek daarom enkel Fortis N.V. zou betreffen, had zij de verzoekers in mijn optiek in hun verzoek niet-ontvankelijk moeten verklaren

vennootschappen en/of rechtspersonen heten. Dit is onwenselijk. De Ondernemingskamer dient (naar huidig recht) in het dictum van haar beschikking, mede ten behoeve van de onderzoeker, die zich (mede) daarop zal oriënteren in het kader van zijn onderzoeksopdracht, de namen van alle groepsmaatschappijen naar wie hun beleid en gang van zaken zij een onderzoek gelast, op te nemen.

10 *Vide e.g.* hof Amsterdam (OK) 22 december 1983, *NJ* 1985/383, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 1.1 (*Ogem*); hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, *ARO* 2006/58, r.o. 1.1 (*CDG*); hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 1.1 (*Van Doorn*); hof Amsterdam (OK) 20 januari 2009, *ARO* 2009/15, r.o. 1.1 (*Barcofra*); hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180, r.o. 1.2 (*FazandtGroep*).

11 Op die lijn zit ook SER-advies 1988, p. 64, alwaar werd opgemerkt dat het Nederlandse enquêterecht is vastgehecht aan (een viertal soorten Nederlandse) rechtspersonen als zodanig en niet mede aan hun ondernemingen, zo die worden gedreven, lijkt mij. Voorts wijs ik op HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/147, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/126, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3 (*Zeelandia*), waarin de cassatierechter overwoog dat slechts de in art. 2:344 BW aangewezen rechtspersonen voorwerp van onderzoek kunnen zijn. *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53, r.o. 3.1 (*Kalf-Valk*).

12 *Vide* hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *JOR* 2009/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2009/13, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 1.1 en 3.17 (*Fortis*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53, r.o. 3.1 (*Kalf-Valk*); hof Amsterdam (OK) 20 januari 2009, *ARO* 2009/15, r.o. 1.1 en 3.12 (*Barcofra*).

voor zover het gericht was op de 'met haar in een groep verbonden vennootschappen'. Los daarvan, kan met het resultaat worden ingestemd: die vennootschappen konden in het onderhavige geval niet de status van enquêtesubject krijgen.[13]

Na indiening van een, al dan niet gezamenlijk, verzoekschrift[14] met daarin het verzoek tot het gelasten van een concerngenotenenquête (lees: twee of meer art. 2:345, eerste lid, BW-verzoeken), een en ander conform het hierboven onder (a), (b) en (c) genoemde, dient de Ondernemingskamer, indachtig het beginsel *audi et alteram partem* of, anders gezegd, *audiatur et altera pars*, op de voet van art. 995, derde lid, Rv álle te enquêteren vennootschappen op te roepen voor de behandeling van het verzoek ter – in beginsel: openbare (*vide* art. 27 Rv) –[15] terechtzitting,[16] én hen in de gelegenheid te stellen verweer te voeren (*vide* art. 282, eerste lid, Rv *iuncto*

13 Evenzo Bartman in zijn noot, onder 5, bij hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *JOR* 2009/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2009/13, m.nt. S.M. Bartman (*Fortis*). Anders: J.W.H. van Wijk, 'Kroniek enquêterecht 2008', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 99, Deventer: Kluwer 2009, p. 14, naar wiens mening het voldoende was dat de verzoekers in het petitum van hun verzoekschrift hadden verzocht een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Fortis N.V. 'en de met haar in een groep verbonden vennootschappen'. Ik zie dit anders. Ingevolge art. 278, eerste lid, Rv dient het verzoekschrift immers een 'duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust' te bevatten. Hieraan voldeed het verzoekschrift inzake Fortis echter niet, nu het verzoek 'en de met haar in een groep verbonden vennootschappen' te onbepaald was om er iets mee te kunnen aanvangen. Aldus ook Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 298. Voorts ziet Van Wijk er kennelijk aan voorbij dat ingevolge art. 995, tweede lid, Rv in het verzoekschrift de naam en woonplaats van de gerekestreerde rechtspersoon dient te worden vermeld, een en ander onverminderd het bepaalde in art. 278 Rv. *Vide* in dit verband (mede) P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 995 Rv, aant. 12; F. Veenstra, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:345 BW, aant. 1.6. *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 5 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1603, r.o. 3.2 en 3.4 (*Cavari*).

14 Een verzoek om een concerngenotenenquête kan ook, mits diegene zelf (mede) enquêtegerechtigd is, waarover ik zo dadelijk nog komt te spreken, zijn opgenomen in een verweerschrift, een en ander op grond van art. 282, vierde lid, Rv; *vide e.g.* hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119, r.o. 1.2 en 1.4 (*BKV*); hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71, r.o. 1.5 (*Cancun*); hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98, r.o. 1.3 (*RVDD*); hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2018, *ARO* 2018/185, r.o. 1.3 (*Hoeve Holland*).

15 Mij is slechts één geval bekend waarin de Ondernemingskamer bepaalde dat de terechtzitting níét openbaar was; *vide* hof Amsterdam (OK) 4 april 2017, *JOR* 2017/199, m.nt. R.J. Theissen, r.o. 1.5 (*Conservatrix*).

16 Art. 995, derde lid, Rv spreekt niet zonder reden van het gelasten van 'in ieder geval' de oproeping van de – in dit geval: te enquêteren – rechtspersoon. *Vide* in dit verband ook P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 995 Rv, aant. 13. Ook Geerts 2006, *op. cit.*, p. 15 is van mening dat de Ondernemingskamer alle te enquêteren vennootschappen dient op te roepen, zij het dat hij niet verwijst naar art. 995, derde lid, Rv. Anders: Bartman 2005, *op. cit.*, p. 555. *Vide* overigens de noot, onder 5, van Josephus Jitta bij hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 298.

art. 279, tweede lid, Rv),[17] behalve als zij (i) zich aanstonds onbevoegd verklaart of (ii) het verzoek aanstonds toewijst (*vide* art. 279, eerste lid, eerste volzin, Rv).

> Aan deze regel wordt door de Ondernemingskamer kennelijk – en ten onrechte – van tijd tot tijd voorbijgegaan. Mij is niet duidelijk waarom; een verband heb ik niet kunnen ontdekken. Zowel in geval van het voorshands machtigen[18] van de onderzoeker krachtens art. 2:351, tweede lid, BW tot het raadplegen van boeken e.d. van een of meer dochtermaatschappijen in plaats van het gelasten van een concerngenotenenquête (dat was de oude beschikkingspraktijk van de Ondernemingskamer) als in geval van het – vóór het beslissen op het verzoek om een onderzoek – treffen van onmiddellijke voorzieningen[19] ('spoedvoorzieningen') bij enkel de moedermaatschappij als in geval van het mede treffen van spoedvoorzieningen[20] bij een of meer dochtermaatschappijen als in geval van het gelasten van een onderzoek[21] bij enkel de moedermaatschappij als in geval van het mede gelasten van een onderzoek[22] bij een of meer dochtermaatschappijen als in geval van afwijzing[23] van het verzoek als in geval van niet-ontvankelijkheid[24] ten aanzien van een of meer dochtermaatschappijen ben ik beschikkingen

17 *Vide* ook de noot, onder 3 (*i.f.*), van Van den Ingh bij hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*).

18 *Vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 21 oktober 1999, rekestnr. 901/99 (*Burggraaff*); hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, rekestnr. 468/99, *JOR* 2000/99 (*Willem III*).

19 *Vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/62 (*Karst*).

20 *Vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 9 mei 2006, *ARO* 2006/99 (*TriQorp*).

21 *Vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 21 december 2001, *JOR* 2002/57 (*Egbouw*); hof Amsterdam (OK) 6 januari 2006, *JOR* 2006/69, m.nt. R.G.J. Nowak (*Mondoor*); hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, *ARO* 2006/132 (*Selles*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/171 (*Makelaarskantoor H. Post*); hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71 (*Cancun*); hof Amsterdam (OK) 16 juli 2013, *ARO* 2013/124 (*Erstad Den Heijhof*).

22 *Vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*); hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*); hof Amsterdam (OK) 15 maart 2001, rekestnrs. 182/2001 en 204/2001, *JOR* 2001/108 (*Skagerak Projekten*); hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, *JOR* 2002/112, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Broadnet*); hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 13 april 2004, *ARO* 2004/54 (*Cebepe*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 8 januari 2013, *ARO* 2013/24 (*BHC*).

23 *Vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 10 januari 2002, *ARO* 2002/7 (*Broadnet*); hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, *ARO* 2006/73 (*Drukkerij Bevrijding*); hof Amsterdam (OK) 22 november 2007, *ARO* 2007/189 (*Zondervan*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2008, *ARO* 2008/48 (*Ambaflex*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, *ARO* 2008/132 (*Welsi*); hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2009, *ARO* 2009/160 (*DWS*); hof Amsterdam (OK) 24 maart 2011, *ARO* 2011/62 (*Ulyanovsk*); hof Amsterdam (OK) 7 mei 2013, *ARO* 2013/84 (*Viadata*).

24 *Vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, *ARO* 2007/135 (*Callisto*); hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98 (*RVDD*).

tegengekomen waarin louter de moedermaatschappij (of, in uitzonderlijke gevallen,[25] de moedermaatschappij en een deel van de dochtermaatschappijen) als verweerster(s)[26] is (zijn) aangeduid,[27] waaruit ik afleid dat de overige te enquêteren vennootschappen niet zijn opgeroepen en zij derhalve niet in de gelegenheid zijn gesteld verweer te voeren.[28] De vorenbedoelde oproepingsregel zou evenwel uitzondering kunnen lijden

25 *Vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*); hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*).

26 In uitzonderlijke gevallen heeft de Ondernemingskamer – in afwijking van haar eigen praktijk – enkele dan wel alle dochtermaatschappijen aangeduid als 'belanghebbenden' in plaats van 'verweersters'; *vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, *ARO* 2006/58 (*CDG*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWI*); hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98 (*RVDD*).

27 Uit een aantal beschikkingen blijkt dat de Ondernemingskamer later in de enquêteprocedure – alsnog – meerdere dan wel alle dochtermaatschappijen als verweersters heeft aangeduid; *vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 30 juli 2001, *JOR* 2001/205 (*Bot Bouw*); hof Amsterdam (OK) 20 september 2001, *JOR* 2001/226, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Bot Bouw*); hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*).

28 Dat een of meer dochtermaatschappijen geen verweerschrift hebben ingediend, noch dat zij ter terechtzitting verweer hebben gevoerd, is niet ter zake doende, nu alsdan de Ondernemingskamer, zoals te doen gebruikelijk, achter 'verweersters' de woorden 'niet verschenen' opneemt. Wel lijkt er een verband te zijn tussen de formulering van het verzoek en het in de gelegenheid stellen om verweer te voeren. Ter illustratie noem ik hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 1.1 (*Bot Bouw*), waarin werd verzocht om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Bot Bouw Groep B.V. alsmede '*voor zover noodzakelijk* [curs. RPJ] naar het beleid en de gang van zaken van de met haar verbonden vennootschappen', hof Amsterdam (OK) 21 december 2001, *JOR* 2002/57, r.o. 1.1 (*Egbouw*), waarin werd verzocht om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Egbouw Holding B.V. '*en dit onderzoek zich zonodig [sic] te doen uitstrekken* [curs. RPJ] over het beleid en de gang van zaken van (…) Elbouw E/G Combinatie B.V. en/of (…) Bouwmeester Pensioen B.V. en Egmond Pensioen B.V.', hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, *ARO* 2007/135, r.o. 1.1 (*Callisto*), waarin werd verzocht om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Callisto B.V. '*en eventueel* [curs. RPJ] Hydra B.V. (…), Solaris B.V. (…), Hera B.V., PrivaZorg Beheer B.V. en PrivaZorg B.V.', hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71, r.o. 1.5 (*Cancun*), waarin – bij verweerschrift – werd verzocht een onderzoeker te benoemen die het beleid en de gang van zaken van Cancun Holding II B.V. '*en voor zover mogelijk* [curs. RPJ] van haar dochtervennootschappen Efesyde en Vesta N.V.', en hof Amsterdam (OK) 16 juli 2013, *ARO* 2013/124, r.o. 1.2 (*Erstad Den Heijhof*), waarin werd verzocht om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Holding Erstad Den Heijhof B.V. 'alsmede, *voor zover het onderzoek dit vereist* [curs. RPJ], naar het beleid van de dochtervennootschappen Erstad B.V. en Den Heijhof B.V.'. In geen van deze zaken is een concerngenotenenquête gelast, behalve in de eerstgenoemde zaak. Daargelaten dat mijns inziens de verzoeker zelf, mede gelet op het inkleden van zijn verzoekschrift, van tevoren een keuze dient te maken ten aanzien van welke vennootschappen hij in de (concern)enquête wenst te betrekken, en die keuze niet aan de Ondernemingskamer dient over te laten, dient de Ondernemingskamer in geval van formuleringen zoals in voege als hierboven genoemd de (dochter)vennootschappen waarop het verzoek mede is gericht, in de gelegenheid te stellen verweer te voeren, met dien verstande dat (a) zij op zichzelf

wanneer de verzoeker ter terechtzitting,[29] of vlak daarvoor, zijn verzoek vermeerdert in de zin dat hij deze uitbreidt tot andere groepsmaatschappijen en de Ondernemingskamer deze vermeerdering buiten beschouwing laat.[30]

---

subject van enquête kunnen zijn en (b) in het licht van het verzoekschrift, inzonderheid hetgeen in het kader van de gegronde redenen is aangevoerd, de noodzaak daartoe voldoende is gebleken. Als zij, bladerende door het verzoekschrift, aanstonds ziet dat daaraan niet is voldaan, zie ik geen reden tot, kort gezegd, verweer en oproeping. In de *Bot Bouw*-zaak – waarin niet alleen Bot Bouw Groep B.V., de moedermaatschappij, maar ook Bot Bouw B.V., Bot Bouw Initiatief B.V., Wormerveer B.V. en Stammerdijk o.g. B.V., haar dochtermaatschappijen, in wier geplaatste kapitaal zij alle aandelen hield, voorwerp van onderzoek werden – had de Ondernemingskamer dan ook de laatstgenoemden in de gelegenheid moeten stellen verweer te voeren, terwijl in de *Cancun*-zaak de Ondernemingskamer zulks niét behoefde te doen, nu het verzoek mede gericht was op twee buitenlandse rechtspersonen en dergelijke rechtspersonen geen subject van enquête kunnen worden; *vide* nader hoofdstuk 5.

29 In hof Amsterdam (OK) 2 februari 2016, *ARO* 2016/50, r.o. 3.3 (*Höcker Vastgoed*) heeft de Ondernemingskamer overwogen dat – volgens vaste rechtspraak – een vermeerdering van het verzoek bij gelegenheid van de mondelinge behandeling kan worden geaccepteerd. *Vide* echter ook hof Amsterdam (OK) 26 april 2017, *ARO* 2017/107, r.o. 1.5 *iuncto* 3.1 (*BRH*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/46, r.o. 1.4 *iuncto* 3.1 (*CWT Europe*).

30 Krachtens art. 283 Rv *iuncto* art. 130, eerste lid, Rv kan de Ondernemingskamer, al dan niet ambtshalve, een vermeerdering buiten beschouwing laten indien deze in strijd met de eisen van een goede procesorde is. *Vide* in dit verband hof Amsterdam (OK) 29 augustus 2002, *JOR* 2002/215, m.nt. R.G.J. Nowak, r.o. 3.8-3.9 (*CPS*), waarin zij naar aanleiding van een ter terechtzitting gedaan verzoek tot uitbreiding van het enquêteverzoek tot de (klein)dochtervennootschap(pen) van Case Packing Sales Europe B.V., tegen welke toewijzing deze vennootschap zich had verzet, het volgende overwoog: 'De Ondernemingskamer zal het verzoek afwijzen. De verzochte uitbreiding met betrekking tot procespartijen is in een zodanig laat stadium van het geding gedaan dat toewijzing van het verzoek in strijd zou komen met beginselen van een behoorlijke procesorde, althans *zeker nu de (klein)dochtervennootschap(pen) niet als belanghebbenden door de griffier van de Ondernemingskamer zijn opgeroepen en evenmin – eigener beweging – in het geding zijn verschenen* [curs. RPJ].' In hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*) en in hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72 (*Punching*) liet de Ondernemingskamer kennelijk – en ten onrechte – de oproeping naar aanleiding van een ter terechtzitting gedane – en kennelijk: toegestane – vermeerdering van het enquêteverzoek tot andere groepsmaatschappijen achterwege, een en ander in afwijking van hetgeen zij overwoog in de bovengenoemde *CPS*-beschikking. Ook nadien ben ik geen beschikking tegengekomen waaruit kan worden afgeleid dat zij alsnog zijn opgeroepen. Ik wijs op HR 10 juli 2009, *NJ* 2009/359, r.o. 3.4.2. Daarin overwoog de Hoge Raad dat aan art. 130, derde lid, eerste volzin, Rv, waarin, voor zover hier van belang, is bepaald dat indien een partij niet in het geding verschenen is, een vermeerdering van eis daartegen uitgesloten is, tenzij de eiser die vermeerdering tijdig bij exploot aan haar kenbaar heeft gemaakt, waaraan de gedachte ten grondslag ligt dat vermeden moet worden dat 'de gedaagde tot iets veroordeeld kan worden waarvan hij niet weet en niet kan weten dat en waarom het gevorderd is', hetwelk, voor de overeenkomstige toepassing van dit artikel op de verzoekschriftprocedure (*vide* art. 283, laatste volzin, Rv), betekent dat conform die gedachte 'in elk geval alle in de procedure eerder opgeroepen, maar niet verschenen belanghebbenden opnieuw dienen te worden opgeroepen, met opgave van de (…) vermeerdering van het verzoek'. Hieraan voegde de Hoge Raad in HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279, r.o. 5.1.2 toe dat als een der partijen aan een of meer niet-verschenen belanghebbenden de (verandering of) vermeerdering van het verzoek heeft medegedeeld, de rechter zich ook van zijn taak kan kwijten

Het is vervolgens aan de bovenbedoelde groepsmaatschappijen om te bepalen of zij een verweerschrift indienen en/of ter terechtzitting verweer (gaan) voeren.

Het oproepen van alle te enquêteren vennootschappen teneinde hen in de gelegenheid te stellen verweer te voeren is, overigens, niet van belang ontbloot, nu zij over een aantal relevante bevoegdheden beschikken. Zo mogen belanghebbenden[31] blijkens 's Hogen Raads *ATR Leasing*-beschikking hun standpunt kenbaar maken over alle aspecten van het (verzoek tot het bevelen van een) onderzoek, ook indien zij zelf niet enquêtegerechtigd zijn,[32] hetgeen ik in geval van een verzoek tot het gelasten

door zich met betrekking tot die belanghebbenden ervan te vergewissen dat die mededeling hen heeft bereikt, in welk geval eveneens recht is gedaan aan de vorenbedoelde gedachte (*m.m.*). In die zaak had de Ondernemingskamer de verzoeker niet opnieuw opgeroepen n.a.v. de verandering/vermeerdering van het verzoek en evenmin kon zij ervan uitgaan dat die op andere wijze aan hem was medegedeeld, waardoor die verzoeker geen gelegenheid had gehad zich tegen het veranderde of vermeerderde verzoek te verweren, wat in strijd was met het in art. 19 Rv opgenomen beginsel van hoor en wederhoor (r.o. 5.1.3). Dit een en ander geldt mijns inziens *a fortiori* voor de situatie waarin de belanghebbende (lees: groepsmaatschappij) – geenszins – is opgeroepen. De Ondernemingskamer dient dan ook in geval van een *ex* art. 283 Rv ter terechtzitting, of vlak daarvoor, gedane uitbreiding van het enquêteverzoek tot een of meer andere, niet verschenen, maar wel opgeroepen, of niet opgeroepen, groepsmaatschappijen deze juridische entiteiten – onder opgaaf van de vermeerdering van dat verzoek – (opnieuw) op te roepen dan wel, als een der partijen de vermeerdering van het verzoek aan de desbetreffende groepsmaatschappij heeft medegedeeld, zich ervan te vergewissen dat die mededeling die groepsmaatschappij heeft bereikt, behoudens in het geval zij die vermeerdering, al dan niet ambtshalve, buiten beschouwing laat. Hierbij zij opgemerkt dat een uitbreiding van het enquêteverzoek tot een of meer andere groepsmaatschappijen bepaald niet een vermeerdering van weinig ingrijpende aard (*vide e.g.* hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2014, *ARO* 2014/147, r.o. 3.1 (*S&R*)) is die mitsdien ter terechtzitting kan worden geaccepteerd. Oproeping ligt dan ook in de rede. Dit zou echter (kunnen) leiden tot onredelijke vertraging van het geding (*vide e.g.* hof Amsterdam (OK) 3 april 2014, *ARO* 2014/66, r.o. 3.1 (*Kwekerij WB*)), hetgeen zich niet, althans moeizaam, verdraagt met art. 2:349a, eerste lid, eerste volzin, BW, waarin is bepaald dat de Ondernemingskamer het (enquête)verzoek met 'de meeste spoed' moet behandelen. Tegen deze achtergrond ben ik van oordeel dat een vermeerdering in voege als hierboven bedoeld in beginsel buiten beschouwing moet worden gelaten, dit mede afhankelijk van de grootte van de vermeerdering en van de vraag of en, zo ja, in hoeverre in het licht van de ernst van de problemen met betrekking tot het huidige enquêtesubject gewacht kan worden met de beoordeling van het initiële enquêteverzoek (en het verzoek om onmiddellijke voorzieningen). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 26 april 2017, *ARO* 2017/107, r.o. 3.1 (*BRH*), waarin de Ondernemingskamer de ter terechtzitting gedane aanvulling van de gronden van het verzoek wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing liet, nu (i) deze pas ter terechtzitting kenbaar waren gemaakt, (ii) de verweerster niet was verschenen en niet was gebleken dat deze tijdig van die vermeerdering op de hoogte was gebracht en de (in)direct bestuurder van de verweerster in persoon procedeerde en daardoor onredelijk in zijn verweer werden bemoeilijkt terwijl (iii) verdere aanhouding van de procedure tot onredelijke vertraging zou leiden.

31 *Vide* in dat verband HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.3.2 (*Scheipar*). *Cf.* HR 12 oktober 2018, *JOR* 2018/296, m.nt. D.F. Berkhout, r.o. 4.1.2 (*Stichting ANV Fondsen*).

32 HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/138, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.4 (*ATR Leasing*).

van een concerngenotenenquête aldus zou willen verstaan dat niet alleen de te enquêteren moedermaatschappij, maar ook haar te enquêteren dochtermaatschappij zich over alle aspecten van dit verzoek mag uitlaten, zowel voor zover dat gericht is op haar eigen beleid en gang van zaken als voor zover dat gericht is op het beleid en de gang van zaken van de andere groepsmaatschappij(en).[33]

Buitendien mogen zij krachtens art. 282, vierde lid, Rv in hun verweerschrift een zelfstandig verzoek opnemen, een en ander met inachtneming van het connexiteitsvereiste,[34] dat ik in dit verband aldus zou willen verstaan dat het zelfstandig verzoek betrekking dient te hebben op de rechtspersonen en onderwerpen waar het oorspronkelijke verzoek op is gericht.[35]

---

33 De dochtermaatschappij wordt opgeroepen en in de gelegenheid gesteld verweer te voeren. Die oproeping gaat vergezeld van een afschrift van het verzoekschrift (*vide* art. 279, tweede lid, Rv). Over dat gehele verzoekschrift mag de dochtermaatschappij zich mijns inziens dan ook uitlaten. Het zou gekunsteld aandoen indien zij zich alleen zou mogen uitlaten over het deel daarvan wat op haar (beleid en gang van zaken) betrekking heeft.

34 Volgens H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 347 mag het connexiteitsvereiste 'niet al te eng worden uitgelegd'. Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1023 (voetnoot 73) en P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 178 (voetnoot 156, *i.f.*) zijn van mening dat – onder verwijzing naar 's Hogen Raads beschikking inzake *ATR Leasing* (*vide* hieronder) – er goede grond is zulks versterkt te laten gelden in de enquêteprocedure. Geerts hangt een 'elastische uitleg' van het connexiteitsvereiste aan, welke inhoudt dat 'als onderwerp van het oorspronkelijke enquêteverzoek (heel in zijn algemeenheid) wordt beschouwd de omstandigheid dat er een kans is dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen', waarop hij liet volgen dat '[a]lles wat die twijfel kan voeden, (…) betrekking [heeft, toev. RPJ] op het onderwerp van het oorspronkelijke enquêteverzoek'; *vide* zijn noot, onder 5, bij HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/138, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.4 (*ATR Leasing*). *Vide* ook zijn noot, onder 8, bij deze beschikking. *Vide* voorts Geerts 2006, *op. cit.*, p. 47-48. Naar Oldens opvatting staan de rechtsperspoon en het onderzoek centraal en vormen zij uiteindelijk het onderwerp van het verzoek; *vide* P.D. Olden, 'Tien jaar onmiddellijke voorzieningen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 551.

35 In HR 18 juni 1980, *NJ* 1981/547, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 7 (*Bureau Beckers*) overwoog de Hoge Raad dat tussen de *ex* art. 2:349, eerste lid, BW vooraf kenbaar gemaakte bezwaren en de gegronde redenen als bedoeld in art. 2:350, eerste lid, BW een 'zodanig nauw verband [moet, toev. RPJ] bestaan dat zij op hetzelfde onderwerp betrekking hebben'. Voorts overwoog hij in HR 9 mei 1990, *NJ* 1990/829, r.o. 3.5 (*Claybo*), voor zover hier van belang, dat een verandering of vermeerdering van een verzoek uit hoofde van art. 429i (oud) Rv (thans: art. 283 Rv) achterwege dient te blijven indien daardoor het vereiste als bedoeld in art. 2:349, eerste lid, BW zou worden ontgaan. Daarvan is, zo vervolgde hij, in het algemeen sprake 'indien tussen de in de loop van de procedure aangevoerde nieuwe grond en de in het inleidende verzoekschrift vervatte bezwaren zo weinig verband bestaat dat niet gezegd kan worden dat de nieuwe grond betrekking heeft op hetzelfde onderwerp'. Bovendien overwoog hij in HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/138, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3 (*ATR Leasing*) dat een art. 2:345 BW-verzoek pas aan de orde kan komen als de enquêteverzoekers eerst schriftelijk hun bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken aan de (te enquêteren) rechtspersoon kenbaar hebben gemaakt. De tekst en de strekking van art. 2:349, eerste lid, BW brengen mee dat (het bestuur van) de betrokken rechtspersoon niet onverhoeds met zulk een verzoek mag worden geconfronteerd

Blijkens 's Hogen Raads *e-Traction*-beschikking[36] voldoet een verzoek om onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in (art. 2:355, derde lid, BW *iuncto*) art. 2:349a, tweede lid, BW in beginsel aan dat vereiste, reden waarom zulk een verzoek – kennelijk: hetzij als zelfstandig verzoek in een verweerschrift, hetzij als verzoek in een verzoekschrift –[37] ook door andere belanghebbenden kan worden gedaan dan de indieners van het art. 2:345, eerste lid, BW-verzoek (of van het art. 2:355, eerste lid, BW-verzoek). Dat diegene zelf niet (mede) enquêtegerechtigd is of dat de enquêteverzoeker zelf niet om onmiddellijke voorzieningen heeft verzocht, is, gelet hierop dat (a) de hier bedoelde rechtsoverweging, los van de woorden 'in beginsel', ongeclausuleerd is en (b) de Hoge Raad overwoog dat aan het onthouden van de mogelijkheid tot het (kunnen) doen van een verzoek om onmiddellijke voorzieningen het bezwaar kleeft dat die belanghebbenden voor (het treffen van) zulke voorzieningen zouden zijn aangewezen op een kort geding, hetgeen leidt tot dubbele procedures en het risico van tegenstrijdige uitspraken in zich draagt, kennelijk niet ter zake dienend.[38]

---

en voldoende gelegenheid moet hebben gekregen die bezwaren te onderzoeken en, desmogelijk, maatregelen te nemen om ze weg te nemen. Deze bepaling, aldus, nog steeds, de Hoge Raad, strekt ertoe de belangen van de rechtspersoon te beschermen. Tegen deze achtergrond dient mijns inziens degene die uit hoofde van art. 282, vierde lid, Rv in zijn verweerschrift een zelfstandig verzoek opneemt, ter schraging van zijn stelling dat er gegronde redenen zijn om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken te twijfelen, argumenten/bezwaren aan te voeren die op hetzelfde (dezelfde) onderwerp(en) betrekking hebben als dat (die) in het oorspronkelijke verzoek. Tussen alle schakels, te weten de kenbaarmaking van bezwaren, het in het oorspronkelijke verzoek aangevoerde, het in het zelfstandige verzoek aangevoerde en wat de Ondernemingskamer uiteindelijk als gegronde reden bestempelt, dient hetzelfde nauwe verband te bestaan in de zin dat zij alle op hetzelfde (dezelfde) onderwerp(en) betrekking hebben. Alsdan congrueren zij immers met elkaar.

36 HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2012/141, m.nt. M.W. Josephus Jitta en T. Barkhuysen, r.o. 4.1.3 (*e-Traction*).

37 *Vide* ook de noot, onder 2, van Van Schilfgaarde bij HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2012/141, m.nt. M.W. Josephus Jitta en T. Barkhuysen (*e-Traction*).

38 Op dat spoor zitten ook Josephus Jitta en Barkhuysen in hun noot, onder 2, bij HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2012/141, m.nt. M.W. Josephus Jitta en T. Barkhuysen (*e-Traction*); Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1831; R.M. Hermans, B. Winters en J.L. van der Schrieck, 'Kroniek enquêterecht 2012 en 2013', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2013-2014*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 121, Deventer: Kluwer 2014, p. 51; B. Winters, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:349a BW, aant. C.2.4. In hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, *JOR* 2016/299, m.nt. R.C. de Mol, r.o. 3.5 (*Stichting De Gelderhorst*) overwoog de Ondernemingskamer – onder verwijzing naar de eerdergenoemde *e-Traction*-beschikking – dat IGZ als belanghebbende bevoegd was op de voet van art. 282, vierde lid, Rv haar te verzoeken onmiddellijke voorzieningen te treffen. Verderop overwoog zij dat IGZ niet tot de kring der enquêtegerechtigden behoorde en zij derhalve niet in haar verzoek kon worden ontvangen voor zover zij beoogde zelf de Ondernemingskamer te verzoeken een onderzoek te bevelen. Uit dit een en ander leid ik af dat een belanghebbende voor het *ex* art. 282, vierde lid, Rv kunnen doen van een (zelfstandig) verzoek om onmiddellijke voorzieningen niet zelf (ook) enquêtegerechtigd behoeft te zijn. Anders nog: *Kamerstukken II* 2011/12, 32887, 6, p. 11 (NV): 'Voor belanghebbenden – die zelf geen enquêteverzoek hebben ingediend – geldt dat zij een tegenverzoek

Over het (kunnen) doen van een zelfstandig verzoek in de vorm van een enquêteverzoek – en belangrijker: of de belanghebbende daarvoor zelf enquêtegerechtigd moet zijn – heeft de Hoge Raad zich (nog) niet uitgelaten. De Ondernemingskamer wel. Uit haar beschikking inzake *Stichting De Gelderhorst* blijkt dat zij van oordeel is dat degene die haar op de voet van art. 282, vierde lid, Rv verzoekt een enquête te gelasten, tot de kring der enquêtegerechtigden moet behoren.[39] Dit oordeel acht ik juist.[40] Hiertoe is het volgende redengevend. Als een belanghebbende bij wege van een zelfstandig verzoek de Ondernemingskamer (louter) verzoekt een of meer onmiddellijke voorzieningen te treffen en de (oorspronkelijke) verzoeker vervolgens zijn enquêteverzoek – voordat de Ondernemingskamer een eindbeschikking[41] heeft gegeven – intrekt (*vide* art. 283 Rv),[42] dan komt de Ondernemingskamer niet meer toe aan de

---

kunnen doen *indien in een verzoekschrift is verzocht om onmiddellijke voorzieningen*. Ik zie geen aanleiding om het bestaande recht te wijzigen gezien het ingrijpende karakter van onmiddellijke voorzieningen. *Ik vind het passend dat een verzoek om onmiddellijke voorzieningen kan worden gedaan door een partij die daadwerkelijk een enquêteverzoek heeft ingediend*.' (curs. RPJ)

39 Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, *JOR* 2016/299, m.nt. R.C. de Mol, r.o. 3.5 (*Stichting De Gelderhorst*). *Vide* over dat oordeel ook de noot, onder 9, van De Mol bij deze beschikking.

40 Volgens Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1657 mag uit hoofde van art. 282, vierde lid, Rv een belanghebbende in de eerste fase van de enquêteprocedure een zelfstandig art. 2:345, eerste lid, BW-verzoek doen, waarbij voor zowel de ontvankelijkheid daarvan als de toewijsbaarheid ervan dezelfde eisen gelden als voor een regulier enquêteverzoek. Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 993 en Storm 2014a, *op. cit.*, p. 74 zijn daarentegen van mening, als ik hen goed begrijp, dat ook een niet-enquêtegerechtigde belanghebbende bij wege van een zelfstandig verzoek op de voet van art. 282, vierde lid, Rv een eigen enquêteverzoek mag doen. Hetzelfde geldt voor Storm 2018, *op. cit.*, p. 100, zij het dat hij in dit verband verwijst naar art. 30i, achtste lid, Rv.

41 Uit HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/465, r.o. 3 (*Ogem*) volgt (*vide* ook HR 17 december 2010, *NJ* 2011/213, m.nt. W.J.M. van Veen, *JOR* 2011/42, m.nt. J.M. Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 2011/22, m.nt. P.M. Storm, r.o. 4.1.2 (*KPNQwest*)) dat indien de Ondernemingskamer op een verzoek als bedoeld in art. 2:345, eerste lid, BW beslist in de zin van toe- of afwijst, haar beslissing, voor wat de cassatietermijn betreft, moet worden aangemerkt als een 'eindbeschikking', omdat daarmee door een uitdrukkelijk dictum een eind wordt gemaakt aan het geding omtrent hetgeen verzocht is. De mogelijkheid tot het desverzocht treffen van onmiddellijke voorzieningen bestond toen nog niet, maar deze hadden aan de uitkomst niet kunnen afdoen, nu een verzoek daartoe een nevenverzoek is; *vide* art. 2:349a, tweede lid, BW, waarin, voor zover hier van belang, is bepaald dat de Ondernemingskamer zulk een voorziening kan treffen 'op verzoek van de indieners van het in artikel 345 bedoelde verzoek'.

42 Tussen het moment van indiening van het (aanvullend) verzoekschrift en het moment waarop de Ondernemingskamer een eindbeschikking geeft kan de verzoeker op grond van art. 283 Rv zijn verzoek intrekken (lees: verminderen, en wel tot *nihil*; *vide* de conclusie, onder 3.2, van A-G Timmerman bij HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/286, m.nt. R.G.J. de Haan (*Emba*) en zijn conclusie, onder 3.12, bij HR 17 december 2010, *NJ* 2011/213, m.nt. W.J.M. van Veen, *JOR* 2011/42, m.nt. J.M. Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 2011/22, m.nt. P.M. Storm (*KPNQwest*) en de door hem aangehaalde bronnen) zonder dat hij daartoe toestemming nodig heeft van een van de andere procespartijen, hetwelk ertoe leidt dat hij in zijn verzoek niet-ontvankelijk wordt verklaard; *vide* HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/286, m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 3.3 (*Emba*). *Vide*, ter illustratie, hof Amsterdam (OK) 16 januari 2014, *ARO* 2014/46 (*Licom*), waarin de gemeente Brunssum *c.s.* haar enquêteverzoek – na de mondelinge behandeling – introk, waarop niet-ontvankelijkheid volgde.

behandeling van het eerstbedoelde verzoek, nu uit het systeem van de enquête-regeling volgt dat een verzoek om onmiddellijke voorzieningen geen bestaansrecht heeft zonder een enquêteverzoek (het is ook een *enquête*procedure, geen kort geding). Anders gezegd: het art. 2:349a, tweede lid, BW-verzoek is gekoppeld aan het art. 2:345, eerste lid, BW-verzoek (eerstbedoeld verzoek is een 'nevenverzoek').[43] Zou een niet-enquêtegerechtigde belanghebbende, wederom bij wege van een zelfstandig verzoek, om een onderzoek verzoeken en de (oorspronkelijke) verzoeker, tijdig, zijn eigen enquête-verzoek intrekken, dan zou de Ondernemingskamer (nog steeds) het eerstbedoelde verzoek, dat is een 'hoofdverzoek' en blijft derhalve (overeind) staan, van iemand – die daartoe *ex* art. 2:346 BW niet bevoegd is – moeten behandelen en berechten, hetwelk, gezien (mede) het belang van de te enquêteren rechtspersoon,[44] niet kan worden aanvaard. Hierbij voegt zich dat de Hoge Raad in zijn *Claybo*-beschikking heeft overwogen dat toepassing van het bepaalde in art. 429i (oud) Rv (thans: art. 283 Rv), dat ziet op het verminderen, veranderen of vermeerderen van (de gronden van) een verzoek, in enquêtezaken achterwege dient te blijven 'indien daardoor de in de art. 2:346 (…) BW gestelde eisen zouden worden ontgaan'.[45] Dit geldt mijns inziens evenzeer voor zelfstandige enquêteverzoeken op de voet van art. 282, vierde lid, Rv; ook langs die weg mogen die eisen niet worden ontweken.[46]

Voor een dochtermaatschappij is het bovenstaande in zoverre van belang dat zij op de voet van art. 282, vierde lid, Rv de Ondernemingskamer zou kunnen verzoeken om (i) meer of andere onmiddellijke voorzieningen op het niveau van haar moeder-maatschappij te treffen dan wel (ii) het op grond van art. 2:346, eerste lid, onderdeel, d, BW gelasten van een onderzoek naar haar eigen beleid en gang van zaken (een 'zelfenquête').

Dit betekent dat indien en voor zover in het verweerschrift een zelfstandig verzoek is opgenomen dat ziet op andere rechtspersonen en/of onderwerpen dan die waarop het oorspronkelijke verzoek is gericht, het eerstbedoelde verzoek (in zoverre) niet

43 *Vide* ook R.P. Jager, *Het enquêterecht in rechtsvergelijkend perspectief. Nederland, Curaçao, Aruba, de BES-eilanden, Sint-Maarten en Suriname*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 104-106 en het aldaar aangehaalde.

44 In HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/286, m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 3.6.2 (*Emba*) oordeelde de Hoge Raad, voor zover hier van belang, dat de wettelijke kapitaaleis als bedoeld in, thans, art. 2:346, eerste lid, onderdeel b en c, BW zijn rechtvaardiging vindt in de omstandigheid dat het instellen van een enquête om diverse redenen bezwarend is voor de te enquêteren vennootschap en de met haar verbonden onderneming, reden waarom een minimale steun van het verzoek, in de vorm van het procentueel of nominaal houden van (certificaten van) aandelen, wordt verlangd.

45 HR 9 mei 1990, *NJ* 1990/829, r.o. 3.5 (*Claybo*).

46 Daaraan doet niet af dat de Hoge Raad in de hier bedoelde beschikking (*vide* voetnoot 45 *supra*) na het eerder geciteerde overwoog dat '[d]aarvan is in het algemeen sprake, indien tussen de in de loop van de procedure aangevoerde nieuwe grond en de in het inleidende verzoekschrift vervatte bezwaren zo weinig verband bestaat dat niet gezegd kan worden dat de nieuwe grond betrekking heeft op hetzelfde onderwerp', en wel reeds hierom niet dat hij sprak van 'in het algemeen'.

voor toewijzing in aanmerking kan komen.[47] Alsdan resteert het indienen van een eigen verzoekschrift, waarbij de vereisten als bedoeld in art. 2:346/347 en 349 BW in acht zullen moeten worden genomen.[48]

47 *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, *JOR* 2005/6, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/34, m.nt. P.D. Olden, r.o. 3.3 (*Ahold*), waarin de Ondernemingskamer het volgende overwoog: '(…) Voorzover [*sic*] Ahold heeft bedoeld te stellen dat het debat tussen haar en verzoekers in dat geval niet mede de door Copera aan de orde gestelde bezwaren kan omvatten, is haar stelling in zoverre juist dat Copera als belanghebbende niet zonder meer nieuwe of andere onderwerpen van mogelijk onderzoek aan de orde kan stellen. Onjuist is echter haar standpunt dat door Copera aan de diverse door verzoekers aan de orde gestelde kwesties geen uitbreiding zou kunnen worden gegeven.' *Vide* instemmend de noot, onder 4, van Josephus Jitta bij deze beschikking. *Vide* voorts Geerts 2006, *op. cit.*, p. 48.

48 *Vide* ook Geerts in zijn noot, onder 8 (laatste al.), bij HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/138, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*ATR Leasing*); Geerts 2006, *op. cit.*, p. 48.

Hoofdstuk 5

BUITENLANDSE GROEPSMAATSCHAPPIJEN

In geval van een internationaal concern, waaronder ik versta een concern bestaande uit overeenkomstig het recht van ten minste twee verschillende (lid)staten opgerichte groepsmaatschappijen, dringt de vraag zich op of en, zo ja, in hoeverre zulks juridische consequenties heeft voor de toepassing van het Nederlandse enquêterecht met betrekking tot de buitenlandse groepsmaatschappijen. Daarop zal in het hiernavolgende worden ingegaan, en wel als volgt. Allereerst bespreek ik het formele (commune) IPR. In dat kader komt de vraag aan de orde of de Ondernemingskamer bevoegd is van een concerngenotenenquêteverzoek voor zover dat (mede) ziet op een of meer in andere (lid)staten (statutair) zetelende groepsmaatschappijen, kennis te nemen ('rechtsmacht', '(internationale) bevoegdheid' of 'jurisdictie' genoemd).[1] Hierbij maak ik een onderscheid tussen het baseren van bevoegdheid op een (voor Nederland geldend) verdrag of een EU-Verordening en (ii) het commune, Nederlandse bevoegdheidsrecht als neergelegd in art. 1-14 Rv. Vervolgens stap ik over op een bespreking van het materiële commune IPR (ook wel het commune 'conflictenrecht', 'collisierecht' of 'verwijzingsrecht' genoemd) als verankerd in Boek 10 BW.[2] In dat verband komen aan bod de vraag naar het toepasselijke recht en het toepassingsbereik van het Nederlandse enquêterecht.

---

1 *Vide* over de terminologie F. Ibili, *Gewogen rechtsmacht in het IPR. Over forum (non) conveniens en forum necessitatis* (diss. Amsterdam VU), Serie Recht en Praktijk, deel 148, Deventer: Kluwer 2007, p. 5; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 1c.

2 Ik zal, op een enkele uitzondering na, geen aandacht besteden aan het materiële IPR als verankerd in (voor Nederland geldende) verdragen of Unierechtelijke verordeningen, zoals Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) en Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).

5.1 Het formele (commune) IPR

5.1.1 Het Unierechtelijke formele IPR

Art. 1 Rv bepaalt, voor zover hier van belang, dat onverminderd het over rechtsmacht in verdragen en EG-Verordeningen bepaalde, de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt beheerst door art. 2 *et seq.* Rv (het formele commune IPR).[3] Een verordening inzake rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken is van kracht. Daarom zal met een bespreking daarvan worden aangevangen.

5.1.1.1 Inleiding

Op 27 september 1968 kwam te Brussel tussen de oorspronkelijke zes lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap (hierna: EEG), te weten België, Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland, het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: EEX-Verdrag) tot stand,[4] welk verdrag op 1 februari 1973 in werking trad.[5] In verband met de toetreding van (i) Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, (ii) Griekenland, (iii) Spanje en Portugal, en (iv) Oostenrijk, Finland en Zweden tot dit verdrag is de tekst ervan op grond van de toetredingsverdragen van respectievelijk 1978,[6] 1982,[7] 1989[8] en 1996[9] aangepast.

Met de komst van de Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: EEX-Verordening[10] of EEX-Vo) werd het EEX-Verdrag in de betrekkingen tussen de toenmalige lidstaten door deze verordening vervangen (*vide* art. 68, eerste lid, EEX-Vo),[11] een en ander per 1 maart 2002 (*vide* art. 76 EEX-Vo). Hoewel Denemarken in eerste instantie te

3 *Vide* ook art. 94 Gw.
4 *Trb*. 1969, 101.
5 *Trb*. 1973, 2. Het EEX-Verdrag trad ook in werking voor Aruba, en wel per 30 juni 1986; *vide Trb*. 1986, 129 en 130.
6 *Trb*. 1978, 175.
7 *Trb*. 1983, 24.
8 *Trb*. 1989, 142.
9 *Trb*. 1997, 69. Dit vierde toetredingsverdrag geldt ook voor Aruba; *vide Trb*. 1999, 104.
10 De EEX-Verordening wordt ook wel aangeduid als de 'Burssel I-Verordening'; *vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, aanhef Brussel I-bis, aant. 3; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 1a en 2a.
11 *PbEG* 2001, L 12/1.

kennen gaf niet deel te nemen aan de aanneming van de EEX-Verordening,[12] is deze uit hoofde van de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en het Koninkrijk Denemarken betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken op 1 juli 2007 alsnog in de betrekkingen tussen dat land en de overige lidstaten van toepassing geworden.[13] Bij de toetreding van nieuwe lidstaten is de EEX-Verordening automatisch voor hen van kracht geworden.[14] Mitsdien geldt zij per 1 mei 2004 ook voor Cyprus, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Malta, Polen, Slowakije, Slovenië en Tsjechië, alsmede geldt zij per 1 januari 2007 voor Bulgarije en Roemenië. Voorts geldt zij per 1 juli 2013 voor Kroatië.

Naar aanleiding van een evaluatie van de EEX-Verordening diende deze op een aantal punten gewijzigd te worden, waardoor zij duidelijkheidshalve moest worden herschikt.[15] Dit heeft geleid tot de Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europese Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: EEX-Verordening II[16] of EEX-Vo II),[17] welke verordening van toepassing is sinds 10 januari 2015 (*vide* art. 81 EEX-Vo II).[18] De EEX-Verordening is daarbij ingetrokken (*vide* art. 80 EEX-Vo II).[19]

---

12 *Vide* de considerans, onder 21, van de EEX-Vo.

13 *Vide PbEU* 2005, L 299/62; *PbEU* 2006, L 120/22; *PbEU* 2007, L 94/70.

14 P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, Europees jurisdictie- en executieverdrag (EEX) zoals aangepast aan de toetredingsverdragen van 1978, 1982, 1989 en 1996, aant. 1.

15 *Vide* de considerans, onder 1, van Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europese Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEU* 2012, L 351/1).

16 De EEX-Verordening II wordt ook wel aangeduid als de 'Brussel I *bis*-Verordening'; *vide* het in voetnoot 10 *supra* aangehaalde.

17 *PbEU* 2012, L 351/1.

18 De EEX-Verordening II geldt voor alle 28 lidstaten, Denemarken (*vide* de considerans, onder 41, van die verordening) incluis (*vide PbEU* 2013, L 79/4), alsmede Ierland en het Verenigd Koninkrijk (*vide* de considerans, onder 40, van deze verordening), van de EU. *Vide* echter, wat (het Turks-Cypriotisch noordelijke deel van) Cyprus aangaat, P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, aanhef Brussel I-bis, aant. 4 en het door hem aangehaalde. De hier bedoelde verordening geldt niet (hetzelfde gold voor haar voorganger de EEX-Verordening) voor Aruba, Bonaire, Curaçao, Saba, Sint-Eustatius en Sint-Maarten; *vide* S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 1h en d2a, en het door hem aangehaalde.

19 Gelet op de considerans, onder 34, van de EEX-Vo II, behoudt de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de EEX-Verordening en het EEX-Verdrag zijn betekenis voor de uitlegging van de EEX-Verordening II, voor zover de (tekst van de) bepalingen van die wetgevingsinstrumenten als gelijkwaardig (kan) kunnen worden beschouwd; *vide* HvJ EU 28 februari 2019, C-579/17, *NJ* 2019/160, punt 45 (*Gradbeništvo Korana*); L. Strikwerda en S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 52. *Vide* ook P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, aanhef Brussel I-bis, aant. 10. *Vide* verder HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, *NJ* 2012/19, m.nt. M.V. Polak, punt 38 (*Bayer CropScience*); HvJ EU 23 oktober 2014, C-302/13, *NJ* 2015/284, m.nt. L. Strikwerda, punt 25 (*Starptautiskā lidosta Rīga*).

Op 16 september 1988 kwam te Lugano tussen de toenmalige EEG-lidstaten en de toenmalige lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie, te weten Finland, Noorwegen, Oostenrijk, IJsland, Zweden en Zwitserland, het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: EVEX-Verdrag) tot stand,[20] welk verdrag voor Nederland en voor Zwitserland in werking trad op 1 januari 1992.[21] Dit verdrag wordt ook wel het 'Parallelverdrag' genoemd, omdat de tekst ervan vrijwel parallel loopt aan de tekst van het EEX-Verdrag.[22] Hiervan was echter met de komst van de EEX-Verordening geen sprake meer.[23] Teneinde de vorenbedoelde parallellie te herstellen werd daarom het EVEX-Verdrag herzien.[24] Dit heeft op 30 oktober 2007 tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: EVEX-Verdrag II) geleid.[25] Aangezien daarvóór Finland, Oostenrijk en Zweden reeds tot de Europese Gemeenschap waren toegetreden, een en ander per 1 januari 1995, is het EVEX-Verdrag II thans, vanuit Nederland bekeken, alleen nog van belang in de relatie tot Noorwegen, Zwitserland en IJsland. Voor deze vier landen trad het in werking op respectievelijk 1 januari 2010, 1 januari 2010,[26] 1 januari 2011[27] en 1 mei 2011.[28] Het EVEX-Verdrag II laat ik in het hiernavolgende buiten beschouwing. Hooguit zijdelings komt het aan bod.

5.1.1.2 Burgerlijke en handelszaken

De EEX-Verordening II kent een materieel toepassingsgebied en een formeel toepassingsgebied.[29] In deze paragraaf staat de vraag centraal of een op grond van het Nederlandse enquêterecht bij de Ondernemingskamer aangebrachte zaak binnen de materiële reikwijdte van de EEX-Verordening II valt. Bij ontkennende beantwoording daarvan zal de Ondernemingskamer haar rechtsmacht in een bij haar aangebrachte zaak in beginsel moeten bepalen aan de hand van het Nederlandse commune recht. Wordt de hiervoor opgeworpen vraag bevestigend beantwoord, dan komt het formele toepassingsgebied van de hier bedoelde verordening in beeld.

---

20 *Trb*. 1989, 58.
21 *Trb*. 1991, 179.
22 P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, Verdrag van Lugano betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Parallelverdrag-EVEX), aant. 1.
23 *Ibid*.
24 *Ibid*.
25 *PbEU* 2009, L 147/5.
26 *PbEU* 2010, L 140/1. Voor Denemarken trad het EVEX-Verdrag II ook op 1 januari 2010 in werking.
27 *PbEU* 2011, L 138/1.
28 *Ibid*.
29 Zij kent ook nog een – hier buiten beschouwing latend – temporeel toepassingsgebied (*vide* art. 66 EEX-Vo II). *Vide* over deze drie toepassingsgebieden S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 4.

Het materiële toepassingsgebied van de EEX-Verordening II wordt geregeld door art. 1, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II.[30] Daarin staat dat die verordening wordt toegepast in 'burgerlijke en handelszaken'. Dit is een autonoom begrip.[31] Volgens het Hof van Justitie heeft de gemeenschapswetgever (thans: Uniewetgever) willen kiezen voor een ruime opvatting daarvan en daardoor voor een ruime werkingssfeer van de EEX-Verordening (thans: EEX-Verordening II).[32] Het moet naar 's hofs oordeel worden uitgelegd 'aan de hand van, enerzijds, de doelen en het stelsel van het Executieverdrag en, anderzijds, de algemene beginselen die in alle nationale rechtsstelsels tezamen worden gevonden'.[33] Het vorenbedoelde toepassingsgebied dient in wezen, aldus het hof, te worden afgebakend door (i) de aard van de juridische verhouding(en) tussen de (proces)partijen of (ii) het voorwerp van het geschil.[34]

---

30 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1 Brussel I-bis, aant. 1; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1 Brussel I-bis, aant. 1. *Vide* ook S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 4a.

31 *Vide e.g.* HvJ EG 14 oktober 1976, C-29/76, punt 3 (*Eurocontrol*); HvJ EG 22 februari 1979, C-133/78, punt 3 (*Nadler*); HvJ EG 16 december 1980, C-814/79, punt 7 (*Rüffer*); HvJ EG 21 april 1993, C-172/91, punt 18 (*Waidmann*); HvJ EG 14 november 2002, C-271/00, punt 28 (*Baten*); HvJ EG 15 mei 2003, C-266/01, punt 20 (*Staat der Nederlanden*); HvJ EG 15 februari 2007, C-292/05, punt 29 (*Dimosio*); HvJ EU 23 oktober 2014, C-302/13, *NJ* 2015/284, m.nt. L. Strikwerda, punt 24 (*Starptautiskā lidosta Rīga*); HR 21 december 2018, *JOR* 2019/73, m.nt. C.G. van der Plas, r.o. 4.2.1 (*Supreme Headquarters*); HvJ EU 28 februari 2019, C-579/17, *NJ* 2019/160, punt 46 (*Gradbeništvo Korana*).

32 *Vide* HvJ EG 10 september 2009, C-292/08, *NJ* 2010/541, m.nt. M.V. Polak, punt 23 (*Van der Schee*); HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, punt 22 ('*Kintra*'); HvJ EU 28 februari 2019, C-579/17, *NJ* 2019/160, punt 47 (*Gradbeništvo Korana*).

33 *Vide* de in voetnoot 31 *supra* aangehaalde arresten. Kuypers concludeerde dat het begrip 'burgerlijke en handelszaken' voornamelijk moet worden uitgelegd aan de hand van de algemene beginselen die in alle nationale rechtsstelsels worden gevonden, hoewel hij eerder opmerkte dat dit hulpmiddel geen praktische oplossing voor de rechtspraktijk is, nu de nationale rechter volgens hem wordt gedwongen 'een rechtsvergelijkend onderzoek te doen naar de inhoud van de rechtsstelsels van de EG lidstaten c.q. verdragsluitende staten teneinde de grootste gemene deler te vinden'; *vide* P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Serie Recht en Praktijk, deel 159, Deventer: Kluwer 2008, p. 72 en 78. *Vide* ook P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1 Brussel I-bis, aant. 4. Bij de vorenbedoelde uitleg bieden de doelen en het stelsel van het Executieverdrag (thans: EEX-Verordening II) weinig houvast, aldus Kuypers, *op. cit.*, p. 78.

34 *Vide e.g.* HvJ EG 14 oktober 1976, C-29/76, punt 4 (*Eurocontrol*); HvJ EG 16 december 1980, C-814/79, punt 14 (*Rüffer*); HvJ EG 1 oktober 2002, C-167/00, punt 29 (*Henkel*); HvJ EG 14 november 2002, C-271/00, punt 29 (*Baten*); HvJ EG 15 mei 2003, C-266/01, punt 21 (*Staat der Nederlanden*); HvJ EG 15 februari 2007, C-292/05, punt 30 (*Dimosio*); HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, *NJ* 2012/19, m.nt. M.V. Polak, punt 39 (*Bayer CropScience*); HvJ EU 12 september 2013, C-49/12, punt 33 (*Sunico*); HvJ EU 23 oktober 2014, C-302/13, *NJ* 2015/284, m.nt. L. Strikwerda, punt 26 (*Starptautiskā lidosta Rīga*). *Vide* ook de conclusie, onder 51-54, van A-G Mengozzi bij het *Bayer CropScience*-arrest. In HvJ EU 28 februari 2019, C-579/17, *NJ* 2019/160, punt 48 (*Gradbeništvo*

Uit het door P. Jenard opgestelde *Rapport over het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken* (hierna: rapport-Jenard)[35] valt op te maken dat 'du moment où ces *intérêts privés* [curs. RPJ] son en jeu', het EEX-Verdrag (thans: de EEX-Verordening II) van toepassing is.[36] In geval van het enquêterecht gaat het om (a) private partijen,[37] generaliter een of meer particuliere houders van (certificaten van) aandelen als enquêteverzoekers en een of meer privaatrechtelijke rechtspersonen, meestentijds besloten vennootschappen, als gerekestreerden, die in een vennootschapsrechtelijke verhouding tot elkaar staan, (b) private belangen,[38] vooral het belang van de vennootschap, dat belang staat immers in de enquêteprocedure centraal,[39] en (c) geschillen die – in essentie – (mede) betrekking hebben op de toestand of positie van een rechtspersoon en/of het functioneren van zijn organen.[40]

Korana) overwoog het Hof van Justitie dat om vast te stellen of een aangelegenheid al dan niet binnen de werkingssfeer van de EEX-Verordening II valt, de rechtsbetrekking tussen de procespartijen moet worden vastgesteld, alsmede moeten de grondslag en de nadere regels voor de geldendmaking van de vordering worden onderzocht.

35 *Trb*. 1969, 101. Het rapport-Jenard staat ook in *PbEG* 1979, C 59/1. Let op: ik verwijs naar het paginanummer in het Tractatenblad!

36 Rapport-Jenard, p. 60. In *PbEG* 1979, C 59/10 ontbreekt het woord 'privés' in het desbetreffende citaat.

37 De A-G als bedoeld in art. 2:345, tweede lid, eerste volzin, BW uitgezonderd. *Cf.* C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR. Een verkenning van de grenzen van de taak van de Nederlandse rechter bij de toepassing van vreemd privaat- en publiekrecht* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 30, Deventer: Kluwer 2005, p. 327-347, die ingaat op geschillen tussen een particulier en een overheidsinstantie.

38 Uitgezonderd art. 2:345, tweede lid, eerste volzin, BW, waarin wordt gesproken van 'openbaar belang'. De A-G die om reden van openbaar belang een enquêteverzoek kan indienen, is al jaren en jaren niet meer als enquêteverzoeker in beweging gekomen. Ik verwacht niet dat zulks *in futuro* anders zal zijn.

39 Evenzo A-G Timmerman in zijn conclusie, onder 5.10, bij HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/138, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*ATR Leasing*). In deze beschikking overwoog de Hoge Raad dat – in het kader van een door de Ondernemingskamer te maken belangenafweging omtrent het al dan niet toewijzen van het enquêteverzoek, een en ander na het positief hebben beantwoord van de vraag of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid (of, naar het thans geldende recht, een juiste gang van zaken) te twijfelen – het belang van de rechtspersoon vooropstaat (*vide* r.o. 4.4).

40 *Vide e.g.* hof Amsterdam (OK) 21 december 2004, *ARO* 2004/145, *Ondernemingsrecht* 2005/35, m.nt. B.F. Assink, r.o. 3.4 (*Unilever*); hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2005, *ARO* 2005/155, r.o. 3.7 (*Denkers TNG*); hof Amsterdam (OK) 22 februari 2006, *ARO* 2006/56, r.o. 3.2 (*Carboply*); hof Amsterdam (OK) 12 juli 2006, *ARO* 2006/131, r.o. 3.5 (*Becq & Millan*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2006, *ARO* 2007/4, r.o. 3.4 (*Woudwood*); hof Amsterdam (OK) 10 januari 2008, *ARO* 2008/22, r.o. 3.11 (*RBB*); hof Amsterdam (OK) 4 april 2008, *ARO* 2008/80, r.o. 3.12 (*Kliniek Holystaete*); hof Amsterdam (OK) 15 januari 2010, *ARO* 2010/22, r.o. 3.5 (*Exin Asia*); hof Amsterdam (OK) 18 mei 2010, *ARO* 2010/85, r.o. 3.11 (*Creative Kids Concepts*); hof Amsterdam (OK) 16 juli 2010, *ARO* 2010/112, r.o. 3.6 (*Boon*); hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *JOR* 2011/282, m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 3.5 (*Synpact*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 25 november 2014, *ARO* 2015/22, r.o. 3.3 (*Goodfood*). Dat het geschil (mogelijk) mede van vermogensrechtelijke aard is en vermogensrechtelijke gevolgen heeft voor (een der) betrokken partijen, doet aan de bevoegdheid

De EEX-Verordening II zondert een aantal zaken en onderwerpen uit van haar materiële toepassingsgebied. Zo heeft zij blijkens art. 1, eerste lid, laatste volzin, EEX-Vo II geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken.[41] Voorts valt naar luid van art. 1, tweede lid, EEX-Vo II een aantal – limitatief opgesomde –[42] onderwerpen erbuiten, te weten 'de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksvermogensrecht of het vermogensrecht ter zake van relatievormen waaraan volgens het hierop van toepasselijke recht gevolgen worden verbonden welke vergelijkbaar zijn met die van het huwelijk' (onderdeel a), 'het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures' (onderdeel b), 'de sociale zekerheid' (onderdeel c), 'arbitrage' (onderdeel d), 'onderhoudsverplichtingen die voortvloeien uit familiebetrekkingen, bloedverwantschap, huwelijk of aanverwantschap'(onderdeel e), 'testamenten en erfenissen, met inbegrip van onderhoudsverplichtingen die ontstaan als gevolg van overlijden' (onderdeel f).[43]

Enquêterechtelijke zaken vallen niet onder de eerstbedoelde uitzonderingen, noch vallen de tot het enquêterecht behorende onderwerpen onder de laatstgenoemde uitzonderingen. Daarbij voegt zich dat het rapport-Jenard noch het door P. Schlosser opgestelde *Rapport over het Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie* (hierna: rapport-Schlosser)[44] steun biedt aan de gedachte dat het enquêterecht buiten het materiële toepassingsgebied van de EEX-Verordening II zou vallen. Het (Nederlandse) enquêterecht behoort tot het *ius civile*. Meer precies: afdeling twee van titel 8 van Boek 2 van

van de Ondernemingskamer in het kader van het enquêterecht niet af; *vide* hof Amsterdam (OK) 27 december 2006, *ARO* 2007/4, r.o. 3.4 (*Woudwood*). Blijkens het rapport-Jenard, p. 60 valt in beginsel het gehele vermogensrecht onder het toepassingsgebied van het EEX-Verdrag (thans: EEX-Verordening II), dat te dien aanzien 'in de ruimste zin' moet worden uitgelegd.

41 Volledigheidshalve wijs ik erop dat blijkens dat artikel de EEX-Verordening II 'met name' geen betrekking heeft op die onderwerpen en dat zij evenmin ziet op de aansprakelijkheid van de staat 'wegens een handeling of nalaten in de uitoefening van het openbaar gezag (*acta jure imperii*)'. Uit HvJ EU 23 oktober 2014, C-302/13, *NJ* 2015/284, m.nt. L. Strikwerda, punt 27 (*Starptautiskā lidosta Rīga*) volgt dat de uitgezonderde onderwerpen strikt moeten worden uitgelegd.

42 *Vide* rapport-Jenard, p. 56; P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1 Brussel I-bis, aant. 11; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1 Brussel I-bis, aant. 3; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 54.

43 De(ze) uitgesloten onderwerpen vallen alleen buiten de (materiële) reikwijdte van het EEX-Verdrag (thans: de EEX-Verordening II) indien zij het 'hoofdonderwerp' van het rechtsgeding uitmaken en niet als zij incidenteel of als prealabele vragen aan de rechter worden voorgelegd; *vide* rapport-Jenard, p. 60.

44 *PbEG* 1979, C 59/71.

het *Burgerlijk* Wetboek. Op een bij de Ondernemingskamer uit hoofde van het enquêterecht aangebrachte zaak zijn, m.u.v. art. 2:350, tweede lid, BW, de bepalingen van de verzoekschriftprocedure als neergelegd in art. 261 *et seq*. van het Wetboek van *Burgerlijke* Rechtsvordering van toepassing.[45]

Het is voor de toepassing van de EEX-Verordening II niet van belang of de procedure wordt ingeleid met een dagvaarding dan wel met een verzoekschrift,[46] noch is het van belang of de procedure eindigt met een vonnis/arrest of met een beschikking.[47] Evenmin is het van belang wat de aard van het gerecht waarvoor de burgerlijke en handelszaak speelt, is (*vide* art. 1, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II).[48] Overigens is het, gelet op het bepaalde in art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II, waarover ik nog kom te spreken (*vide* § 5.1.1.5), niet van belang of de vordering dan wel het verzoek ziet op kwesties die verband houden met de interne organisatie en de besluitvorming van een rechtspersoon.[49]

Tot besluit, en wellicht ten overvloede, breng ik onder de aandacht dat in de considerans (onder 10) van de EEX-Verordening II staat dat het van belang is dat, met uitzondering van bepaalde duidelijk omschreven aangelegenheden, 'alle' belangrijke burgerlijke en handelszaken onder de werkingssfeer van deze verordening worden gebracht.

Gezien het vorenstaande, zijn naar mijn idee alle zaken die zich in het kader van het Nederlandse enquêterecht bij de Ondernemingskamer afspelen – meer precies: zaken die voortkomen uit bij de Ondernemingskamer ingediende verzoeken op grond van bepalingen in afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 BW – aan te merken als burgerlijke

45 *Cf.* J.M. Hebly, *Verkrijging van getuigenbewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken. Een onderzoek naar de voorgeschiedenis, werking en mogelijkheden van artikel 202 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering in samenhang met de relevante verdragsbepalingen* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 59-62.

46 *Vide* H.E. Ras, 'De betekenis van het EEG-Executieverdrag voor de rechter van het land waar een onder het verdrag vallende zaak wordt aangebracht', *TvP* 1975, p. 853; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 6b; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 59.

47 In die richting wijst het feit dat in de EEX-Verordening II wordt gesproken van 'beslissing', waaronder blijkens art. 2, aanhef en onderdeel a, EEX-Vo II moet worden verstaan 'elke door een gerecht van een lidstaat gegeven beslissing, *ongeacht de daaraan gegeven benaming, zoals arrest, vonnis, beschikking* [curs. RPJ]'.

48 Waar het om gaat, is of de desbetreffende zaak kan worden aangemerkt als een burgerlijke zaak of een handelszaak, een en ander in de zin van art. 1, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II. Zo ja, dan is het niet ter zake dienend of die zaak zich voor de civiele rechter, de strafrechter of de bestuursrechter afspeelt; *vide* rapport-Jenard, p. 58-60; rapport-Schlosser, p. 82. *Vide* ook HvJ EG 21 april 1993, C-172/91, punt 16 (*Waidmann*); HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98, punt 30 (*Bamberski*).

49 *Vide* ook het Groenboek over de herziening van Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM (2009) 175 def., Brussel 2009, *para* 8.2.

of handelszaken, een en ander in de zin van art. 1, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II, en vallen derhalve binnen de materiële reikwijdte van de EEX-Verordening II.[50]

5.1.1.3 Hoofdregel

Naast een materieel toepassingsgebied heeft de EEX-Verordening II een (beperkt)[51] formeel toepassingsgebied. De (algemene) hoofdregel staat in art. 4, eerste lid, EEX-Vo II.[52] Daarin is bepaald dat, wil die regel toepassing vinden, de verweerder[53] (a) zijn woonplaats op het grondgebied van een lidstaat moet hebben en (b) hij, ongeacht zijn nationaliteit, voor de gerechten[54] van die lidstaat wordt opgeroepen (het *forum rei*[55]).[56] Hierbij is niet van belang waar (binnen of buiten de EU) de eiser of verzoeker

50 Op dit spoor zit ook F.G. Laagland, 'IPR-problemen in de WOR en het enquêterecht. Ondernemingskamer 21 december 2012, JAR 2013/67 (VLM II) en HR 29 maart 2013, JOR 2013/166 (Chinese Workers)', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2013 (12) 3.2, p. 42: 'Het enquêterecht is een burgerlijke of handelszaak: het onderwerp is privaatrechtelijk van aard en het rechtsgeschil speelt zich af tussen twee privaatrechtelijke (rechts)personen.' *Vide* ook de noot, onder 2, van Josephus Jitta bij hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, *JOR* 2009/127, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*e-Traction*), waarin hij het volgende opmerkte: 'Misschien moet de vrijmoedige conclusie wel zijn dat het enquêterecht buiten de werkingssfeer van de EEX-Verordening valt; *dat lijkt echter niet te verenigen met de considerans van de EEX-Verordening die met uitzondering van bepaalde duidelijk in de Verordening omschreven onderwerpen alle belangrijke burgerlijke en handelszaken onder de werkingssfeer van de Verordening wil brengen* [curs. RPJ].'

51 *Vide* F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 6 Brussel I-bis, aant. 1, aldaar verwijzend naar art. 6, eerste lid, EEX-Vo II.

52 *Vide* P. Vlas, *Rechtspersonen*, Praktijkreeks IPR, deel 9, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2017, p. 137 (nr. 188); F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 4 Brussel I-bis, aant. 1; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 6b. Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 58.

53 Men leze te dien aanzien art. 4, eerste lid, EEX-Vo II in samenhang met art. 6 EEX-Vo II.

54 Art. 4, eerste lid, EEX-Vo II wijst alleen de internationaal bevoegde gerechten van een bepaalde lidstaat aan; het is aan het nationale (proces)recht van deze overgelaten om te bepalen welke rechter relatief, en absoluut, bevoegd is. *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 4 Brussel I-bis, aant. 2; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 4 Brussel I-bis, aant. 1e; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 6b; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 60. Volgens Vlas, hiervoor aangehaald, heeft in de praktijk de hier bedoelde verwijzing 'gewoonlijk (…) geen andere uitwerking dan dat de rechter van de woonplaats van de verweerder bevoegd is, nu de lidstaten deze bevoegdheidsregel in hun nationale procesrecht kennen'.

55 F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 4 Brussel I-bis, aant. 1.

56 *Vide* ook S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 4b; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 60-61. *Vide* tevens de considerans, onder 15, van de EEX-Vo II: 'De bevoegdheidsregels moeten in hoge mate voorspelbaar zijn, waarbij als beginsel geldt dat de bevoegdheid in het algemeen gegrond wordt op de woonplaats van de verweerder. De bevoegdheid moet altijd op die grond kunnen worden gevestigd, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt.' *Vide* bovendien HvJ EG 13 juli

zijn woonplaats[57] heeft.[58] Ten tijde van, vanuit Nederland bezien, de betekening van de dagvaarding of van de indiening van het verzoekschrift moet de verweerder woonplaats hebben op het grondgebied van de lidstaat van de aangezochte rechter.[59] Als hij op dat moment níét daarop woonachtig is, dient de rechter ingevolge art. 6, eerste lid, eerste zinsnede, EEX-Vo II zijn bevoegdheid vast te stellen aan de hand van de nationale bevoegdheidsregels van de desbetreffende lidstaat, tenzij sprake is van een – als uitzondering op het genoemde onder (a) *supra* vormend – geval als bedoeld in art. 18 eerste lid, EEX-Vo II, art. 21, tweede lid, EEX-Vo II, art. 24 EEX-Vo II of art. 25 EEX-Vo II (*vide* art. 6, eerste lid, laatste zinsnede, EEX-Vo II[60]).[61] Indien de verweerder[62] wél aldaar woonachtig is, kán, dat staat ter discretie van de eiser/verzoeker, hij – bij wijze van uitzondering op het genoemde onder (b) *supra* – in de in art. 7-8 EEX-Vo II aangeduide gevallen (de bijzondere of alternatieve bevoegdheidsgronden) worden opgeroepen voor een ander gerecht dan dat is aangewezen conform de hoofdregel.[63]

2000, *NJ* 2003/597, m.nt. P. Vlas, punt 35 (*UGIC*): 'Deze bevoegdheidsregel, die de uitdrukking vormt van het adagium actor sequitur forum rei, heeft het karakter van een algemeen beginsel, wat hierdoor is te verklaren dat op grond van deze regel de verweerder zich in beginsel gemakkelijker kan verdedigen (…).' *Vide* hiernaast het rapport-Jenard, p. 75.

57 Krachtens art. 62, eerste lid, EEX-Vo II past de rechter zijn interne recht toe om vast te stellen of een partij woonplaats heeft op het grondgebied van de lidstaat bij het gerecht van welke een zaak aanhangig is gemaakt. De woonplaats van rechtspersonen en vennootschappen wordt daarentegen autonoom bepaald, en wel door art. 63, eerste lid, EEX-Vo II, waarin staat dat voor toepassing van de EEX-Verordening II zij woonplaats hebben op de plaats van (a) hun statutaire zetel, (b) hun hoofdbestuur of (c) hun hoofdvestiging. *Vide* hieromtrent Vlas 2017, *op. cit.*, nr. 178 en 180 *et seq.*; P. Vlas, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 4 Brussel I-bis, aant. 4. *Vide* tevens § 5.2.2, i.h.b. de *Citadel*-zaak.

58 *Vide* HvJ EG 13 juli 2000, *NJ* 2003/597, m.nt. P. Vlas, punt 33-61, i.h.b. punt 57 en 61 (*UGIC*).

59 *Vide* F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 4 Brussel I-bis, aant. 1d.

60 *Vide* ook (aanvullend) Vlas 2017, *op. cit.*, p. 138-139 (nr. 190); F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 6 Brussel I-bis, aant. 1e-g.

61 *Vide* ook de considerans, onder 14, van de EEX-Vo II: 'Met het oog op de bescherming van consumenten en werknemers, en teneinde de bevoegdheid van de gerechten van de lidstaten in gevallen waarin deze exclusieve bevoegdheid hebben, zeker te stellen en de autonomie van de partijen te eerbiedigen, dienen bepaalde bevoegdheidsregels in deze verordening te gelden, *ongeacht de woonplaats van de verweerder* [curs. RPJ].' In dergelijke gevallen geldt een afwijkend formeel toepassingsgebied; *vide* S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 4b.

62 In de aanhef van art. 7 EEX-Vo II en van art. 8 EEX-Vo II wordt gesproken van 'een persoon', maar daarmee wordt bedoeld 'de verweerder'; *vide* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 139 (nr. 191).

63 *Vide* S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 7 Brussel I bis-Verordening, aant. 1; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 8 Brussel I-bis, aant.1. Volledigheidshalve wijs ik op art. 5, eerste lid, EEX-Vo II, waarin is bepaald dat degenen die op het grondgebied van een lidstaat woonplaats hebben, 'slechts' (limitatief dus) voor het gerecht van een andere lidstaat kunnen worden opgeroepen op grond van de in de afdelingen 2 tot en met 7 van hoofdstuk II gegeven regels. Ik heb hier louter afdeling 2, met uitzondering van art. 9 EEX-Vo II genoemd. De afdelingen 3 tot en met 5 laat ik rusten; zij zijn niet relevant voor dit onderzoek. Afdelingen 6 en 7 worden later in dit hoofdstuk nog (deels) behandeld.

Willen de bevoegdheidsregels van de EEX-Verordening II, waaronder art. 4 EEX-Vo II, van toepassing zijn, dan dient de rechtsbetrekking tussen partijen een internationaal karakter te hebben.[64] Het Hof van Justitie drukt dit aldus uit dat voor de toepassing van de bevoegdheidsregels van de EEX-Verordening II een 'extraneïteitselement' vereist is.[65] Zuiver interne gevallen, men denke aan de situatie waarin (onder andere) zowel de eiser (verzoeker) als de gedaagde (verweerder) zijn woonplaats in een en dezelfde lidstaat heeft,[66] vallen (dus) buiten de formele reikwijdte van deze regeling.[67] Naar het oordeel van het Hof van Justitie behoeft het internationale karakter van de betrokken rechtsverhouding evenwel niet voort te vloeien uit de omstandigheid dat, wegens (i) de grond van de zaak of (ii) de respectieve woonplaats van partijen bij het geding, meerdere lidstaten bij de zaak betrokken zijn;[68] de betrokkenheid van een lidstaat en een niet-lidstaat kan de betrokken rechtsverhouding immers – eveneens – een internationaal karakter geven, bijvoorbeeld omdat de verzoeker (eiser) en de verweerder (gedaagde) hun woonplaats op het grondgebied van een lidstaat hebben en de litigieuze feiten in een niet-lidstaat hebben plaatsgevonden.[69]

Binnen de grenzen van het materiële EEX-Vo II-toepassingsgebied en het formele EEX-Vo II-toepassingsgebied is de in de EEX-Verordening II vervatte bevoegdheidsregeling dwingend en uitputtend.[70] Dit impliceert dat als (a) een extraneïteitselement aanwezig is, (b) een vordering/verzoek kan worden gekwalificeerd als een burgerlijke of handelszaak, een en ander in de zin van art. 1, eerste lid, eerste

64 *Vide* rapport-Jenard, p. 57. *Vide* ook rapport-Schlosser, p. 81.

65 *Vide* HvJ EG 1 maart 2005, C-281/02, punt 25 (*Jackson*); HvJ EU 14 november 2013, C-478/12, punt en 25-26 en 28 (*lastminute.com*). In HvJ EU 17 november 2011, C-327/10, punt 29 (*Lindner*) overwoog het Hof van Justitie dat 'de toepassing van de bevoegdheidsregels van die [EEX-] verordening het bestaan van een *element van vreemdelingschap* [curs. RPJ] vereist' en in HvJ EU 19 december 2013, C-9/12, punt 18 (*La Maison du Whisky*) overwoog het dat 'de toepassing van die regels [inzake jurisdictiegeschillen in burgerlijke en handelszaken, toev. RPJ] vereist dat het geding een *aanknopingspunt met het buitenland* [curs. RPJ] heeft'. Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 56 spreken van een 'internationaliteitsvereiste'. *Vide* over dit vereiste Ibili 2007, *op. cit.*, p. 216-217; Kuypers, *op. cit.*, p. 87 *et seq. Cf.* Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 6-7.

66 *Vide* ook Rapport-Jenard, p. 57. *Cf.* de conclusie, onder 3.14, van A-G Vlas bij HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/226, m.nt. G. van Solinge, r.o. 6.2.2 (*e-Traction*): 'Nu zowel de verzoekers als de gerekwestreerden hun woonplaats c.q. plaats van vestiging in Nederland hebben, is vanuit internationaal privaatrechtelijk oogpunt geen sprake van een grensoverschrijdend geschil.' *Vide* ook Strikwerda en Schaafsma, *op. cit*., p. 6.

67 *Vide* S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 4b; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.,* p. 56.

68 *Vide* HvJ EG 1 maart 2005, C-281/02, punt 26 (*Jackson*); HvJ EU 14 november 2013, C-478/12, punt 26 (*lastminute.com*).

69 *Vide* HvJ EG 1 maart 2005, C-281/02, punt 26 (*Jackson*).

70 *Vide* HR 4 februari 2000, *NJ* 2005/335, r.o. 3.3 (*Universal Ogden Services*); HR 9 februari 2001, *NJ* 2001/290, m.nt. P. Vlas, r.o. 3.5 (*Apotheek Schothorst*); HR 6 februari 2004, *NJ* 2005/403, m.nt. P. Vlas, r.o. 3.2.2 (*Hans Ulrich Petermann Beratungs- und Vertriebs*). *Vide* ook Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 58.

volzin, EEX-Vo II, en (c) de verweerder zijn woonplaats op het grondgebied van een lidstaat heeft, een en ander in de zin van art. 4, eerste lid, EEX-Vo II *iuncto* art. 62 EEX-Vo II of art. 63 EEX-Vo II, de rechter (in beginsel) ambtshalve de bevoegdheidsregels van de EEX-Verordening II dient toe te passen, ongeacht of door (een der) partijen een beroep op deze regeling is gedaan,[71] en zij prevaleren boven de nationale bevoegdheidsregels.[72] Zulks leidt er, onder andere, toe dat een

71 Zowel in gevallen die worden bestreken door de bevoegdheidsregeling van een verdrag, waaronder het EEX-Verdrag, of van een EU-verordening, waaronder de EEX-Verordening (II), als in gevallen die worden bestreken door de commune bevoegdheidsregeling van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geldt dat de regels van internationaal bevoegdheidsrecht van openbare orde zijn, hetgeen impliceert dat zowel de rechter *in prima* als de rechter in hoger beroep gehouden is ambtshalve te onderzoeken of de (aangezochte) Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt, waarbij komt dat voor de appelrechter die verplichting ook geldt indien geen der partijen zich over de vraag naar de rechtsmacht van de Nederlandse rechter heeft uitgelaten, en tevens indien deze vraag buiten de grenzen van het door de grieven ontsloten gebied van de rechtsstrijd in hoger beroep valt; *vide* HR 17 april 2015, *NJ* 2015/453, m.nt. L. Strikwerda, r.o. 3.3.2 (*Kompas Overseas*); HR 12 april 2019, *NJ* 2019/260, m.nt. L. Strikwerda, *JIN* 2019/90, m.nt. M. Teekens, r.o. 3.4.3. In de laatstgenoemde uitspraak overwoog de Hoge Raad ook nog (*vide* r.o. 3.4.4) dat de rechter die in het kader van de toepassing van (de voorloper van) de EEX-Verordening II, zowel als in het kader van de toepassing van de commune regels voor rechtsmacht, onderzoekt of hem bevoegdheid toekomt, zich bij dat onderzoek niet dient te beperken tot de stellingen van de eisende of verzoekende partij, maar ook acht moet slaan op alle hem ter beschikking staande gegevens over de werkelijk tussen partijen bestaande rechtsverhouding en, in voorkomende gevallen, op de stellingen van de verwerende partij. Wel geldt hierbij de beperking dat als de laatstbedoelde partij de stellingen van de eerstbedoelde partij betwist, de rechter in het kader van zijn bevoegdheidsbepaling geen gelegenheid tot bewijslevering behoeft te geven. Het bevoegdheidsonderzoek mag dus, aldus, nog steeds, de Hoge Raad, niet plaatsvinden op basis van enkel de door de eisende/verzoekende partij gekozen grondslag van haar vordering/verzoek. Dit oordeel is een herhaling van dat in HR 29 maart 2019, *NJ* 2019/259, r.o. 4.1.4-4.1.5. *Vide* ook HR 14 april 2017, *NJ* 2017/418, m.nt. L. Strikwerda, r.o. 4.2.3 (*LAG Trailers*). *Vide* over al het voorgaande tevens de noot, onder 8-12, van Strikwerda bij de uitspraak als afgedrukt in *NJ* 2019/260.

72 *Vide* HvJ EU 19 december 2013, C-9/12, punt 22 (*La Maison du Whisky*). *Vide* ook Strikwerda en Schaafsma, *l.s.c.* G. van Solinge en C.D.J. Bulten, 'Rechtsmachtperikelen in Titel 8 Boek 2 BW', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 68, Deventer: Kluwer 2002, p. 127 en Van Solinge in zijn noot, onder 6, bij HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/226, m.nt. G. van Solinge, r.o. 6.2.1-6.2.2 (*e-Traction*) merkten op dat '[i]n een enquêteprocedure (…) de verordening, verdragen en ongeschreven rechtsmachtregels geen rol [spelen, toev. RPJ]' respectievelijk 'de EEX-Verordening niet van toepassing is op het Nederlandse enquêterecht'. Zonder toelichting, die ontbrak, is dit niet begrijpelijk. Noch met het materiële toepassingsgebied, noch met het formele toepassingsgebied, noch met jurisprudentie van het Hof van Justitie, noch met de toelichtende rapporten Jenard en Schlosser legden zij een verband teneinde die stelling te onderbouwen. Indien zij van mening zijn dat de EEX-Verordening niet van toepassing is omdat de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om kennis te nemen van enquêteverzoeken waaraan een extraneïteitselement kleeft, moet worden gebaseerd op art. 995, eerste lid, Rv *iuncto* art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW, dan is zulks reeds hierom onjuist dat de EEX-Verordening (II) van hogere orde is dan het commune Nederlandse bevoegdheidsrecht en zij derhalve voorrang heeft. Dit betekent dat als aan de in de hoofdtekst genoemde voorwaarden onder a-c is voldaan, de Ondernemingskamer ambtshalve

rechter (i) zich niet onbevoegd mag verklaren op de grond dat hij een gerecht van een andere (lid)staat een geschikter forum acht om van het geschil kennis te nemen (de *forum non conveniens*-exceptie),[73] (ii) wanneer hij geen bevoegdheid aan de EEX-Verordening II kan ontlenen, hij zich desondanks niet bevoegd kan verklaren op de grond dat hij zijn eigen gerecht een geschikt(er) forum acht om van het geschil kennis te nemen (*forum conveniens*)[74] en (iii) een partij in een voor hem aanhangige procedure niet mag verbieden een zaak aanhangig te maken of voort te zetten bij een andere rechter van een lidstaat, zelfs niet indien deze partij te kwader trouw handelt om de reeds aanhangige procedure te belemmeren.[75]

Wat dit een en ander, in het kader van hoofdregel, voor het Nederlandse enquêterecht betekent, in het bijzonder in geval van een bij de Ondernemingskamer ingediend verzoek om een concerngenotenenquête, zal ik illustreren aan de hand van drie voorbeelden. Voorbeeld één. Zowel de verzoeker als de verwerende moedermaatschappij en haar verwerende dochtermaatschappij hebben hun woonplaats op het grondgebied van Nederland. Nu de rechtsbetrekking tussen deze partijen geen internationaal karakter heeft, mist de EEX-Verordening II toepassing.

> In een enquêteprocedure kunnen ook belanghebbenden worden toegelaten, waaronder in het buitenland woonachtige. Zulk een situatie deed zich voor in de *e-Traction*-zaak.[76] In die zaak waren de verzoekers zowel als de verweersters (kennelijk) in Nederland woonachtig. Een aantal belanghebbenden was daarentegen in het buitenland woonachtig. De Ondernemingskamer beval bij wijze van voorziening op de voet van

---

de bevoegdheidsregels van de EEX-Verordening (II) dient toe te passen. Het commune Nederlandse bevoegdheidsrecht is alsdan uitgeschakeld; *vide* Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.,* p. 58. *Vide* ook Ibili 2007, *op. cit.*, p. 187; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 1i; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 37.

73 *Vide* HvJ EG 1 maart 2005, C-281/02, punt 46 (*Jackson*); P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 4 Brussel I-bis, aant. 6; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 4 Brussel I-bis, aant. 2.

74 *Vide* F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 4 Brussel I-bis, aant. 2.

75 *Vide* HvJ EG 27 april 2004, C-159/02, punt 31 (*Grovit*). *Vide* ook HvJ EG 10 februari 2009, C-185/07, punt 34 (*West Tankers*).

76 Hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, *JOR* 2009/127, m.nt. M.W. Josephus Jittam (*e-Traction*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 7 februari 2012, *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman, *AA* 2012/5, m.nt. S.M. Bartman, *JIN* 2012/99, m.nt. P. Haas (*Chinese Workers*), waarin Yeh-Chiu, de verzoekster tot enquête, haar woonplaats op het grondgebied van Nederland had en de gerekestreerde, Chinese Workers B.V., eveneens zijn woonplaats op het grondgebied van Nederland had. Volgens Laagland *op. cit.,* p. 42 had de Ondernemingskamer in die zaak ambtshalve moeten nagaan of haar internationale bevoegdheid toekwam, aangezien Yeh-Chiu haar verzoek deed in haar hoedanigheid van houdster van aandelen in het geplaatste kapitaal van een naar vreemd recht opgerichte vennootschap, namelijk Chinnede Ltd., welke vennootschap, op haar beurt, alle aandelen in het geplaatste kapitaal van Chinese Workers B.V. hield. Dit maakte de kwestie in Laagland haar optiek tot een grensoverschrijdend geschil. Betoogd zou kunnen worden dat nu een (van de) belanghebbende(n) – ook een procespartij – woonachtig in het buitenland was, er sprake was van een geschil als evengenoemd. Maar dat zou nog steeds leiden tot bevoegdheid van de Ondernemingskamer, aangezien ingevolge de hoofdregel als bedoeld in art. 2, eerste lid, EEX-Vo, in samenhang gelezen

art. 2:355, eerste lid, BW *iuncto* art. 2:356, aanhef en onderdeel e, BW de overdracht ten titel van beheer van de door e-Traction Worldwide S.C.A., een belanghebbende gevestigd te Luxemburg, in het geplaatste kapitaal van e-Traction Europe B.V. gehouden aandelen aan Cornelissen te Amsterdam.

In cassatie[77] werd, onder andere, geklaagd dat de Ondernemingskamer ten onrechte had beslist dat zij te dier zake rechtsmacht had. Volgens de verzoekers tot cassatie had, nu de vorenbedoelde voorziening was gericht op e-Traction Worldwide S.C.A. en deze woonplaats had op het grondgebied van Luxemburg, de vraag of de Ondernemingskamer in dezen rechtsmacht toekwam, moeten worden beantwoord op grond van de bevoegdheidsregels van de EEX-Verordening.

De Hoge Raad overwoog dat deze opvatting onjuist is. Volgens hem vond immers voor de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om van de verzoeken kennis te nemen en de onderhavige voorziening te treffen de EEX-Verordening geen toepassing (maar art. 2:345 BW (*iuncto* art. 995, eerste lid, BW)), nu zowel de verzoekers van die voorziening als de vennootschappen ten aanzien van wie die is getroffen (dat was er maar één) woonplaats hadden in Nederland (*vide* r.o, 6.2.2, eerste al.).[78]

Teneinde uit te maken of het voor de toepassing van de bevoegdheidsregels van de EEX-Verordening (II) vereiste extraneïteitselement aanwezig is in geval van een tot de enquêteprocedure toegelaten belanghebbende die in het buitenland woonachtig is, zijn er in mijn optiek drie benaderingen mogelijk: (1) een enge, *i.e.* dat alleen wordt gekeken naar de woonplaatsen van de verweerder en verzoeker, (2) een ruime, *i.e.* dat naar de woonplaatsen van álle procespartijen (verzoeker, verweerder en belanghebbende) wordt gekeken, en (3) een genuanceerde, *i.e.* dat alleen mede naar de woonplaats van de belanghebbende wordt gekeken als hij een zelfstandig verzoek (in de vorm van *e.g.* een enquête- of wanbeleidverzoek dan wel een verzoek om (onmiddellijke) voorzieningen) in zijn verweerschrift heeft opgenomen (*vide* art. 282, vierde lid, Rv). De Hoge Raad koos in de onderhavige zaak – in navolging van A-G Vlas – (kennelijk) voor de enge benadering. Zonder toelichting, die ontbreekt, is mij niet duidelijk waarom hij niet mede keek naar (de) belanghebbenden; in verzoekschriftprocedures wordt eveneens deze volgens de wet als procespartij aangemerkt (*vide* HR 18 januari 2013, *NJ* 2013/60, r.o. 3.5), een aantal belanghebbenden was in dezen in het buitenland woonachtig en zij hadden (mede) verzoeken gedaan die gericht waren op de vennootschap bij wie de

---

met art. 4 EEX-Vo, de verweerder wordt opgeroepen voor de gerechten van de lidstaat op wiens grondgebied hij zijn woonplaats heeft en die plaats in dit geval in Nederland lag. Waar de verzoeker of belanghebbende zijn woonplaats heeft, is voor de toepassing van de bevoegdheidsregels van de EEX-Verordening niet relevant.

77 HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/226, m.nt. G. van Solinge, r.o. 6.2.1-6.2.2 (*e-Traction*).

78 *Vide* ook de conclusie, onder 3.14, van A-G Vlas bij HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/226, m.nt. G. van Solinge, r.o. 6.2.1-6.2.2 (*e-Traction*), waarin hij opmerkte dat 'vanuit internationaal privaatrechtelijk oogpunt geen sprake [is, toev. RPJ] van een *grensoverschrijdend geschil* [curs. RPJ]'.

Ondernemingskamer had ingegrepen door middel van het bevelen van de aandelenoverdracht ten titel van beheer (e-Traction Europe B.V.) aan de kant van de in Luxemburg woonachtige aandeelhouder (e-Traction Worldwide S.C.A.).

Verdere beschouwingen hierover kunnen achterwege blijven; de vraag of in de voorliggende zaak sprake was van een internationaal geval of van een zuiver intern geval, kan namelijk in het midden worden gelaten, omdat in beide gevallen de Ondernemingskamer de bevoegde rechter was, niet die in Luxemburg. Dat de Ondernemingskamer desverzocht een (onmiddellijke) voorziening kan treffen, zoals *in casu* de aandelenoverdracht ten titel van beheer, die gevolgen heeft voor een in het buitenland woonplaats hebbende natuurlijke persoon of rechtspersoon als lid van een orgaan van een in Nederland woonplaats hebbende gerekestreerde vennootschap, zoals *in casu* e-Traction Worldwide S.C.A., maakt(e) dit niet anders,[79] nu niet uit het oog moet worden verloren dat het bij de toepassing van de hoofdregel als bedoeld in art. 2, eerste lid, EEX-Vo (thans: art. 4, eerste lid, EEX-Vo II), in samenhang gelezen met art. 4 EEX-Vo (thans: art. 6 EEX-Vo II), louter van belang is waar de 'verweerder' zijn woonplaats heeft en in het enquêterecht slechts de te enquêteren rechtspersoon als zodanig kan worden beschouwd (desverzocht wordt er naar *zijn* beleid en gang van zaken eventueel een onderzoek bevolen en desverzocht worden er bij *hem* eventueel (onmiddellijke) voorzieningen getroffen),[80] niet de leden van zijn organen. Laatstgenoemden kunnen in een enquêteprocedure, wanneer zij verweer willen voeren, hooguit als 'belanghebbenden' verschijnen, maar dat is voor het bepalen van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer niet ter zake dienend.[81]

---

79 In deze richting kennelijk ook HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/226, m.nt. G. van Solinge, r.o. 6.2.2 (*e-Traction*); conclusie, onder 3.16, van A-G Vlas bij deze beschikking. Volgens A-G Vlas rijst door het treffen van een voorziening met grensoverschrijdende gevolgen nog geen vraag van internationale bevoegdheid. *Cf.* zijn conclusie, onder 2.5, bij HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013, p. 466-476, m.nt. B.F. Assink (*Chinese Workers*), waarin hij opmerkte dat '[n]och uit de wet noch uit de rechtspraak volgt dat de uit de enquête voortvloeiende maatregelen beperkt moeten blijven tot de Nederlandse landsgrenzen'.

80 *Vide* art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW, waarin, voor zover hier van belang, is bepaald dat de Ondernemingskamer op verzoek een of meer personen kan benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de 'rechtspersoon', en art. 2:349a, tweede lid, waarin, voor zover hier van belang, is bepaald dat de Ondernemingskamer op verzoek een onmiddellijke voorziening kan treffen indien zulks vereist is in verband met de toestand van de 'rechtspersoon'. Kortom, de enquêteprocedure is gericht op de rechtspersoon.

81 Kennelijk ook HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/226, m.nt. G. van Solinge, r.o. 6.2.2 (*e-Traction*); conclusie, onder 3.16, van A-G Vlas bij deze beschikking. Anders: D.A.M.H.W. Strik, 'Internationale aspecten van de Ondernemingskamer', *WPNR* 2014/7037, p. 1019 (voetnoot 10). Zij ziet niet in waarom het oproepen van belanghebbenden als bedoeld in (mede), als ik het goed zie, art. 2, eerste lid, EEX-Vo en art. 6 EEX-Vo niet binnen de reikwijdte van de EEX-Verordening zou vallen. Strik ziet kennelijk voorbij aan art. 4, eerste lid, EEX-Vo, waaruit, in samenhang gelezen met art. 2, eerste lid, EEX-Vo, volgt dat voor de toepassing van de hoofdregel als bedoeld in laatstgenoemd artikel slechts van belang is het grondgebied waarop de verweerder zijn woonplaats heeft. Voor de bevoegdheid van de Ondernemingskamer is de woonplaats van eventuele belanghebbenden dan ook van geen belang.

Voorbeeld twee. De verzoeker heeft zijn woonplaats op het grondgebied van China, de verwerende moedermaatschappij heeft haar woonplaats op het grondgebied van Nederland en de verwerende dochtermaatschappij heeft haar woonplaats op het grondgebied van Duitsland. De rechtsbetrekking tussen deze partijen heeft een internationaal karakter en beide enquêtesubjecten hebben hun woonplaats op het grondgebied van een lidstaat. Mitsdien is de EEX-Verordening II van toepassing. Uit de hoofdregel als bedoeld in art. 4, eerste lid, EEX-Vo II volgt dan dat de Ondernemingskamer wél bevoegd is kennis te nemen van het enquêteverzoek ten aanzien van de, kort gezegd, Nederlandse vennootschap, maar niet ten aanzien van de, kort gezegd, Duitse vennootschap.

Voorbeeld drie. De verzoeker heeft zijn woonplaats op het grondgebied van Frankrijk, de verwerende moedermaatschappij heeft haar woonplaats op het grondgebied van Australië en de verwerende dochtermaatschappij heeft haar woonplaats op het grondgebied van Nederland. De rechtsbetrekking tussen deze partijen heeft een internationaal karakter en het laatstgenoemde enquêtesubject heeft zijn woonplaats op het grondgebied van een lidstaat. Mitsdien is in zoverre de EEX-Verordening II van toepassing en is de Ondernemingskamer ingevolge de eerdergenoemde hoofdregel bevoegd om van het enquêteverzoek kennis te nemen. Met betrekking tot het enquêtesubject met woonplaats op het grondgebied van een niet-lidstaat, te weten Australië, mist de EEX-Verordening II evenwel, in beginsel, toepassing. Krachtens art. 6, eerste lid, EEX-Vo II dient de Ondernemingskamer alsdan, in beginsel, haar (internationale) bevoegdheid vast te stellen aan de hand van de nationale bevoegdheidsregels als bedoeld in art. 1-14 Rv,[82] waarover hierna (*vide* § 5.1.2).

5.1.1.4 Pluraliteit van verweerders

De EEX-Verordening II kent ook – ter aanvulling op de hierboven besproken hoofdregel – een aantal alternatieve bevoegdheidsregels. Deze zijn opgenomen in art. 7 en 8 EEX-Vo II. Op grond daarvan kán (facultatief dus, niet imperatief) een verweerder voor een ander gerecht worden opgeroepen dan dat krachtens art. 4 EEX-Vo II bevoegd is. Een alternatieve regel waar ik hieronder bij stil wil staan, betreft art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II[83] (het *forum connexitatis*). Daarin staat dat een op het grondgebied van een lidstaat woonplaats hebbende (rechts)persoon eveneens, indien er meerdere verweerders zijn, kan worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van een der verweerders (die verweerder is de zogenoemde 'ankerverweerder' en de overige verweerders zijn de 'medeverweerders'), met dien verstande dat er tussen de vorderingen (verzoeken) een 'zo nauwe band bestaat dat een

82 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 6 Brussel I-bis, aant. 1; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 6 Brussel I-bis, aant. 1.

83 Voorheen art. 6, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo en daarvoor art. 6, aanhef en onderdeel 1, EEX-Verdrag. *Cf.* art. 7, eerste lid, Rv en daarover HR 29 maart 2019, *NJ* 2019/259, r.o. 4.2.2 alsmede de noot, onder 13-14, van Strikwerda als opgenomen in *NJ* 2019/260.

goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven'.

Ingeval meerdere personen bij het proces betrokken zijn, spreken we van *litis consortium*.[84] Deze pluraliteit van procespartijen kan zich voordoen aan de actiefzijde, *i.e.* twee of meer eisers dan wel verzoekers ageren tegen één gedaagde dan wel verweerder, aan de passiefzijde, *i.e.* één eiser dan wel verzoeker betrekt twee of meer gedaagden dan wel verweerders in rechte, of aan beide zijden (gemengd), *i.e.* twee of meer eisers dan wel verzoekers procederen tegen twee of meer gedaagden dan wel verweerders.[85] Eerdergenoemd artikel betreft de passieve *litis consortium*, hoewel de gemengde niet valt uit te sluiten.[86] Mij gaat het hier om (de beoordeling van) de toepasselijkheid van art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II in de situatie waarin een aandeelhouder van een Nederlandse moedermaatschappij (mede) haar in het buitenland zetelende dochtermaatschappij(en) in een bij de Ondernemingskamer aan te brengen enquêtezaak wil betrekken.

Voor de toepasselijkheid van dat artikel is een zodanige 'samenhang'[87] vereist tussen de door eenzelfde eiser (of verzoeker) tegen verschillende – op het

84 Conclusie, onder 26, van A-G Ruiz-Jarabo Colomer bij HvJ EG 13 juli 2006, C-103/05, *NJ* 2008/79, *JBPR* 2008/16, m.nt. D.F. de Lange (*Reisch Montage*).

85 *Vide* de conclusie, onder 26, van A-G Ruiz-Jarabo Colomer bij HvJ EG 13 juli 2006, C-103/05, *NJ* 2008/79, *JBPR* 2008/16, m.nt. D.F. de Lange (*Reisch Montage*); de noot (p. 987) van Polak bij HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, *NJ* 2008/80, *JBPR* 2008/1, m.nt. D.F. de Lange, *AA* 2007/12, m.nt. M.V. Polak (*Freeport*).

86 Conclusie, onder 27, van A-G Ruiz-Jarabo Colomer bij HvJ EG 13 juli 2006, C-103/05, *NJ* 2008/79, *JBPR* 2008/16, m.nt. D.F. de Lange (*Reisch Montage*).

87 In art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II, evenals zijn voorloper art. 6, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo (art. 6, aanhef en onderdeel 1, EEX-Verdrag bevatte niet, althans niet expliciet, zulk een vereiste), wordt gesproken van een 'zo nauwe band'. Het Hof van Justitie bezigt evenwel het samenhangvereiste; *vide* HvJ EG 13 juli 2006, C-539/03, *NJ* 2008/76, m.nt. P. Vlas, *IER* 2006/76, m.nt. R.E.P. de Ranitz, punt 20-21 (*Roche*); HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, *NJ* 2008/80, *JBPR* 2008/1, m.nt. D.F. de Lange, *AA* 2007/12, m.nt. M.V. Polak, punt 39, 41 en 52-54 (*Freeport*); HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts, punt 80 (*Painer*); HvJ EU 12 juli 2012, C-616/10, *NJ* 2013/67, m.nt. Th.M. de Boer en Ch. Gielen, *IER* 2012/62, m.nt. S.J. Schaafsma, punt 23 (*Solvay*); HvJ EU 11 april 2013, C-645/11, *NJ* 2013/499, punt 42 (*Land Berlin*); HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, *NJ* 2016/106, m.nt. L. Strikwerda, *JBPR* 2016/15, m.nt. R.B. van Hees, punt 20 (*CDC*); HvJ EU 20 april 2016, C-366/13, *NJ* 2016/468, m.nt. L. Strikwerda, *JOR* 2016/159, m.nt. T.M.C. Arons, *Ondernemingsrecht* 2016/120, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens, punt 64 en 66 (*Profit Investment*); HvJ EU 27 september 2017, gevoegde zaken C-24/16 en C-25/16, punt 45 (*Nintendo*). *Vide* echter ook HvJ EG 27 september 1988, C-189/87, *NJ* 1990/425, m.nt. J.C. Schultsz, punt 12-13 (*Kalfelis*); HvJ EU 12 juli 2012, C-616/10, *NJ* 2013/67, m.nt. Th.M. de Boer en Ch. Gielen, *IER* 2012/62, m.nt. S.J. Schaafsma, punt 29 (*Solvay*); HvJ EU 11 april 2013, C-645/11, *NJ* 2013/499, punt 48 (*Land Berlin*). *Vide* voorts de noot, onder 3.1, van De Lange bij HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, *NJ* 2008/80, *JBPR* 2008/1, m.nt. D.F. de Lange, *AA* 2007/12, m.nt. M.V. Polak (*Freeport*).

grondgebied van een lidstaat woonplaats hebbende –[88] gedaagden (verweerders) ingestelde (gerichte) vorderingen (verzoeken) dat het van belang is ze tezamen te behandelen en te berechten.[89] In de arresten *Kalfelis*[90] en *Freeport*[91] ligt besloten dat de aangezochte rechter bij de beantwoording daarvan het *perpetuatio fori*-beginsel in acht moet nemen, op grond waarvan voor het bepalen van zijn bevoegdheid beslissend is het moment waarop de zaak *in prima* wordt aangebracht, zodat eventuele nadien gewijzigde feiten of omstandigheden niet meer aan zijn eenmaal op dat tijdstip vastgestelde bevoegdheid kunnen afdoen.[92]

Buitendien kan op art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II een beroep worden gedaan wanneer een in lidstaat A ingestelde vordering tegen een aldaar woonachtige verweerder en een in lidstaat B woonachtige medeverweerder – naar nationaal recht – jegens de eerstgenoemde verweerder reeds niet-ontvankelijk wordt geacht 'op het tijdstip van de instelling ervan'.[93]

Het begrip 'samenhang' houdt in dat er gevaar voor onverenigbare beslissingen bestaat in geval van afzonderlijke berechting van de verschillende bij de nationale rechter ingestelde vorderingen (of ingediende verzoeken).[94] Beslissingen worden

88 HvJ EU 11 april 2013, C-645/11, *NJ* 2013/499, punt 56 (*Land Berlin*). *Vide* ook de noot, onder 9, van Strikwerda erbij, welke te vinden is in *NJ* 2013/500. Zowel de ankerverweerder als de medeverweerder dient zijn woonplaats op het grondgebied van een lidstaat te hebben. In gelijk zin S.J. Schaafsma, 'Multiple defendants in intellectual property litigation', *NIPR* 2016, afl. 4, p. 698.

89 *Vide* ook Schaafsma 2016, *l.s.c.*

90 HvJ EG 27 september 1988, C-189/87, *NJ* 1990/425, m.nt. J.C. Schultsz, punt 12 (*Kalfelis*).

91 HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, *NJ* 2008/80, *JBPR* 2008/1, m.nt. D.F. de Lange, *AA* 2007/12, m.nt. M.V. Polak, punt 54 (*Freeport*).

92 *Vide* ook de noten, onder 3 (*i.f.*) respectievelijk 7, van Vlas en Strikwerda bij HvJ EG 13 juli 2006, C-539/03, *NJ* 2008/76, m.nt. P. Vlas, *IER* 2006/76, m.nt. R.E.P. de Ranitz (*Roche*) respectievelijk HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, *NJ* 2016/106, m.nt. L. Strikwerda, *JBPR* 2016/15, m.nt. R.B. van Hees (*CDC*). *Vide* ook Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 37-38. *Vide* over dat beginsel tevens Ibili 2007, *para* 3.2.5; M. Zilinsky, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, 'Inleidende opmerkingen' over afdeling 1 van titel 1 van Boek 1 Rv, aant. 10d en het aldaar aangehaalde.

93 HvJ EG 13 juli 2006, C-103/05, *NJ* 2008/79, *JBPR* 2008/16, m.nt. D.F. de Lange, punt 33 (*Reisch Montage*). Anders: A-G Ruiz-Jarabo Colomer bij dit arrest. *Vide* ook H. Muir Watt, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 8 (1), *note* 35.

94 *Vide* HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, *NJ* 2008/80, *JBPR* 2008/1, m.nt. D.F. de Lange, *AA* 2007/12, m.nt. M.V. Polak, punt 41 (*Freeport*); HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts, punt 80 (*Painer*); HvJ EU 12 juli 2012, C-616/10, *NJ* 2013/67, m.nt. Th.M. de Boer en Ch. Gielen, *IER* 2012/62, m.nt. S.J. Schaafsma, punt 23 (*Solvay*); HvJ EU 20 april 2016, C-366/13, *NJ* 2016/468, m.nt. L. Strikwerda, *JOR* 2016/159, m.nt. T.M.C. Arons, *Ondernemingsrecht* 2016/120, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens, punt 64 en 66 (*Profit Investment*). Evenzo Schaafsma in zijn noot, onder 7, bij het *Painer*-arrest.

'onverenigbaar'[95] geacht als sprake is van een – zich in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk én rechtens, voordoende – divergentie in de beslechting van het geschil,[96] bij de beoordeling waarvan de nationale rechter rekening dient te houden met alle noodzakelijke elementen van het dossier.[97]

Ten aanzien van (de voorwaarde inzake het bestaan van) eenzelfde feitelijke situatie overwoog het Hof van Justitie in zijn *Roche*-arrest dat in het door de verwijzende rechter in zijn eerste (prejudiciële) vraag beoogde geval, *sc.* het geval van rechtsvorderingen ter zake van inbreuken op een Europees octrooi waarbij verscheidene in verschillende verdragsluitende staten gevestigde vennootschappen zijn gedagvaard voor feiten die zij zouden hebben begaan op het grondgebied van een of meer van deze staten, géén sprake is van zulk een situatie, nu de verweerders verschillen en de hun ten laste gelegde, in verschillende verdragsluitende staten gepleegde, octrooi-inbreuken niet dezelfde zijn,[98] maar in het door die rechter in zijn tweede vraag beoogde geval, *sc.* het geval waarin d(i)e verwerende vennootschappen tot eenzelfde concern behoren en op (bijkans) dezelfde wijze hebben gehandeld conform een gemeenschappelijk beleidsplan dat is uitgegaan van slechts een van hen, wél.[99] Hieraan kan nog worden toegevoegd het overwogene in zijn *Painer*-arrest, houdende dat het van belang

95 Niettegenstaande het feit dat in art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II, net als in zijn voorloper art. 6, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo, wordt gesproken van 'onverenigbaar', bezigt het Hof van Justitie, althans in de Nederlandse tekst, ook wel – in de hier bedoelde context – het woord 'tegenstrijdig'; *vide* HvJ EG 13 juli 2006, C-539/03, *NJ* 2008/76, m.nt. P. Vlas, *IER* 2006/76, m.nt. R.E.P. de Ranitz, punt 26 (*Roche*); HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, *NJ* 2008/80, *JBPR* 2008/1, m.nt. D.F. de Lange, *AA* 2007/12, m.nt. M.V. Polak, punt 40 (*Freeport*); HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts, punt 79 (*Painer*); HvJ EU 12 juli 2012, C-616/10, *NJ* 2013/67, m.nt. Th.M. de Boer en Ch. Gielen, *IER* 2012/62, m.nt. S.J. Schaafsma, punt 24 (*Solvay*); HvJ EU 11 april 2013, C-645/11, *NJ* 2013/499, punt 43 (*Land Berlin*); HvJ EU 20 april 2016, C-366/13, *NJ* 2016/468, m.nt. L. Strikwerda, *JOR* 2016/159, m.nt. T.M.C. Arons, *Ondernemingsrecht* 2016/120, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens, punt 65 (*Profit Investment*). *Vide* ook de noot, onder 7 (en voetnoot 8), van Schaafsma bij het *Painer*-arrest en die, onder 3.1, van De Lange bij het *Freeport*-arrest.

96 *Vide* HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, *NJ* 2016/106, m.nt. L. Strikwerda, *JBPR* 2016/15, m.nt. R.B. van Hees, punt 20 (*CDC*); HvJ EU 27 september 2017, gevoegde zaken C-24/16 en C-25/16, punt 45 (*Nintendo*).

97 *Vide* HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, *NJ* 2008/80, *JBPR* 2008/1, m.nt. D.F. de Lange, *AA* 2007/12, m.nt. M.V. Polak, punt 41 (*Freeport*); HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts, punt 84 (*Painer*); HvJ EU 12 juli 2012, C-616/10, *NJ* 2013/67, m.nt. Th.M. de Boer en Ch. Gielen, *IER* 2012/62, m.nt. S.J. Schaafsma, punt 23 (*Solvay*); HvJ EU 20 april 2016, C-366/13, *NJ* 2016/468, m.nt. L. Strikwerda, *JOR* 2016/159, m.nt. T.M.C. Arons, *Ondernemingsrecht* 2016/120, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens, punt 64 (*Profit Investment*).

98 Herhaald in HvJ EU 12 juli 2012, C-616/10, *NJ* 2013/67, m.nt. Th.M. de Boer en Ch. Gielen, *IER* 2012/62, m.nt. S.J. Schaafsma, punt 25 (*Solvay*).

99 HvJ EG 13 juli 2006, C-539/03, *NJ* 2008/76, m.nt. P. Vlas, *IER* 2006/76, m.nt. R.E.P. de Ranitz, punt 27 respectievelijk 34 (*Roche*). Herhaald in HvJ EU 27 september 2017, gevoegde zaken C-24/16 en C-25/16, punt 51 (*Nintendo*). *Vide* ook punt 52 ervan.

kán zijn of de verweerders die de houder van een auteursrecht inhoudelijk identieke inbreuken op zijn recht verwijt, onafhankelijk van elkaar hebben gehandeld.[100]

Ten aanzien van (de voorwaarde inzake het bestaan van) eenzelfde situatie rechtens overwoog het Hof van Justitie in zijn hogergenoemde *Roche*-arrest dat daartoe niet kan worden geconcludeerd wanneer bij verschillende gerechten van onderscheiden verdragsluitende staten rechtsvorderingen wegens inbreuk op een in elk van deze staten verleend octrooi tegen in deze staten woonachtige verweerders aanhangig zijn gemaakt voor feiten die beweerdelijk op hun grondgebied zijn begaan, omdat blijkens het Europees Octrooiverdrag een Europees octrooi onderworpen blijft aan de nationale regeling van elk van die staten waarvoor het is verleend, en dat elke rechtsvordering ter zake van een inbreuk daarop (dan ook) moet worden beoordeeld in dat licht.[101] Volgens Schaafsma lijkt, met betrekking tot de vraag hoe dit oordeel zich verhoudt tot dat in de *Painer*-uitspraak, 'the most plausible explanation' te zijn 'that, in the Court's view, the national patent laws in Europe are not sufficiently harmonised or, at least, there is no European Union instrument harmonising patent law which would justify an application of Article 8(1). By contrast, copyright law is harmonised to a large extent by means of a European Directive, as is trade mark law and design law'.[102]

Hoewel er (mede) sprake moet zijn van eenzelfde situatie rechtens, staat aan de toepasselijkheid van art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II niet in de weg als de tegen verschillende verweerders gerichte vorderingen verschillende rechtsgrondslagen hebben,[103] mits het voor die verweerders voorzienbaar was dat zij konden worden opgeroepen in de lidstaat waar ten minste een van hen zijn woonplaats

100 HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts, punt 83, *in fine* (*Painer*). *Vide* ook Schaafsma 2016, *op. cit.*, p. 700.

101 HvJ EG 13 juli 2006, C-539/03, *NJ* 2008/76, m.nt. P. Vlas, *IER* 2006/76, m.nt. R.E.P. de Ranitz, punt 29-31 (*Roche*). Herhaald in HvJ EU 12 juli 2012, C-616/10, *NJ* 2013/67, m.nt. Th.M. de Boer en Ch. Gielen, *IER* 2012/62, m.nt. S.J. Schaafsma, punt 25-26 (*Solvay*); HvJ EU 27 september 2017, gevoegde zaken C-24/16 en C-25/16, punt 46 (*Nintendo*). *Vide* ook punt 49 van laatstgenoemd arrest.

102 Schaafsma 2016, *op. cit.*, p. 703. *Vide* ook Schaafsma 2016, *loc. cit.*: 'Apparently, it seems that parallel patent infringement actions do not constitute a same situation of law, so that Article 8(1) cannot be applied. Such a situation may exist, however, in cases concerning other areas of intellectual property law such as copyright law, trade mark law and design law, *where there is European harmonization* [curs. RPJ].'

103 HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, *NJ* 2008/80, *JBPR* 2008/1, m.nt. D.F. de Lange, *AA* 2007/12, m.nt. M.V. Polak, punten 47 en 57 (*Freeport*). *Vide* ook HvJ EU 11 april 2013, C-645/11, *NJ* 2013/499, punt 44 *et seq.* (*Land Berlin*) en de noot, onder 11, *in fine*, van Strikwerda, afgedrukt in *NJ* 2013/500. *Vide* bovendien HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts, punt 80 (*Painer*), alwaar wij lezen dat de omstandigheid dat de rechtsgrondslagen van de ingestelde vorderingen identiek zijn, niet de enige relevante factor is. Herhaald het *Land Berlin*-arrest (*ante*, punt 44, *in fine*).

heeft.[104] Dit geldt *a fortiori* wanneer de nationale bepalingen waarop de tegen de diverse verweerders ingediende vorderingen zijn gebaseerd, volgens de verwijzende rechter in hoofdzaak identiek zijn.[105]

Overigens zij naar voren gebracht dat bij gebreke van een andersluidend arrest van het Hof van Justitie aangenomen mag worden dat het kiezen van het *forum* waarvoor de verweerders moeten worden opgeroepen, ter vrije bepaling van de eiser staat, met dien verstande dat evenbedoeld gerecht gelokaliseerd is op het grondgebied van de lidstaat waarop ten minste een van de verweerders zijn woonplaats heeft (*vide* ook *supra*).[106]

Tegen de achtergrond van het vorenstaande kom ik nu toe aan een bespreking van art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II in het kader van het enquêterecht.

Degene die (een bundeling van) op verschillende – in Nederland en in een of meer andere lidstaten (of landen ten aanzien waarvan het EVEX-Verdrag II, waarin het gelijkluidende art. 6, aanhef en onderdeel 1, ervan is opgenomen, geldt) woonachtig zijnde –[107] groepsmaatschappijen betrekking hebbende enquêteverzoeken op gelijktijdige wijze bij de Ondernemingskamer behandeld en berecht wil zien, dient zich allereerst ten aanzien van ieder van hen af te vragen of het recht van het land waarin de in rechte te betrekken groepsmaatschappij zetelt, wel een regeling kent op basis waarvan zulk een verzoek, (ten minste) strekkende tot het doen instellen van een onderzoek bij een vennootschap, kan worden gedaan. Zo opent, als ik dat goed heb gezien, de Spaanse Corporate Enterprises Act daartoe niet de mogelijkheid. Hetzelfde geldt voor de Slowaakse Commercial Code. Een Spaanse of Slowaakse vennootschap kan in een enquêtezaak als bovenbedoeld dan ook geen verweerder worden.

Niettemin kennen de rechtsstelsels van de meeste Europese (lid)staten een (soort) enquêteregeling,[108] waaronder ik hier versta de wettelijke mogelijkheid om van (in

---

104 HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts, punt 81 (*Painer*). Herhaald in HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, *NJ* 2016/106, m.nt. L. Strikwerda, *JBPR* 2016/15, m.nt. R.B. van Hees, punt 23 (*CDC*). *Vide* ook Schaafsma 2016, *op. cit.*, p. 702.

105 HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts, punt 82 (*Painer*). *Vide* ook punt 84 hiervan.

106 *Vide* hierover ook (op die lijn) Schaafsma in zijn noot, onder 11, bij HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts (*Painer*); H. Muir Watt, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Pivate International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 8 (1), *note* 24.

107 Over een in een niet-lidstaat woonachtig zijnde (mede)verweerder kan art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II zich niet uitstrekken, ook niet indien de (andere) (anker)verweerder wél in een lidstaat woonachtig is; *vide* de uitspraak in voetnoot 88 *supra*.

108 Dat 'wij (…) in Europa gewoon uniek [zijn] met het enquêterecht' (uitspraak van minister Opstelten in *Handelingen II* 2011/12, 71, item 23, p. 53) is dus – indien wij een regeling als hier bedoeld naar de kern bezien: een (speciale) onderzoeksprocedure, hetwelk te onzent reeds volgt uit het (gebruik van het) woord 'enquête' – niet juist. *Vide* ook Jager 2014, *op. cit.*, p. 13 (voetnoot 3); R.P. Jager, 'Het enquêterecht in rechtsvergelijkend perspectief: Nederland, Curaçao, Aruba, de BES-eilanden, Sint-Maarten en Suriname', *Ondernemingsrecht* 2015/64, p. 325.

ieder geval) aandeelhouderszijde een gerecht, of een bevoegde autoriteit, te kunnen verzoeken om (in ieder geval) een of meer personen te benoemen tot het instellen van een (in een verslag uitmondend) onderzoek bij een rechtspersoon. Ter adstructie wijs ik op:[109]

- Duits recht: § 142 *et seq.* Aktiengesetz (Stock Corporation Act)[110]
- Belgisch recht: art. 5:106 Wetboek van vennootschappen en verenigingen[111]
- Brits recht:[112] section 431 *et seq.* Companies Act 1985[113]
- Zweeds recht: section 21 *et seq.* (Chapter 10) Companies Act
- Noors recht: § 5-25 *et seq.* Public Limited Liability Companies Act
- Fins recht: section 7 *et seq.* (Chapter 7) Limited Liability Companies Act
- Estlands recht: § 191 en § 330 Commercial Code
- Letlands recht: section 150 Commercial Law
- Litouws recht: art. 2.124 *et seq.* Civil Code
- Pools recht: art. 223 *et seq.* Commercial Companies Code
- Cypriotisch recht: section 158 *et seq.* Companies Law
- Deens recht: section 150 *et seq.* Companies Act
- Frans recht: art. L223-37 en art. L. 225-231 Commercial Code
- Italiaans recht: art. 2.409 Civil Code

109 De reeds genoemde en te noemen regelingen heb ik online, al dan niet met behulp van een vertaalprogramma, geraadpleegd. Hierbij een *caveat*, houdende dat (1) ik niet van iedere lidstaat een regeling, laat staan een met een enquêteregeling, heb kunnen vinden, (2) van sommige wel gevonden regelingen wellicht nieuwere versies – met eventuele wijzigingen van dien – bestaan en (3) de vertaling van sommige buitenlandse bepalingen juridisch gezien mogelijkerwijs niet helemaal dekkend is.

110 *Cf.* § 131-132 Aktiengesetz en § 51a-51b GmbH-Gesetz.

111 Dit betreft de regeling voor de besloten vennootschap. In art. 6:91 en 7:160 Wetboek van vennootschappen en verenigingen staan de in (nagenoeg) gelijkluidende woorden opgenomen enquêteregelingen voor de coöperatieve vennootschap respectievelijk naamloze vennootschap. *Vide* over het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen ook M. Zilinsky, 'Nieuw Belgisch internationaal privaatrecht inzake rechtspersonen en vennootschappen', *WPNR* 2019/7246, p. 513, *para* 1. *Vide* voor het oude recht art. 168-169 Wetboek van Vennootschappen.

112 Met 'Brits recht' bedoel ik hier het recht dat geldt in het Verenigd Koninkrijk. Het Britse enquêterecht is dus van toepassing in: Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland.

113 Deze is gewijzigd bij de Companies Act 2006. *Vide* over het Britse enquêterecht J.M. de Jongh, 'Over het Britse enquêterecht en palmen aan de oever van het IJ', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer en als vice-president van het Gerechtshof Amsterdam*, Prinsengrachtreeks, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 247-254.

–	Iers recht:	section 746 *et seq.* Companies Act 2014[114]
–	Hongaars recht:	section 3:104 Act V of 2013 on the Civil Code
–	IJslands recht:	art. 97 Act respecting Public Limited Companies No. 2/1995[115]
–	Portugees recht:	art. 216 en 292 Commercial Company Act[116]
–	Zwitsers recht:	art. 697a *et seq.* Code of Obligations[117]
–	Maltees recht:	art. 403 *et seq.* Companies Act (Chapter 386)
–	Sloveens recht:	art. 318 *et seq.* Companies Act (ZGD-1)[118]
–	Luxemburgs recht:	art. 154 Law of 10 August 1915 on commercial companies[119]
–	Oostenrijks recht:	§ 130 *et seq.* Aktiengesetz (Stock Corporation Act)[120]
–	Roemeens recht:	art. 136 Law no. 31 of November 16, 1990 on Companies
–	Grieks recht:	art. 40-40A Law No. 2190/1920 on Limited Companies

Als de in het geding te betrekken buitenlandse concerndelen zetelen op grondgebieden van lidstaten waarin wél, zoals in de bovenbedoelde, een enquêteregeling van kracht is, rijst de vraag of de enquêteverzoekende, en daartoe gerechtigde, aandeelhouder van een Nederlandse moedermaatschappij[121] uit hoofde daarvan mede te hunnen aanzien een enquêteverzoek kan doen, en bijgevolg hun tot verweerders in

114 Blijkens section 10, *para* 1, Companies Act 2014 wordt in *part* 13 inzake *Investigations* met een 'company' bedoeld een 'private company limited by shares'. Niettemin is in sections 1126, 1225 en 1281 Companies Act 2014 bepaald dat section 747, *para* 2, Companies Act 2014 (mede) van toepassing is op respectievelijk een PLC (= *public limited company*; *vide* section 1000, *para* 1), CLG (=*company limited by guarantee*; *vide* section 1172), en een PUC en een PULC (= *public unlimited company* respectievelijk *public unlimited company that has no share capital*; *vide* section 1228, *para* 1), zij het in gewijzigde vorm (de toegangsdrempel is aangepast).

115 De pendant is art. 72 Act No. 138/1994 respecting Private Limited Companies.

116 *Cf.* art. 67 Commercial Company Act.

117 Voluit: Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations). *Cf.* art. 802 Code of Obligations met betrekking tot de SARL/*société à responsabilité limitée* (= LLC/*limited liability company*, GmbH/*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* of bv/besloten vennootschap).

118 *Cf.* art. 512-513 Companies Act (ZGD-1). *Vide* ook art. 92 Companies Act (ZGD-1).

119 Per 19 december 2017, ten gevolge van een herschikking, opgenomen – in nagenoeg dezelfde bewoordingen – in art. 1400-3 van de Grand-Ducal Regulation of 5 December 2017 coordinating the amended law of 10 August 1915 concerning commercial companies.

120 De pendant is § 45 *et seq.* GmbH-Gesetz (Limited Liability Companies Act).

121 Het perspectief is hier vanuit de bovenkant van het concern, maar wat ik daarover opmerk geldt *mutatis mutandis* ook voor de onderkant van het concern, d.w.z. de situatie waarin een enquêteverzoekende, en daartoe gerechtigde, aandeelhouder van een op het grondgebied van een lidstaat zetelende dochtermaatschappij mede een enquête wil uitlokken bij haar Nederlandse moedermaatschappij en deze gehele enquêtezaak bij de Ondernemingskamer wil aanbrengen op de voet van art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II.

een bij de Ondernemingskamer aangebrachte enquêtezaak kan maken. Betreffen dit volle dochtermaatschappijen, dan zal het antwoord (in beginsel) ontkennend luiden. Regarderen het géén volle dochtermaatschappijen, dan zal de vorenbedoelde aandeelhouder moeten bezien of hij aan de enquêterechtelijke toegangseisen kan voldoen dan wel een enquêtebevoegde aandeelhouder van een buitenlandse groepsmaatschappij als hier bedoeld bereid kan vinden tezamen met hem bij de Ondernemingskamer een verzoekschrift, met daarin twee enquêteverzoeken, in te dienen. Lukt dit niet, dan kunnen voornoemde buitenlandse concerndelen niet te onzent in rechte worden betrokken.

Hierbij zij duidelijkheidshalve het volgende opgemerkt. Ofschoon dat, strikt genomen, geen vereiste is voor de toepasselijkheid van art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II (*vide supra*, 4e al. van boven), ga ik er veronderstellenderwijs van uit dat de verzoeker die *ab initio* weet dat hij met betrekking tot een of meer groepsmaatschappijen niet enquêtegerechtigd is en bijgevolg, ook al zou een beroep op de voornoemde bepaling (kunnen) slagen, (uiteindelijk) in zoverre niet-ontvankelijk zal worden verklaard, te hunnen aanzien geen verzoek als hier bedoeld zal doen. Het desondanks indienen ervan is immers niet onder risico. Zo zou hier te lande een verzoeker die van tevoren weet, of redelijkerwijs zou moeten weten, dat zijn enquêteverzoek kansloos is (doordat het stukloopt op de ontvankelijkheid), een schadevergoedingsactie tegen zich kunnen krijgen indien de wederpartij ten gevolge van dat verzoek schade heeft geleden en de Ondernemingskamer heeft geoordeeld dat dat verzoek niet op redelijke grond is gedaan (*vide* art. 2:350, tweede lid, BW). Ook bestaat het gevaar van een proceskostenveroordeling.[122]

Is er sprake van twee of meer (enquête)verzoeken, afkomstig van een (of meer) daartoe gerechtigde verzoeker(s), en verweerders die alle hun woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, dan dient men erop bedacht te zijn dat art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II bepaalt dat in geval van een pluraliteit van verweerders deze laatsten kunnen worden opgeroepen 'voor het *gerecht* [curs. RPJ] van de woonplaats van een hunner', in plaats van de gerechten van de staat alwaar zij hun woonplaats hebben (*vide* art. 4, eerste lid, EEX-Vo II), dit m.u.v. de ankerverweerder, welke wordt opgeroepen voor het gerecht van zijn eigen lidstaat. Alhoewel blijkens art. 1, eerste lid, EEX-Vo II de EEX-Verordening II wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken 'ongeacht de aard van het gerecht' (burgerlijke rechter, strafrechter, bestuursrechter of fiscale rechter),[123] laat dit onverlet dat er wel sprake

122 *Vide e.g.* hof Amsterdam (OK) 20 december 2018, *JOR* 2019/103, m.nt. P.D. Olden, r.o. 3.6 (*Parlevliet*): 'Uit het vorenstaande volgt dat PPB niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in een deel van haar verzoeken en dat deze voor het overige dienen te worden afgewezen. PPB dient te worden veroordeeld in de kosten van de procedure. *Daarbij ziet de Ondernemingskamer aanleiding de proceskosten te bepalen op het dubbele van het gebruikelijke liquidatietarief. De Ondernemingskamer is van oordeel dat PPB op voorhand moest begrijpen dat deze verzoeken geen kans van slagen hadden* [curs. RPJ].'

123 P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1 Brussel I-bis, aant. 8; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1 Brussel I-bis, aant. 1b.

moet zijn van een 'gerecht'. Wat daaronder moet worden verstaan, blijkt echter niet uit die verordening.[124] Volgens Ibili is duidelijk dat met het evenbedoelde begrip wordt bedoeld een 'van overheidswege met rechtspraak belaste overheidsinstantie van een lidstaat'.[125]

In de enquêteregelingen van het Verenigd Koninkrijk, Cyprus, Malta, Zweden, Finland, Letland en van IJsland wordt gesproken van respectievelijk 'Secretary of State',[126] 'Council of Ministers',[127] 'Registrar',[128] 'County Administrative Board',[129] 'State Provincial Office',[130] 'Commercial Register Office'[131] en 'Minister'.[132] Deze zijn kennelijk niet met rechtspraak belast en kunnen bijgevolg niet worden gekwalificeerd als een gerecht in de zin van de EEX-Verordening II (of van het EVEX-Verdrag II). Medeverweerders naar aanleiding van enquêteverzoeken op basis van de nationale regelingen van de vorenbedoelde staten kunnen dan ook niet *ex* art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II (of EVEX-Verdrag II) voor de Ondernemingskamer worden opgeroepen. Dat in de staat van de ankerverweerder zelf wél sprake is van een gerecht in de hier bedoelde zin, maakt zulks niet anders. Zowel in de lidstaat van de ankerverweerder als in de lidstaat van de medeverweerder(s) moet de (enquête)zaak dus kunnen worden aangebracht bij een gerecht.

Wij zijn thans aangekomen bij de vraag of er sprake is van 'eenzelfde' situatie feitelijk en rechtens, te beginnen met de eerstbedoelde situatie.[133] Het gaat hier om de situatie waarin een deel van het te enquêteren concern in Nederland is gevestigd

---

124 Ingevolge art. 3 EEX-Vo II omvat het begrip 'gerecht' bepaalde autoriteiten in Hongarije en in Zweden. Men zie aldaar; zulks is hier verder niet van belang. Volgens art. 62 EVEX-Verdrag II omvat het begrip 'gerecht', voor de toepassing van dit verdrag, 'alle autoriteiten aangewezen door een door dit verdrag gebonden staat die bevoegd zijn om uitspraak te doen over zaken die onder het toepassingsgebied van dit verdrag vallen'. Aangenomen mag worden dat daaronder niet valt de in voetnoot 128 *infra* genoemde persoon.

125 F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1 Brussel I-bis, aant. 1b.

126 Section 431 Companies Act 1985.

127 Section 158 Companies Law.

128 Art. 403 Companies Act (Chapter 386). Ingevolge art. 2, *para* 1, daarvan wordt met een 'Registrar' bedoeld 'the person appointed by the Minister pursuant to article 400'. Laatstgenoemd artikel (*para* 1) luidt, voor zover hier van belang, aldus: 'The Minister, acting on the advice of the Malta Financial Services Authority, shall appoint a senior official of the said Authority to be Registrar of Companies and other Commercial Partnerships, who shall be designated "Registrar of Companies", (…).'

129 Section 22 (Chapter 10) Companies Act.

130 Section 7 (Chapter 7) Limited Liability Companies Act.

131 Section 150 Commercial Law.

132 Art. 97 Act respecting Public Limited Companies No. 2/1995 en art. 72 Act No. 138/1994 respecting Private Limited Companies. Blijkens art. 1 van de eerstgenoemde wet wordt met 'Minister' bedoeld de 'Minister of Economic Affairs' en blijkens art. 1 van de laatstgenoemde wet wordt daarmee bedoeld de 'Minister of Commerce'.

133 Schaafsma 2016, *op. cit.*, p. 701 haalt uit de door hem besproken rechtspraak de volgende niet-uitputtende lijst van elementen die in intellectuele eigendomszaken voor de beoordeling van de vraag of sprake is van eenzelfde feitelijke situatie, van belang zouden kunnen zijn: '(i) the objects involved, (ii) the key players involved, and (iii) the acts involved'. De aanwezigheid van één element is volgens hem niet voldoende; het gaat om de accumulatie daarvan.

en het andere te enquêteren deel zich op het grondgebied van een of meer andere lidstaten bevindt. Te dezen zijn de verweerders (moeder- en dochtermaatschappij(en)) niet verschillend; zij behoren alle tot hetzelfde concern.[134] Dit is een aanwijzing voor het bestaan van eenzelfde feitelijke situatie. Indien en voor zover (de aard van) de met betrekking tot de respectieve verweerders naar voren gebrachte bezwaren/verwijten/argumenten als reden voor het gelasten van een onderzoek (in wezen) hetzelfde zijn, zou dat ook een aanwijzing (kunnen) zijn als hiervoor bedoeld. Niettemin dient men er hierbij op bedacht te zijn dat de in de respectieve enquêteverzoeken opgenomen feiten (geheel of ten dele) kunnen verschillen, nu deze in de regel zullen zijn begaan op het grondgebied van vestiging en ter schraging of invulling dienen van (schending van) de verschillende nationaalrechtelijke (open) (enquête)normen. Als, zoals vaker binnen concerns gebeurt, de groepsmaatschappijen (zich) op (bijkans) dezelfde wijze hebben gehandeld (gedragen) en zij dat handelen (gedrag) onderling hebben afgestemd, een en ander georkestreerd door de moedermaatschappij, dan vormt dat, afhankelijk van wat wordt verweten, eveneens een relevante aanwijzing voor eenzelfde feitelijke situatie.[135]

Is er sprake van zulk een situatie, dan komt de vraag in beeld of er ook sprake is van 'eenzelfde' situatie rechtens.[136] Daarop moet naar het mij toeschijnt – globaal gezegd –[137] ontkennend worden geantwoord, aangezien de – binnen de EU in zijn geheel niet geharmoniseerde – enquêteregelingen van de respectieve staten, op basis waarvan de respectieve enquêteverzoeken moeten worden beoordeeld, inhoudelijk (erg) van elkaar verschillen,[138] men denke aan de toegangseisen, bij wie een enquête

134 *Cf.* Schaafsma 2016, *op. cit.*, p. 700: 'The fact that the defendants are "different" cannot be an obstacle, as this is the very *raison d'être* [curs. aut.] of Article 8(1). Perhaps the Court [in the *Roche* case, toev. RPJ] meant that the defendants are not affiliated.' *Vide* ook Schaafsma 2016, *op. cit.*, p. 701.

135 *Cf.* Schaafsma 2016, *l.s.c.*

136 Schaafsma 2016, *op. cit.*, p. 703 haalt uit de door hem besproken rechtspraak de volgende niet-uitputtende lijst van factoren die in intellectuele eigendomszaken voor het gerecht in het kader van de beoordeling van de vraag of sprake is van eenzelfde situatie rechtens, van belang zouden kunnen zijn: '(i) identity of the legal basis of the actions against the various defendants, (ii) the extent to which the relevant national laws are identical, and (iii) whether the actions are directed at the same interest'.

137 Het gaat het bestek te buiten om alle eerder opgesomde enquêteregelingen met elkaar te gaan vergelijken. De ene enquêteregeling zal meer (inhoudelijke) gelijkenis (kunnen) vertonen met de onze dan een andere enquêteregeling. In het concrete aan de Ondernemingskamer voorgelegde geval zal moeten worden bepaald of de enquêteregelingen op basis waarvan de respectieve verzoeken zijn gedaan, dusdanig op elkaar lijken dat sprake is van eenzelfde situatie rechtens.

138 *Cf.* J.F. Vlek*, Parallelle procedures en misbruik van procesrecht onder de EEX-Verordening II* (diss. VU Amsterdam), Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XVI, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 116: 'Daaruit [het *Roche*-arrest van het Hof van Justitie, toev. RPJ] kan als regel worden afgeleid dat in geval van verschillend toepasselijk recht, met name indien het desbetreffende recht niet (volledig) geharmoniseerd is zoals in het geval van Europees octrooirecht, geen plaats is voor toepassing van art. 8 sub 1 EEX-Vo II en er ook geen sprake is van "onverenigbare beslissingen".'

kan worden uitgelokt,[139] de reikwijdte van het eventueel te bevelen onderzoek, wie de onderzoekskosten draagt, op grond waarvan een enquête kan worden gelast (de maatstaf),[140] de eventuele voorvereisten, de bevoegdheden van onderzoekers en het kunnen treffen van (onmiddellijke) voorzieningen.[141] Die verschillen vallen reeds op bij een enkele blik op deze regelingen. Zo telt onze enquêteregeling achttien artikelen, terwijl die van België, Zweden, Estland, Letland, Denemarken, Frankrijk, Italië, Hongarije, IJsland, Portugal, Luxemburg, Roemenië en Griekenland er maar één, twee of drie kennen. Hieruit volgt dat het gevaar voor onverenigbare beslissingen zich niet manifesteert, zodat de aandeelhouder van een Nederlandse moedermaatschappij niet met succes een beroep kan doen op art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II.

5.1.1.5 Exclusieve bevoegdheid

Een uitzondering op de hoofdregel als bedoeld in art. 4, eerste lid, EEX-Vo II, het algemene, formele toepassingsgebied van de bevoegdheidsregeling van de EEX-Verordening, II, vormt art. 24 EEX-Vo II, het exclusieve, formele toepassingsgebied van de bevoegdheidsregeling van de EEX-Verordening II,[142] dat geldt (immers) '[o]ngeacht de woonplaats van partijen' (*vide* echter *infra*).[143] Dat artikel wijst aan welke 'gerechten', het is aan het interne (proces)recht van de desbetreffende lidstaat

139 Zo kan er in Duitsland enkel een enquête worden uitgelokt bij een AG/*Aktiengesellschaft* (= nv/naamloze vennootschap). Ook onder de Zwitserse enquêteregeling kan het enquêtesubject alleen een SA/*société anonyme* (= een *company limited by shares* of *Aktiengesellschaft*) zijn.

140 Zo bepaalt de Zwitserse enquêteregeling (*vide* art. 697b, *para* 2, Code of Obligations) dat de 'applicants are entitled to have a special auditor appointed where they make a prima facie case that the founding members or governing officers *have violated the law of the articles of association and thereby harmed the company or the shareholders* [curs. RPJ]'. De Belgische enquêteregeling (*vide* art. 5:106 Wetboek van vennootschappen en verenigingen) vereist dat 'de belangen van de vennootschap *op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen* [curs. RPJ]'. Onder de Sloveense enquêteregeling (*vide* art. 318, *para* 2, Companies Act (ZGD-1)) kan er een *special auditor* worden benoemd wanneer 'there is reason to believe that serious fraud or violations of the articles of association or of the law have occured in the conduct of business and procedures'. Naar Oostenrijks enquêterecht (*vide* § 130, *para* 2, Aktiengesetz en § 45, *para* 1, *in fine*, GmbH-Gesetz) wordt er in dit verband gesproken van 'dishonesty or gross violation of the law or the statutes' (men leze in geval van een GmbH i.p.v. 'statutes' 'social contract').

141 Saillant is dat in bijna alle enquêteregelingen van lidstaten of EVEX-staten geen mogelijkheid tot het treffen van (onmiddellijke) voorzieningen is opgenomen. Uitzonderingen zijn (in ieder geval) Italië (*vide* art. 2.409, *para* 4, Civil Code), Litouwen (*vide* art. 2.131 Civil Code) en Portugal (*vide* art. 292, *para* 3-5, Commercial Company Act).

142 *Vide* HvJ EU 12 mei 2011, C-144/10, *JOR* 2011/319, m.nt. J.J. Kuipers, punt 30 (*JPMorgan Chase Bank*); P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 1; M.N. van Dam, R.B. van Hees en B.F.L.M. Schim, in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, art. 22 EEX-Verordening, aant. A; Vlas 2017, *op. cit.*, nr. 190 en 211; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 58. Volgens de voorlaatstgenoemde zet art. 24 EEX-Vo II alle andere bepalingen van de EEX-Verordening (II) opzij.

143 De exclusieve bevoegdheidsregels in art. 24 EEX-Vo II gelden dus ook indien de eiser (verzoeker) en/of de verweerder zijn of haar woonplaats op het grondgebied van een niet-lidstaat heeft. Evenzo Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 85. Naast woonplaats is ook nationaliteit niet van belang; *vide*

overgelaten om te bepalen wélk gerecht op zijn grondgebied relatief of anderszins bevoegd is,[144] van een bepaalde lidstaat[145] internationaal – 'bij uitsluiting' (m.a.w. exclusief of privatief) – bevoegd zijn.

Art. 24 EEX-Vo II bevat een limitatieve opsomming van onderwerpen waarvoor exclusieve bevoegdheidsregels gelden. Wanneer een geschil ziet op een onderwerp dat daaronder valt, is daarmee de toepasselijkheid van voornoemd artikel gegeven.[146] Een van die onderwerpen[147] ligt in art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II. Daarin staat dat voor geschillen omtrent (a) de geldigheid, de nietigheid of de ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen dan wel (b) de geldigheid of nietigheid van besluiten van organen van vennootschappen[148] of rechtspersonen de gerechten van de lidstaat op het grondgebied van welke die vennootschappen of rechtspersonen hun plaats van vestiging hebben, privatief bevoegd zijn, een en ander ongeacht of de procedure is ingeleid met een dagvaarding dan wel met een verzoekschrift.[149]

S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 1c. Aldus ook reeds het rapport-Jenard, p. 104 met betrekking tot art. 16 EEX-Verdrag (thans: art. 24 EEX-Vo II). Over het punt van woonplaats in het kader van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II kom ik zo dadelijk nog te spreken.

144 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 2; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 2a. *Cf.* voetnoot 54 *supra*. Volgens eerstgenoemde zal de internationale bevoegdheid '[v]aak' samenvallen met de interne bevoegdheid.

145 Twee opmerkingen daarover. Ten eerste is het mogelijk, inzonderheid met betrekking tot het bepaalde in art. 24, aanhef en onderdelen 1 en 2, EEX-Vo II, dat gerechten in meerdere lidstaten exclusief bevoegd zijn, welk (niet alledaags) probleem moet worden opgelost aan de hand van het bepaalde in art. 31, eerste lid, EEX-Vo II; *vide* S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 2b. Ten tweede heeft art. 24 EEX-Vo II geen betrekking op de bevoegdheid van gerechten van niet-lidstaten. Dit betekent dat als een bij een gerecht van een lidstaat aanhangig gemaakte zaak ziet op, bijvoorbeeld, de geldigheid van een door de algemene vergadering van een in Peru gevestigde vennootschap, art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II toepassing mist. *Vide* hierover P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 3; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 155 (nr. 215) en 169-170 (nr. 237); S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 2d; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 85.

146 *Vide* Vlas' noot, onder 1, bij HvJ EG 2 oktober 2008, C-372/07, *NJ* 2009/192, m.nt. P. Vlas, *JOR* 2009/123, m.nt. R.G.J. de Haan (*Doherty*); P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 1; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 152 (nr. 211). Volgens S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 1a is de lijst van exclusieve bevoegdheidsregels 'dwingend en uitputtend'. *Vide* ook Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 84.

147 De overige laat ik buiten beschouwing.

148 Aangenomen wordt dat daar ook niet-rechtspersoonlijkheid bezittende organisaties, zoals hier te lande de vof en de cv, onder vallen; *vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 5; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 137 (nr. 186) en 155 (nr. 216); S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 6b. Stelliger: Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 371. *Cf.* F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 63 Brussel I-bis, aant. 1a.

149 *Vide* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 156 (nr. 217) en 158 (nr. 218); S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 6.

Is een geschil dat ziet op een onderwerp als hier bedoeld, aanhangig gemaakt bij een niet-exclusief bevoegd gerecht van een andere lidstaat, dan dient dat gerecht ingevolge art. 27 EEX-Vo II, zodra het (ambtshalve heeft onderzocht en)[150] heeft vastgesteld dat een gerecht van een andere lidstaat bevoegd is in de zin van art. 24 EEX-Vo,[151] zich ambtshalve onbevoegd te verklaren, een en ander ongeacht (i) de stand van het geding,[152] waardoor die onbevoegdheidsverklaring dus ook in cassatie moet worden uitgesproken indien de cassatierechter vaststelt dat de in cassatie bestreden beslissing ziet op een onderwerp als bedoeld in art. 24 EEX-Vo II waartoe een rechter in een andere lidstaat exclusief bevoegd is en de lagere rechter daar geen rekening mee heeft gehouden, zelfs indien zulks in het cassatiemiddel niet aan de orde is gesteld (het bepaalde in art. 419, eerste lid, Rv[153] kan daar niet aan afdoen),[154] (ii) of partijen een uitdrukkelijke forumkeuze als bedoeld in art. 25 EEX-Vo II zijn overeengekomen (deze heeft blijkens lid 4 ervan ter zake geen rechtsgevolg) en (iii) of sprake is van een stilzwijgende forumkeuze (stilzwijgende aanvaarding van internationale bevoegdheid) als bedoeld in art. 26, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II doordat de verweerder voor het niet-exclusieve gerecht verschijnt en hij zijn bevoegdheid niet (langer of tijdig)[155] betwist (dit voorschrift mist blijkens de laatste volzin van het eerste lid toepassing in een geval als hier aan de orde) dan wel de, al dan niet op het grondgebied van een lidstaat woonplaats hebbende, verweerder niet verschijnt (*vide* ook art. 28, eerste lid, EEX-Vo II).[156]

150 *Vide* ook S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 27 Brussel I-bis, aant. 2a. *Vide* daarnaast voetnoot 71 *supra*.

151 HvJ EG 15 november 1983, C-288/82, *NJ* 1984/695, m.nt. L. Wichers Hoeth en J.C. Schultsz, punt 15 (*Goderbauer*).

152 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 1, met verwijzing aldaar; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 153 (nr. 212), met verwijzing aldaar; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 1a; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 27 Brussel I-bis, aant. 2 en 2c.

153 Daarin staat dat de Hoge Raad zich bij zijn onderzoek tot de middelen waarop het cassatieberoep steunt, bepaalt.

154 *Vide* HvJ EG 15 november 1983, C-288/82, *NJ* 1984/695, m.nt. L. Wichers Hoeth en J.C. Schultsz, punt 7-15 (*Goderbauer*); Vlas 2017, *op. cit.*, p. 153 (nr. 212); S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 27 Brussel I-bis, aant. 2c.

155 *Vide* HR 18 maart 2011, *NJ* 2011/219, m.nt. M.V. Polak, r.o. 3.2.2, laatste al. (*Bialek*); S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 1a; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 27 Brussel I-bis, aant. 2a.

156 *Vide* ook HR 18 maart 2011, *NJ* 2011/219, m.nt. M.V. Polak, r.o. 3.2.2, laatste al. (*Bialek*); S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 1a; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 26 Brussel I-bis, aant. 3d; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 27 Brussel I-bis, aant. 2 en 2a-2b; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 28 Brussel I-bis, aant. 2b.

Door de procedure te concentreren bij de gerechten van de lidstaat op het grondgebied van welke de vennootschap of rechtspersoon is gevestigd, in die lidstaat dienen namelijk de openbaarmakingsformaliteiten van de vennootschapsaangelegenheden plaats te vinden, worden – in het belang van de rechtszekerheid – tegenstrijdige beslissingen ter zake van het bestaan van vennootschappen of rechtspersonen en de geldigheid van de besluiten van hun organen vermeden, waardoor er *Gleichlauf* ontstaat tussen de bevoegde rechter en het toepasselijke recht.[157] Dat is de ratio achter art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II.[158]

Voor vennootschappen en rechtspersonen geeft art. 63, eerste lid, EEX-Vo II een – autonome – definitie,[159] teneinde negatieve bevoegdheidsconflicten (*vide infra*) te voorkomen,[160] van het begrip 'woonplaats', houdende dat voor de toepassing van de EEX-Verordening II zij woonplaats hebben op de plaats van (a) hun statutaire zetel, (b) hun hoofdbestuur of (c) hun hoofdvestiging. Zodra een vennootschap of rechtspersoon aan een van deze drie criteria voldoet, er is geen sprake van een onderlinge hiërarchie, heeft deze aldaar zijn of haar woonplaats.[161] In art. 24 EEX-Vo II wordt in de aanhef gesproken van 'woonplaats', maar in onderdeel 2 van de 'plaats van vestiging'. Luidens de laatste volzin daarvan past het gerecht ter bepaling van die plaats zijn eigen IPR-regels (dus niet art. 63 EEX-Vo II) toe (*vide infra*). Zulks was ook opgenomen in art. 53 EEX-Verdrag. Eveneens was daarin bepaald dat voor de toepassing van het EEX-Verdrag de plaats van vestiging van vennootschappen en rechtspersonen 'gelijkgesteld [wordt, toev. RPJ] met de woonplaats'.

157 *Vide* rapport-Jenard, p. 107; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 154-155 (nr. 214). *Vide* ook, in kritische zin ('op los zand te zijn gebouwd'), Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 87.

158 *Vide* Vlas' noot, onder 1, bij HvJ EG 2 oktober 2008, C-372/07, *NJ* 2009/192, m.nt. P. Vlas, *JOR* 2009/123, m.nt. R.G.J. de Haan (*Doherty*); Vlas 2017, *op. cit.*, p. 135 (nr. 181) en 156 (nr. 217). *Vide* ook Kuypers, *op. cit.*, p. 838.

159 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 5; P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 60 Brussel I, aant. 1 en 2; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 134 (nrs. 178 en 180); F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 63 Brussel I-bis, aant. 1 en 4.

160 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 60 Brussel I, aant. 2; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 134 (nr. 180). Wel kunnen in het art. 63, eerste lid, EEX-Vo II-systeem rechters van verschillende lidstaten bevoegd zijn, ten gevolge waarvan er positieve bevoegdheidsconflicten kunnen ontstaan, die moeten worden opgelost door toepassing van de bepalingen inzake aanhangigheid en samenhang (art. 29-32 EEX-Vo II); *vide* het hiervoor aangehaalde. Ook noem ik in dit verband Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 87-88.

161 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 60 Brussel I, aant. 2; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 134 (nrs. 178 en 180).

Ofschoon dat niet (met zoveel woorden) in art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II staat, houd ik het er dan ook voor, met steun van Ibili[162] en Vlas,[163] dat met 'plaats van vestiging' wordt bedoeld de 'woonplaats'. De in dat artikel bedoelde vennootschappen of rechtspersonen moeten, voor de toepasselijkheid van dat artikel, hun vestigingsplaats/woonplaats in een 'lidstaat' hebben. Zulk een juridische entiteit kan, zoals in enquêteprocedures het geval is, de verwerende partij zijn. Dit een ander voert mij dan tot de slotsom dat – in weerwil van de aanhef van art. 24 EEX-Vo II – de woonplaats van de verweerder in het kader van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II wel degelijk van belang[164] is en dat de wijze ter bepaling daarvan een andere is dan die in art. 63, eerste lid, EEX-Vo II.[165] Ligt die woonplaats niet

162 *Vide* F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 63 Brussel I-bis, aant. 4, alwaar hij opmerkte dat '[o]m te bepalen waar een vennootschap of rechtspersoon voor de toepassing van art. 24, aanhef en sub 2 Brussel I-*bis*-Verordening *woonplaats/plaats van vestiging* [curs. RPJ] heeft, past het aangezochte gerecht de regels van het voor hem geldende internationaal privaatrecht toe'.

163 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 1: 'In de tweede plaats is uitsluitend voor de toepassing van art. 22 sub 2 EEX-Vo ten aanzien van het bepalen van de *plaats van vestiging* [curs. RPJ] van een vennootschap of rechtspersoon vastgehouden aan de oude regel van art. 53 EEX-Verdrag, inhoudende dat deze plaats moet worden bepaald aan de hand van het internationaal privaatrecht van de aangezochte rechter. *Art. 22 sub 2 EEX-Vo kent derhalve een ander woonplaatsbegrip dan het autonome woonplaatsbegrip van art. 60 EEX-Vo* [curs. RPJ].' Daarnaast noem ik P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 5, alwaar hij sprak van de – voor de toepassing van art. 22, aanhef en onderdeel 2, EEX (thans: art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II) – bepaling van de 'woonplaats' van een vennootschap/rechtspersoon. Verder wijs ik op P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 60 Brussel I, aant. 1: 'Voor de toepassing van de exclusieve bevoegdheid van art. 22 sub 2 EEX-Vo blijft de onder art. 53 EEX-Verdrag gevolgde methode gehandhaafd, waarbij de *woonplaats* [curs. RPJ] van de vennootschap of rechtspersoon aan de hand van het IPR van de geadieerde rechter moet worden bepaald.' Tot slot breng ik onder de aandacht Vlas 2017, *op. cit.*, p. 155 (nr. 215): 'De "plaats van vestiging" van een vennootschap of rechtspersoon moet ingevolge de tweede volzin van art. 24, sub 2, EEX-Vo II worden bepaald aan de hand van het PIR van de geadieerde rechter. Deze methode van toepassing van het eigen IPR van de geadieerde rechter moet uitsluitend worden gevolgd voor de bepaling van de *woonplaats* [curs. RPJ] in het kader van deze exclusieve bevoegdheidsbepaling.' *Cf.* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 138 (nrs. 188 en 190), alwaar hij achter woonplaats '(plaats van vestiging)' schreef.

164 Dat ligt anders ten aanzien van het bepaalde in art. 24, aanhef en onderdelen 1 en 3-5, EEX-Vo II. Daartoe geldt wél '[o]ngeacht de woonplaats van partijen'. Als bijvoorbeeld partijen in verschillende niet-lidstaten woonachtig zijn maar het onroerend goed is gelegen in een lidstaat, dan zijn de gerechten aldaar bevoegd luidens art. 24, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II.

165 Volgens F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 63 Brussel I-bis, aant. 4 maakt de in art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II opgenomen exclusieve bevoegdheidsregel een 'uitzondering' (evenzo S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 6c) op de regel dat de woonplaats van vennootschappen en rechtspersonen autonoom wordt bepaald door art. 63 EEX-Vo II. 'Deze autonome methode geldt voor alle bepalingen van de EEX-Vo waarvoor de woonplaats van een partij van belang is, met uitzondering van art. 22 sub 2 EEX-Vo. Voor de toepassing van de exclusieve bevoegdheid van art. 22 sub 2 EEX-Vo blijft de onder art. 53 EEX-Verdrag gevolgde methode gehandhaafd, waarbij de woonplaats van de vennootschap of rechtspersoon aan de hand van het IPR van de geadieerde rechter moet worden

op het grondgebied van een lidstaat, dan vindt art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II geen toepassing.[166] Alsdan wordt in beginsel teruggevallen op de hoofdregel in art. 4 EEX-Vo II.[167]

Bij het vaststellen van de plaats van vestiging (*vide infra*), oftewel de woonplaats, van een vennootschap of rechtspersoon dient de aangezochte rechter – in afwijking van art. 63, eerste lid, EEX-Vo II –[168] ingevolge art. 24, aanhef en onderdeel 2, laatste volzin, EEX-Vo II de regels van 'het voor hem geldende internationaal privaatrecht'[169] toe te passen. Hierdoor kunnen positieve bevoegdheidsconflicten en negatieve bevoegdheidsconflicten ontstaan,[170] omdat sommige lidstaten, zoals Estland, Frankrijk, Griekenland, Luxemburg, Oostenrijk, Portugal en Spanje, de leer van de werkelijke zetel aanhangen terwijl andere lidstaten, zoals België, Bulgarije, Ierland, Nederland, Slowakije, Tsjechië en Zweden, (een variant van) de incorporatieleer aanhangen (*vide* nader § 5.2.1),[171] waarbij zij opgemerkt dat een aantal auteurs – onder verwijzing naar HvJ EG 5 november 2002, C-208/00, *NJ* 2003/58, m.nt. P. Vlas (*Überseering*) – van mening is dat de eerstgenoemde leer onder (zware) druk is komen te staan in de Unie-lidstaten.[172] De eerstbedoelde

bepaald', aldus P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 60 Brussel I, aant. 1. Vlas merkte dan ook treffend op dat art. 22, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo derhalve 'een ander woonplaatsbegrip dan het autonome woonplaatsbegrip van art. 60 EEX-Vo' kent; *vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 1.

166 Vlas 2017, *op. cit.*, p. 155 (nr. 215). *Vide* ook Vlas 2017, *op. cit.*, p. 156 (nr. 217).

167 *Cf.* Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 85.

168 *Vide* ook Vlas 2017, *op. cit.*, p. 135 (nr. 181), die sprak van 'in tegenstelling tot'.

169 Dit moet onderscheiden worden van het toepassen van zijn 'intern recht', waarnaar wordt verwezen in art. 62, eerste lid, EEX-Vo II. Op basis daarvan zal de Nederlandse rechter aan de hand van art. 1:10-12 BW moeten bepalen of een partij woonplaats heeft in Nederland; *vide* F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 62 Brussel I-bis, aant. 2.

170 De positieve bevoegdheidsconflicten kunnen aan de hand van art. 31, eerste lid, EEX-Vo II, waarin is bepaald dat wanneer voor de vorderingen (verzoeken) meer dan één gerecht exclusief bevoegd is, de partijen naar het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, worden verwezen, worden opgelost. Voor de negatieve bevoegdheidsconflicten geeft de EEX-Verordening II daarentegen géén regeling; *vide* S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 6c.

171 *Vide* S.F.G. Rammeloo, 'Toepassing van de Nederlandse enquêterechtsprocedure op buitenlandse rechtspersonen? Nieuwe regelgevingen Europees recht, internationaal privaatrecht en interregionaal privaatrecht', *SV&V* 2003/1, p. 8; Ibili 2007, *op. cit.*, p. 191-192; P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 5; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 109 *et seq.* (nrs. 145-148, 150-154 en 157) en p. 135 (nr. 181); S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 6c; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 369.

172 *Vide* Ibili 2007, *op. cit.*, p. 192 (voetnoot 41); P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 5; M.E. Koppenol-Laforce en M. Zilinsky, 'De grenzen van art. 22 sub 2 EEX-Vo in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie', in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce en M. Zilinsky (red.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. dr. P. Vlas ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum als Hoogleraar Internationaal Privaatrecht en Rechtsvergelijking aan de Vrije Universiteit Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2012, p. 124 (voetnoot 7); Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 432; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 110 (nr. 144); Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 88; Zilinsky 2019, *op. cit.*, p. 514. Vlas verwoordde dit in zijn noot, onder 1, bij HvJ EG

conflicten kunnen ontstaan in geval van een vennootschap die haar werkelijke zetel op het grondgebied van een lidstaat die de leer van de werkelijke zetel aanhangt, heeft, terwijl zij haar statutaire zetel op het grondgebied van een lidstaat die de incorporatieleer aanhangt, heeft.

> Een voorbeeld. Een vennootschap is opgericht naar Nederlands recht, met (dus) alhier haar statutaire zetel, en heeft haar werkelijke zetel in Spanje. Naar Nederlandse IPR-regels geldt als vestigingsplaats Nederland, terwijl naar Spaanse IPR-regels als vestigingsplaats Spanje geldt. Gevolg: zowel de Nederlandse gerechten als de Spaanse gerechten zijn exclusief bevoegd onder art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II.

De laatstbedoelde conflicten kunnen ontstaan in geval van een vennootschap die haar werkelijke zetel op het grondgebied van een lidstaat die de incorporatieleer aanhangt, heeft, terwijl zij haar statutaire zetel op het grondgebied van een lidstaat die de leer van de werkelijke zetel aanhangt, heeft.

> Een voorbeeld. Een vennootschap is opgericht naar Frans recht en heeft haar werkelijke zetel in Nederland. Naar Franse IPR-regels geldt als vestigingsplaats Nederland, terwijl naar Nederlandse IPR-regels als vestigingsplaats Frankrijk geldt. Gevolg: de Franse gerechten noch de Nederlandse gerechten zijn exclusief bevoegd om kennis te nemen van een door art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II beheerste zaak.

Naar Nederlands IPR geldt het incorporatierecht, houdende, voor zover hier van belang, dat een corporatie die krachtens de oprichtingsakte haar zetel ten tijde van de oprichting op het grondgebied van de staat naar welks recht zij is opgericht heeft, beheerst wordt door dat recht (art. 10:118 BW).

> Een voorbeeld. Een vennootschap is opgericht in overeenstemming met het recht van staat X. Blijkens de oprichtingsakte bevindt haar zetel zich – ten tijde van de oprichting – op het grondgebied van die staat. *Ergo*: de vennootschap wordt beheerst door het recht van staat X.

---

5 november 2002, C-208/00, *NJ* 2003/58, m.nt. P. Vlas (*Überseering*) als volgt: 'Men behoeft niet paranormaal begaafd te zijn om te voorspellen dat dit arrest in Europa tot baanbrekende veranderingen op het gebied van het IPR-vennootschapsrecht zal leiden. De eeuwigdurende strijd tussen de aanknoping aan de leer van de werkelijke zetel (siège réel) en de incorporatieleer is thans door het HvJ EG beslecht in het voordeel van de laatste. *Het stelsel van de werkelijke zetel lijkt daarmee in intra-communautaire verhoudingen ten grave te zijn gedragen* [curs. RPJ]. Lidstaten die in hun IPR uitgaan van de aanknoping aan het stelsel der werkelijke zetel (…) zullen zich over de consequenties van dit arrest diepgaand moeten beraden.' *Vide* ook Strikwerda en Schaafsma, *loc. cit*.

Onder 'zetel' wordt verstaan de statutaire zetel.[173] Met 'statutaire zetel' wordt bedoeld de plaats van vestiging (lees: zetel) die – conform het recht van de staat overeenkomstig waarmee de corporatie is opgericht – in de statuten van de corporatie is vermeld, welke plaats in het algemeen in die(zelfde) staat móét liggen, doch niet uitgesloten is dat deze in een andere staat mág liggen,[174] waarbij ik aanteken dat art. 10:118 BW strikt genomen niet op dat laatste ziet.[175] De 'plaats van vestiging' als bedoeld in art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II is dus, naar Nederlands IPR, de plaats waar, blijkens de statuten én conform het oprichtingsrecht, de statutaire zetel zich bevindt. Het in Nederland geadieerde gerecht zal dan ook ter bepaling van de woonplaats van een vennootschap of rechtspersoon voor de toepassing van het voormelde artikel dienen te beoordelen of de vennootschap/rechtspersoon te onzent statutair gevestigd is.[176] Ten aanzien van Nederlandse vennootschappen zullen de Nederlandse gerechten zichzelf – steeds – privatief bevoegd verklaren kennis te nemen van vorderingen of verzoeken die zien op een materie als bedoeld in art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II. Immers, de statuten conform Nederlands recht opgerichte (naamloze/besloten) vennootschappen bevatten, onder andere, de 'zetel' – ter plaatse daarvan heeft een rechtspersoon blijkens art. 1:10, tweede lid, BW (een internrechtelijke bepaling!) zijn woonplaats – en die móét hier te lande zijn gelegen (*vide* art. 2:66 (177), eerste en derde lid, BW).[177]

Onder de werkingssfeer van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II vallen niet alle kwesties die verband houden met de interne organisatie en de besluitvorming van een vennootschap of van een rechtspersoon;[178] deze is beperkt tot de daarin bedoelde kwesties, te weten, het zij herhaald, geschillen omtrent (i) de geldigheid, de nietigheid of de ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen dan wel

173 *Vide* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 42 (nr. 50).

174 In *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 17 (MvT) lezen wij dat met 'statutaire zetel' niet wordt bedoeld de 'in de statuten opgenomen zetel van de corporatie, maar de plaats die volgens het op de corporatie toepasselijke recht als *plaats van vestiging* [curs. RPJ] in de statuten moet worden opgenomen'. *Vide* ook *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 16 (MvT); *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 68 (MvT). *Vide* buitendien Vlas 2017, *op. cit.*, p. 26 (nr. 17) en 42 (nr. 50). *Vide* over de (statutaire) zetel ook voetnoot 332 *infra.*

175 Aldus ook P. Vlas, in: *GS Rechtspersonen*, Internationaal rechtspersonenrecht, Titel 8 Boek 10 BW, art. 10:118 BW, aant. 3.

176 P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 5.

177 Volgens Vlas 2017, *op. cit.*, p. 27 (nr. 19) kan een Nederlandse rechtspersoon zijn statutaire zetel niet naar het buitenland verplaatsen. Evenzo Storm 2018, p. 62. *Cf.* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 28 *et seq.* (nr. 20 *et seq.*); Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 372.

178 *Vide* ook S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 6d, die opmerkte dat de hier bedoelde bepaling niet ziet op '*alle* [curs. aut.] vennootschapsrechtelijke kwesties'.

(ii) de geldigheid of nietigheid van besluiten van hun organen.[179] Hier komt bij dat volgens het Hof van Justitie art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II restrictief moet worden uitgelegd.[180] Dit brengt, aldus het Hof van Justitie, mee dat de werkingssfeer van het evenbedoelde artikel – ten aanzien van de geschillen als onder (ii) bedoeld – 'beperkt is tot de geschillen waarbij een partij de *geldigheid*

179 *Vide* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 156 (nr. 217) en L. de Lima Pinheiro, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 24, *note* 46, die schreef dat '[o]ther matters related with the internal affairs (*statut personnel*) are excluded'. Met Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 979, Storm 2018, *op. cit.*, p. 63 en Strik 2014, *op. cit.*, p. 1019 ben ik dan ook, mede gezien de in voetnoot 180 *infra* aangehaalde uitspraak, van mening dat de Ondernemingskamer in hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, *JOR* 2009/127, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.12 (*e-Traction*), waarin zij sprak van 'verzoeken (rechtsvorderingen) die beogen rechtstreeks in te grijpen in de vennootschappelijke rechtsorde ofwel het inwendige bestel van de vennootschap', een veel te ruime interpretatie van art. 22, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo (thans: art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II) gaf. In het Groenboek van de Europese Commissie over de herziening van de EEX-Verordening werd opgemerkt dat moest worden nagegaan of de werkingssfeer van art. 22, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo niet zou kunnen worden uitgebreid tot 'andere kwesties in verband met de interne organisatie en de besluitvorming van een vennootschap'; *vide* COM (2009) 175 def., *para* 8.2. Zulks heeft echter niet tot een uitbreiding van het huidige art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II geleid. *Vide* echter ook de noot, onder 19, van Van Solinge bij HvJ EU 7 maart 2018, C-560/16, *NJ* 2018/351, m.nt. G. van Solinge (*E.ON Czech Holding*), die – na te hebben gewezen op het vorengenoemde groenboek – opmerkte dat het Hof van Justitie in deze uitspraak, waarin het overwoog dat art. 22, punt 2, EEX-Vo (thans: art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II) aldus moet worden uitgelegd dat een vordering strekkende tot toetsing van de billijkheid van de vergoeding die de meerderheidsaandeelhouder van een vennootschap – in het kader van een gedwongen aandelenoverdracht – aan de minderheidsaandeelhouders ervan moet betalen, binnen de exclusieve bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat valt waar die vennootschap is gevestigd (*vide* punt 45), er – met handhaving van een strikte uitleg van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II – in is geslaagd 'de reikwijdte van de bepaling iets te verruimen. Het lijkt erop dat met het hier besproken arrest toch een klein stapje is gezet op weg naar een exclusief forum *voor alle interne geschillen in de vennootschap* [curs. RPJ]'. Op die lijn zit ook K.A.M. van Vught, 'Rechtsmacht in de rechtspersoon. Twee arresten, één forum voor corporate geschillen?', *MvO* 2018, nr. 8 & 9, p. 270 (*vide* ook p. 269), alwaar staat dat, alles tezamen, het Hof van Justitie de doelpalen wat verder uit elkaar heeft gezet. Vermeldenswaardig is ook wat daarvoor werd geschreven, namelijk: 'Opvallend is verder, ik merkte het al op, dat het Hof zijn beslissing motiveert met een uitvoerige verwijzing naar de nauwe band die tussen het geschil en de Tsjechische rechter zou bestaan, en ook naar de *Gleichlauf* [curs. aut.] tussen de bevoegde rechter en het toepasselijke recht. Als die aanknopingsfactoren werkelijk de doorslag geven, verbreedt dat de *scope* [curs. aut.] van artikel 24 sub 2 EEX aanzienlijk. *De uitstoting/uittreding, de enquête en de uitkoop zouden dan sowieso binnenboord zijn* [curs. RP]. Hier past niettemin nog wel een slag om de arm [onderstr. RPJ], zou ik denken. Hoe nauw verbonden en gelijklopend een geschil ook is, daarin zal een besluit een rol moeten spelen. Hoewel het Hof in deze zaak wat heeft gegoocheld met dit besluitvereiste, blijft artikel 24 sub 2 EEX een geschil veronderstellen dat (wellicht indirect) de geldigheid van een besluit betreft. *Bij de genoemde procedures zal daaraan niet steeds kunnen worden voldaan* [curs. RPJ].' (voetnoot verwijderd).

180 HvJ EG 2 oktober 2008, C-372/07, *NJ* 2009/192, m.nt. P. Vlas, *JOR* 2009/123, m.nt. R.G.J. de Haan, punt 18-19 (*Doherty*).

[curs. RPJ] van een besluit van een orgaan van een vennootschap betwist op grond van het toepasselijke vennootschapsrecht of de statutaire bepalingen betreffende de werking van haar organen'.[181] Overigens ziet het hier bedoelde artikel louter op de geschillen waarvan 'het hoofdvoorwerp' de geldigheid, nietigheid of ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen dan wel de geldigheid van de besluiten van hun organen is.[182]

Uit het bovenstaande volgt dat (1) een enquêteverzoek als bedoeld in art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW, (2) een – daarvan in zijn bestaan afhankelijk – verzoek om onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in art. 2:349a, tweede lid, BW (*iuncto* art. 2:355, derde lid, BW), (3) een vordering tot schadevergoeding als bedoeld in art. 2:350, tweede lid, eerste volzin, BW, (4) een verzoek tot kostenverhaal als bedoeld in art. 2:354 BW en (5) een verzoek tot het vaststellen van wanbeleid als bedoeld in art. 2:355, eerste lid, BW,[183] niet binnen de reikwijdte van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II vallen,[184] waarbij opmerking verdient dat de antwoorden

181 HvJ EG 2 oktober 2008, C-372/07, *NJ* 2009/192, m.nt. P. Vlas, *JOR* 2009/123, m.nt. R.G.J. de Haan, punt 26 (*Doherty*). Herhaald in HvJ EU 7 maart 2018, C-560/16, *NJ* 2018/351, m.nt. G. van Solinge, punt 33 (*E.ON Czech Holding*). *Vide* ook Kuypers, *op. cit.*, p. 840; Vlas' noot, onder 4, bij HvJ EG 2 oktober 2008, C-372/07, *NJ* 2009/192, m.nt. P. Vlas, *JOR* 2009/123, m.nt. R.G.J. de Haan (*Doherty*); P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, EEX-Verordening ('Brussel I'), art. 22, aant. 5; Koppenol-Laforce en Zilinsky, *op. cit.*, p. 125; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 158-159 (nr. 219). Procedures die gaan over de – uitvoering – van door organen van vennootschappen of rechtspersonen genomen besluiten, vallen dus niet binnen de reikwijdte van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II; *vide* S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 24 Brussel I-bis, aant. 6e; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 159 (nr. 220); Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 87.

182 HvJ EU 12 mei 2011, C-144/10, *JOR* 2011/319, m.nt. J.J. Kuipers, punt 44 (*JPMorgan Chase Bank*). *Vide* ook rapport-Jenard, p. 104, alwaar wij lezen dat de in art. 16 EEX-Verdrag (thans: art. 24 EEX-Vo II) opgesomde gevallen in beginsel slechts exclusieve rechterlijke bevoegdheid vestigen wanneer het gerecht van 'het bodemgeschil' kennis moet nemen. *Vide* voorts rapport-Jenard, p. 107: 'Nummer 2 van artikel 16 heeft betrekking op vennootschappen. Uitsluitend de gerechten van de staat waar een vennootschap of een rechtspersoon haar zetel heeft zijn bevoegd kennis te nemen van de rechtsvorderingen die, *wat het bodemgeschil betreft* [curs. RPJ], enerzijds betrekking hebben op de geldigheid, de nietigheid of de opheffing van deze vennootschappen of rechtspersonen en anderzijds op de besluiten van hun organen.' *Vide* voor kritiek op de uitspraak van het Hof van Justitie Koppenol-Laforce en Zilinsky, *op. cit.*, p. 130-133. Zij lijken in hun kritiek voorbij te zien aan het vorengeciteerde.

183 In hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14, r.o. 3.3 (*Fuhler*) heeft de Ondernemingskamer uitgemaakt dat er *ex* art. 2:355, eerste lid, BW ook kan worden verzocht om een declaratoire uitspraak.

184 In die richting (kennelijk) ook Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 979; X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. S. van Dongen, A.P.M.J. Vonken), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/43; J.W. Rutgers en M. Zilinsky, 'Boekbespreking', *WPNR* 2016/7091, p. 66; Storm 2018, *op. cit.*, p. 63. M.N. van Dam, R.B. van Hees en B.F.L.M. Schim, in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, art. 22 EEX-Verordening, aant. C.3.3 twijfelen. *Vide* ook Van Vught, *op. cit.*, p. 269 en 272, die opmerkte dat, ofschoon zulks met de in voetnoot 179 *supra* genoemde uitspraak 'wellicht' anders ligt, de pleidooien houdende dat, *inter alia*, de enquêteprocedure binnen de reikwijdte van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II valt zich moeizaam

op vragen of een rechtspersoon rechtens bestaat, of een vennootschap rechtsgeldig is opgericht, of een besluit op rechtsgeldige wijze tot stand is gekomen dan wel nietig moet worden geacht,[185] *et cetera*, niet tot de competentie van de Ondernemingskamer behoren, maar tot die van de gewone civiele rechter.[186] In de beantwoording van dergelijke vragen treedt zij dan ook niet. De reden voor dit een en ander ligt hierin dat het in het enquêterecht scharniert om de vraag of er sprake is van 'gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen', deze norm staat centraal in de eerste fase van een enquêteprocedure, en of uit het onderzoeksverslag blijkt dat er sprake is geweest van 'wanbeleid', welke norm centraal staat in de tweede fase van een enquêteprocedure. Verder zij gereleveerd dat het onderzoek de kern van het enquêterecht is (dat onderzoek is het hoofdvoorwerp), niet de (onmiddellijke) voorzieningen.[187] Hieraan doet niet af dat in de praktijk meer dan eens het zwaartepunt bij dat laatste wordt gelegd (de OK als een soort kortgedingrechter).

Evenmin behoren, nog steeds in het licht van het vorengaande, tot het domein van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II (1) een verzoek tot schorsing of ontslag van bestuurders/commissarissen als bedoeld in art. 2:355, eerste lid, BW *iuncto* art. 2:356, aanhef en onderdeel b, BW, (2) een verzoek tot tijdelijke aanstelling van bestuurders/commissarissen als bedoeld in art. 2:355, eerste lid, BW *iuncto*

verdraagt met de restrictieve lijn van het Hof van Justitie respectievelijk dat die procedure daar wel onder – zou moeten – vallen. (Kennelijk) anders: Rammeloo, *op. cit.*, p. 8-9; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/735; Laagland, *op. cit.*, p. 43. *Vide* ook Vlas 2017, *op. cit.*, p. 229 (nr. 330).

185 Om zulke vragen draait het bij de toepassing van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II; *vide* Kuypers, *op. cit.*, p. 839; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 158 (nr. 219).

186 *Vide e.g.* hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, *ARO* 2014/57, r.o. 3.9 (*TICA*), waarin de Ondernemingskamer vooropstelde 'dat niet zij, maar de gewone burgerlijke rechter bevoegd is te oordelen over de vraag of een besluit nietig of vernietigbaar is omdat het niet met de vereiste meerderheid van stemmen is genomen'. *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, *ARO* 2017/114, r.o. 3.6 (*Mitralis*), waarin zij overwoog dat 'de vraag of de besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders van 4 januari 2017, waarin is besloten tot vervreemding van het 80 % belang van Parkstad in Mitralis (…), rechtsgeldig is geweest', ter beantwoording van de gewone burgerlijke rechter staat. *Vide* tevens hof Amsterdam (OK) 4 juni 2018, *ARO* 2018/138, r.o. 3.7 (*TGC*), waarin de Ondernemingskamer overwoog dat niet zij maar de gewone civiele rechter bevoegd is te beslissen over de '(rechts)vraag of sprake is van een rechtsgeldig ontslagbesluit'. *Vide* als laatste voorbeeld hof Amsterdam (OK) 11 december 2018, *ARO* 2019/42, r.o. 2.5 en 2.9 (*Nijhuis Fabel*), waarin de Ondernemingskamer oordeelde dat de rechtsgeldigheid van het genomen besluit tot ontbinding van de vennootschap niet te haren beoordeling staat, maar kennelijk, zo voeg ik toe, van de gewone civiele rechter.

187 *Vide* HR 27 september 2000, *JOR* 2000/217, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2000/55, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 4.2 (*Gucci*), de titel van de enquêteregeling (het recht van 'enquête') alsmede art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW in samenhang gelezen met art. 2:349a, tweede en derde lid, BW.

art. 2:356, aanhef en onderdeel c, BW, (3) een verzoek tot tijdelijke afwijking van de statuten als bedoeld in art. 2:355, eerste lid, BW *iuncto* art. 2:356, aanhef en onderdeel d, BW en (4) een verzoek tot aandelenoverdracht ten titel van beheer als bedoeld in art. 2:355, eerste lid, BW *iuncto* art. 2:356, aanhef en onderdeel e, BW.

Blijven over een verzoek tot schorsing[188] of vernietiging van een besluit van een orgaan van de (geënquêteerde) rechtspersoon als bedoeld in art. 2:355, eerste lid, BW *iuncto* art. 2:356, aanhef en onderdeel a, BW en een verzoek tot ontbinding van de (geënquêteerde) rechtspersoon als bedoeld in art. 2:355, eerste lid, BW *iuncto* art. 2:356, aanhef en onderdeel f, BW. Ook deze twee verzoeken vallen mijns inziens niet onder het bereik van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II.[189] Ten eerste niet omdat een eventuele tweede fase-procedure niet scharniert om de vraag of de geënquêteerde rechtspersoon rechtsgeldig is opgericht dan wel een door een van zijn organen genomen besluit op rechtsgeldige wijze tot stand is gekomen, maar om de vraag of uit het verslag van wanbeleid is gebleken. Ten tweede niet omdat, in het verlengde van het eerste punt, (mede) de voorzieningen als hiervoor bedoeld ertoe strekken – indien dat laatste blijkt – de Ondernemingskamer in staat te stellen aan dat wanbeleid een einde te maken en de daaruit voortgevloeide gevolgen zoveel mogelijk ongedaan te maken.[190] Ten derde niet omdat, in het verlengde van het tweede punt, de hier aan de orde zijnde exclusieve bevoegdheidsgrond niet tevens ziet op geschillen over de uitvoering en/of gevolgen[191] van een besluit van een orgaan van de vennootschap/rechtspersoon.

188 Volgens Vlas 2017, *l.s.c.* brengt de ratio van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II mee dat ook vorderingen, of, me dunkt, verzoeken, tot schorsing van besluiten van organen onder het bereik van dit artikel vallen.

189 In andere zin Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 979 en Storm 2018, *op. cit.*, p. 63, die de mening zijn toegedaan dat 'de meeste' van de in art. 2:356 BW genoemde voorzieningen niet onder de werkingssfeer van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II vallen, in het bijzonder niet de aandelenoverdracht ten titel van beheer. Ook anders: Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/43, naar wier mening een 'mogelijke interpretatie van art. 22 sub 2 Brussel I is dat slechts voor bepaalde voorzieningen (vernietiging van besluiten en ontbinding van de rechtspersoon) de rechter van het land van de statutaire zetel exclusief bevoegd is'. In hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, *JOR* 2009/127, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.12 (*e-Traction*) overwoog de Ondernemingskamer dat 'ter zake van de tijdelijke overdracht van die aandelen bij wege van voorziening [een en ander op de voet van art. 2:355, eerste lid, BW *iuncto* art. 2:356, aanhef en onderdeel e, BW, toev. RPJ] in een enquêteprocedure (exclusieve) rechtsmacht aan de Ondernemingskamer toekomt, *zulks overigens in overeenstemming met (...) artikel 22 lid 2 EEX-Verordening* [curs. RPJ]'. Dit is echter juist níét in overeenstemming met dat artikel, omdat zulk een voorziening buiten de reikwijdte ervan valt. Aldus ook de eerstgenoemden.

190 *Vide* HR 4 november 1987, *NJ* 1988/578, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3; HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis, r.o. 4.7.1 (*Text Lite*).

191 *Vide* daaromtrent P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Brussel I, aant. 5; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 158-159 (nr. 219-220), met verwijzingen aldaar.

5.1.1.6 Forumkeuze

Teneinde de onzekerheid die kan bestaan over de vraag voor de rechter van welk land geprocedeerd zal worden, weg te nemen kunnen partijen een forumkeuzeovereenkomst sluiten,[192] een en ander uit hoofde van art. 25 EEX-Vo II. Ook de (uitdrukkelijke)[193] forumkeuze vormt een uitzondering op de hoofdregel als bedoeld in art. 4, eerste lid, EEX-Vo II,[194] nu het voor de toepassing van art. 25 EEX-Vo II niet ter zake doende is waar partijen hun woonplaats (binnen of buiten de EU) hebben (*vide* lid 1).[195]

Ingevolge art. 25, eerste lid, EEX-Vo II is de forumkeuze exclusief, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Wil die onder het toepassingsbereik van art. 25 EEX-Vo II vallen, dan moet aan de volgende – ambtshalve door het aangezochte gerecht te toetsen –[196] voorwaarden zijn voldaan: (1) de forumkeuze moet een burgerlijke zaak of een handelszaak als bedoeld in art. 1, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II betreffen, (2) de forumkeuze betreft een gerecht of de gerechten van een lidstaat (*vide* lid 1), (3) er moet voldaan zijn aan het internationaliteitsvereiste,[197] (4) de forumkeuze moet voldoen aan de in art. 25, eerste lid, onderdeel a-c, en tweede lid, EEX-Vo II genoemde vormvereisten,[198] (5) de forumkeuze moet betrekking hebben op geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan (*vide* lid 1),[199] (6) de forumkeuze moet materieel geldig zijn en (7) de forumkeuze mag niet in strijd zijn met art. 15, 19 of 23 EEX-Vo II en geen

192 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Brussel I, aant. 1.

193 In art. 26 EEX-Vo II is de – hier verder buiten beschouwing latende – stilzwijgende forumkeuze, *i.e.* de stilzwijgende aanvaarding van internationale bevoegdheid, opgenomen, waarin is bepaald dat buiten de gevallen waarin zijn bevoegdheid voortvloeit uit andere bepalingen van de EEX-Verordening II, het gerecht van een lidstaat waarvoor de verweerder verschijnt, bevoegd is, met dien verstande dat (i) die verschijning niet tot doel heeft de bevoegdheid (van dat gerecht) te betwisten en (ii) geen ander gerecht bestaat dat op grond van art. 24 EEX-Vo II privatief bevoegd is (*vide* lid 1).

194 *Vide* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 138 (nr. 188); Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 58 en 91.

195 *Vide* (in die zin) ook Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 91. *Cf.* Vlas 2017, p. 138 (nr. 190). Hierbij zij erop gewezen dat indien (a) in een exclusief forumkeuzebeding een gerecht, of de gerechten, van een lidstaat van de EU is aangewezen en (b) een van de partijen haar verblijfplaats in Mexico, Singapore of Montenegro heeft, het Forumkeuzeverdrag van toepassing is en niet de EEX-Verordening II; *vide* art. 4, tweede lid, art. 5, eerste lid, en art. 26, zesde lid, onderdeel a, van het Forumkeuzeverdrag en voetnoot 234 *infra*.

196 F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Brussel I-bis, aant. 1.

197 *Vide* daarover Kuypers, *op. cit.*, p. 91 en 102.

198 Deze moeten strikt worden uitgelegd; *vide* HvJ EU 21 mei 2015, *NJ* 2016/75, m.nt. L. Strikwerda, punt 25 (*CarsOnTheWeb*).

199 Volgens Kuypers, *op. cit.*, p. 639 is bepaaldheid een voorwaarde die art. 23 EEX-Vo (thans: art. 25 EEX-Vo II) aan een forumkeuze stelt. *Vide* nader Kuypers, *op. cit.*, *para* 14.2.

inbreuk maken op art. 24 EEX-Vo II (*vide* lid 4).[200] Meer voorwaarden worden door art. 25 EEX-Vo II niet gesteld. Het regelt – autonoom en uitputtend –[201] in welke gevallen en onder welke voorwaarden een forumkeuze mogelijk is, welke geldigheidsvereisten met betrekking tot de forumkeuzeovereenkomst er zijn en wat de gevolgen van een geldige forumkeuze zijn; nadere of andere – aan de nationale wetgeving der lidstaten ontleende – vereisten mogen aan een door deze verordening bestreken forumkeuze niet worden gesteld.[202] Zo behoeft er geen band tussen het gekozen forum en het geschil (de litigieuze rechtsbetrekking) te bestaan,[203] zodat voor de *forum non conveniens*-exceptie onder het evengenoemde artikel geen plaats is,[204] noch dat partijen enig belang moeten hebben bij de keuze van het forum.[205] Indien een forumkeuzeovereenkomst aan de hierboven genoemde voorwaarden voldoet, dan leidt zulks er in beginsel toe dat het (de) aangewezen gerecht(en) – met uitsluiting van (ook) de gerechten van alle andere lidstaten – bevoegd is (zijn) om van het geschil kennis te nemen.[206]

Het vorengaande doet de vraag rijzen of buitenlandse partijen, waaronder een moedermaatschappij in den vreemde met dochtermaatschappijen hier te lande, in geval van (typische) enquêterechtelijke geschillen, *i.e.* geschillen die hier te lande in het kader van een art. 2:345, eerste lid, BW-procedure op de voet van art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW aan de Ondernemingskamer ter beslechting (zouden) kunnen worden voorgelegd, de Ondernemingskamer zouden kunnen

200 *Vide* (ook) U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *note* 17; P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Brussel I, aant. 1; J.H.M. Spanjaard, in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, art. 23 EEX-Verordening, aant. C.1; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Brussel I-bis, aant. 1a, 2, 3b, 7, 10-13 en 18c; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 90 *et seq*. Anders dan op grond van art. 23, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo, waarin de eis werd gesteld dat ten minste een der partijen woonplaats op het grondgebied van een lidstaat moest hebben, is onder art. 25 EEX-Vo II de woonplaats der partijen niet ter zake doende. *Vide* ook F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Brussel I-bis, aant. 3a.

201 *Vide* ook U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *note* 14: 'As far as the scope of Art. 25 extends, it therefore regulates *finally and conclusively* [curs. RPJ] questions of international jurisdiction agreements.' (voetnoot verwijderd) *Vide* mede U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *notes* 65 en73.

202 Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 90.

203 *Vide* HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, *NJ* 2001/116, m.nt. P. Vlas, punt 46, 50 en 52 (*Trumpy*).

204 *Vide* Ibili 2007, *op. cit.*, p. 192; U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *note* 46 met verwijzing aldaar; P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Brussel I, aant. 5; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Brussel I-bis, aant. 14a.

205 Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 96 (*i.f.*).

206 *Vide*, zij het iets nauwer geformuleerd, P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Brussel I, aant. 1; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Brussel I-bis, aant. 8a. *Vide* voor de werking van een niet-exclusief forumkeuzebeding laatstgenoemde (aant. 8b).

aanwijzen als exclusief bevoegd gerecht in de zin van art. 25 EEX-Vo II. Teneinde deze vraag te beantwoorden zullen de hogergenoemde voorwaarden successievelijk nader worden bekeken.

Voorwaarde één: de forumkeuze moet een burgerlijke zaak of een handelszaak als bedoeld in art. 1, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II betreffen. Zoals ik reeds heb geconcludeerd (*vide* § 5.1.1.2, *in fine*), is een zaak die wordt ingeleid met, bijvoorbeeld, een verzoek als bedoeld in art. 2:345, eerste lid, BW, een burgerlijke zaak of een handelszaak in de zin van art. 1, eerste lid, EEX-Vo II, zodat aan deze voorwaarde is voldaan.

Voorwaarde twee: de forumkeuze betreft een gerecht of de gerechten van een lidstaat. Artikel 25 EEX-Vo II mist toepassing als partijen in hun forumkeuzeovereenkomst een gerecht of de gerechten van een niet-lidstaat hebben aangewezen; zij moeten zijn overeengekomen hun geschillen voor een gerecht of de gerechten van een lidstaat te brengen.[207] Verder kunnen partijen ingevolge art. 25, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II een algemene aanwijzing ('de gerechten'), zoals de rechter van een lidstaat, in hun forumovereenkomst betreffende de exclusieve bevoegdheid tot kennisneming van bepaalde geschillen, opnemen,[208] maar ook een bijzondere

207 *Vide* HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, punt 17, 19 en 21 (*Handelsveem*). *Vide* ook Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 92.

208 In zulk een geval wordt de relatief bevoegde rechter vastgesteld volgens het interne procesrecht van de desbetreffende lidstaat; *vide* F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Brussel I-bis, aant. 3b. *Vide* voorts U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *note* 30 (*i.f.*); P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Brussel I, aant. 3. *Vide* nader Kuypers, *op. cit.*, p. 156 *et seq.* *Vide* ook HvJ EU 7 juli 2016, C-222/15, *RvdW* 2016/1091, punt 48 (*Hőszig*), waarin is uitgemaakt dat 'een forumkeuzebeding dat de "gerechten" van een stad van een lidstaat aanwijst, voor de precieze bepaling van de rechter bij wie de vordering moet worden gebracht impliciet maar noodzakelijk verwijst naar de bevoegdheidsregeling die in die lidstaat van kracht is. In die zaak waren de 'gerechten van Parijs' aangewezen. Volgens het Hof van Justitie wijst dit forumkeuzebeding 'weliswaar niet uitdrukkelijk de lidstaat aan waarvan de gerechten volgens de overeenkomst van partijen bevoegd zijn, maar de bedoelde gerechten zijn die van de hoofdstad van een lidstaat waarvan partijen in casu ook het recht hebben aangewezen als het op de overeenkomst toepasselijke recht, zodat vaststaat dat dit beding, dat is opgenomen in een overeenkomst zoals die in het hoofdgeding, ertoe strekt exclusieve bevoegdheid toe te kennen aan de gerechten die deel uitmaken van de rechterlijke orde van die lidstaat' (punt 46). Een dergelijk beding voldoet dus aan de vereisten van nauwkeurigheid (punt 47). Ten aanzien van die vereisten oordeelde het Hof van Justitie 'dat de bewoordingen van deze bepaling niet aldus kunnen worden uitgelegd, dat zij vereisen dat een dergelijk beding zodanig is geformuleerd, dat louter op grond van de bewoordingen ervan kan worden bepaald welk gerecht bevoegd is. Het is namelijk voldoende dat het beding de objectieve elementen bevat waarover partijen overeenstemming hebben bereikt voor de keuze van het gerecht of de gerechten waaraan zij hun ontstane of toekomstige geschillen willen voorleggen. Die elementen, die voldoende nauwkeurig moeten zijn om de aangezochte rechter in staat te stellen te bepalen of hij bevoegd is, kunnen eventueel worden geconcretiseerd door de omstandigheden van het geval' (punt 43).

aanwijzing ('een gerecht'), zoals een bepaald gerecht van een lidstaat.[209] De vraag die opkomt, is of de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam als exclusief bevoegd gerecht kan worden aangewezen.

Het antwoord daarop moet ontkennend luiden, waartoe het volgende redengevend is. Een forumkeuze mag geen (nationale) regeling van absolute of materiële competentie doorbreken; daarmee laat de EEX-Verordening (II) zich niet in, zodat de vraag welke rechter in absolute of materiële zin bevoegd is, uitsluitend wordt bepaald door het interne recht van het land van de aangewezen rechter.[210] Naar luid van art. 42 RO nemen de rechtbanken *in prima* kennis van 'alle' burgerlijke zaken – waartoe ook buitenlandse zaken behoren, nu de rechtbank krachtens art. 10:2 BW ambtshalve het, op basis van het conflictenrecht aangewezen, buitenlandse recht moet toepassen – behoudens bij de wet bepaalde uitzonderingen. Een daarvan betreft art. 66 RO, waarin is bepaald dat voor het behandelen en beslissen van zaken als – kennelijk: limitatief – genoemd in het eerste lid daarvan, zoals zaken als bedoeld in Boek 2 BW, waaronder enquêtezaken, de Ondernemingskamer (absoluut) bevoegd is.

Hieruit volgt – *a contrario* geredeneerd – dat zij niet bevoegd is kennis te nemen van andere zaken, die al dan niet worden beheerst door buitenlands recht. Willen partijen hier te lande een geschil naar vreemd recht laten behandelen en berechten, dan dienen zij (dan ook) een rechtbank te adiëren en hun zaak aldaar aan te brengen. Indien de Ondernemingskamer toch onder art. 25 EEX-Vo II als gerecht is aangewezen, dan dient zij zich – ambtshalve – onbevoegd te verklaren (art. 72 Rv). Vervolgens zijn er, afhankelijk van de precieze bedoeling van partijen en daarmee van de uitleg van de forumkeuze, twee keuzes: (a) er is een andere, gewone rechter (lees: rechtbank) wél bevoegd van de zaak kennis te nemen,[211] zodat de Ondernemingskamer de zaak daarnaar verwijst (art. 73 Rv),[212] of (b) er is géén andere, gewone rechter

209 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Brussel I, aant. 3; J.H.M. Spanjaard, in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, art. 23 EEX-Verordening, aant. C.1.1; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Brussel I-bis, aant. 3b.

210 *Vide* Kuypers, *op. cit.*, p. 154 en het aldaar aangehaalde. Ook Vlas 2017, *op. cit.*, p. 138 (nr. 188) is van mening dat de absolute competentie niet door de EEX-Verordening (II) wordt geregeld, zodat de internrechtelijke bepalingen van de lidstaten blijven gelden.

211 Dit betreft de situatie waarin de bedoeling van partijen als vertaald in de forumkeuze ruim wordt opgevat.

212 *Vide* ook Kuypers, *op. cit.*, p. 155: '*De bedoeling van partijen dient niet eng te worden opgevat*. Ook indien partijen in een forumkeuze de absoluut onbevoegde rechter hebben aangewezen en afwijking op grond van het interne recht niet is toegestaan, *is de forumkeuze in beginsel geldig*. *Het is de bedoeling van partijen geweest de internationale bevoegdheid te regelen*. In dit geval dient derhalve de absoluut bevoegde rechter te worden gevonden binnen wiens ressort de aangeduide plaats ligt. Eventueel kan worden geredeneerd dat de (op grond van het nationale recht) *ongeldige aanwijzing wordt geconverteerd in een geldige prorogatie van de absoluut bevoegde rechter gelet op de bedoeling van partijen*. Zover behoeft het mijns inziens echter niet te komen, indien de aanwijzing van een onbevoegde rechter *door een ruime uitleg wordt beschouwd als de aanwijzing van een rechter in dat ressort die wel absoluut bevoegd is*.' (voetnoot verwijderd en curs. RPJ)

bevoegd van de zaak kennis te nemen,[213] zodat zij zal volstaan met het uitspreken van haar onbevoegdheid.[214] In geval van dat laatste wordt de forumkeuze als krachteloos beschouwd.

Ergo: de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam kan níét als exclusief bevoegd gerecht in de zin van art. 25, eerste lid, EEX-Vo II worden aangewezen (wel een rechtbank), maar mocht dat toch zo in het forumkeuzebeding staan, dan hoeft dat beding niet noodzakelijkerwijs te sneven, mits in het licht van de bedoeling van partijen de zaak kan worden doorverwezen naar een bevoegd gerecht (in Nederland).

Voorwaarde drie: er moet voldaan zijn aan het internationaliteitsvereiste. Daarbij stel ik het volgende voorop. Naar blijkt uit het rapport-Jenard is art. 17 EEX-Verdrag (thans: art. 25 EEX-Vo II) van toepassing indien in dezelfde verdragsluitende staat woonachtig zijnde partijen een gerecht van een andere verdragsluitende staat als bevoegd aanwijzen.[215] In het rapport-Schlosser staat daarentegen dat voornoemd artikel alleen geldt als de zaak internationale kenmerken heeft en dat daarvoor 'bepaald niet volstaat dat een gerecht van een bepaalde Staat bevoegd is verklaard'.[216] Vlas gaat er – onder verwijzing naar deze twee rapporten – van uit dat een keuze van een buitenlandse rechter *an sich* een nationaal geval niet internationaal maakt.[217] Aangezien onder vigeur van art. 25 EEX-Vo II partijen een (de) gerecht(en) van een lidstaat kunnen aanwijzen 'ongeacht hun woonplaats', is, naar ik meen, aan het internationaliteitsvereiste voldaan indien de Ondernemingskamer als bevoegd gerecht is aangewezen en de partijen die de forumkeuzeovereenkomst hebben gesloten, hun woonplaats op het grondgebied van een andere (lid)staat dan Nederland hebben,[218] zoals (i) een partij in Frankrijk en een partij in Duitsland, (ii) beide partijen in België, (iii) een partij in Australië en een partij in Spanje, en (iv) een partij in Japan en een partij in Amerika.

---

213 Dit betreft de situatie waarin de bedoeling van partijen als vertaald in de forumkeuze eng wordt opgevat.

214 *Vide* A.I.M. van Mierlo, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 73 Rv, aant. 2.

215 Rapport-Jenard, p. 111.

216 Rapport-Schlosser, p. 123.

217 P. Vlas, 'Forumkeuzeclausules in statuten en grensoverschrijdende zetelverplaatsing vanuit Nederlands perspectief', *WPNR* 1993/6115, p. 889. *Vide* ook P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Brussel I, aant. 5.

218 Voor (het ingang willen doen vinden van) de stelling dat twee woonachtig zijnde partijen in lidstaat A een zaak internationaal kunnen maken door het (enkel) aanwijzen van een gerecht in lidstaat B, kan steun worden gevonden bij U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *note* 40. *Vide* ook U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *note* 23 *et seq.* Volgens Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 96 dient het internationaliteitsvereiste niet 'geografisch' uitgelegd te worden, maar moet zo begrepen worden dat iedere forumkeuze die inbreuk maakt op de bevoegdheidsregeling van de EEX-Verordening II, te beschouwen is als een internationale, door art. 25 EEX-Vo II bestreken, forumkeuze.

Voorwaarde vier: de forumkeuze moet voldoen aan de in art. 25, eerste lid, onderdeel a-c, en tweede lid, EEX-Vo II genoemde vormvereisten. Hiertoe is de zaak *Petereit* van belang.[219] Daarin overwoog het Hof van Justitie namelijk dat een overeenkomstig het nationale recht en de statuten zelf tot stand gekomen forumkeuzeclausule in de statuten van een vennootschap waarbij een bepaald gerecht van een lidstaat is aangewezen voor de kennisneming van geschillen tussen de vennootschap en haar aandeelhouders, een – voor alle aandeelhouders bindende – forumkeuzeovereenkomst in de zin van art. 17 EEX-Verdrag (thans: art. 25 EEX-Vo II) is, waarbij het niet ter zake dienend is dat de aandeelhouder aan wie die clausule wordt tegengeworpen, tégen het aannemen ervan heeft gestemd of pas ná het aannemen ervan aandeelhouder is geworden.[220] Voorts overwoog het dat ten aanzien van iedere aandeelhouder aan de vormvereisten van art. 17 EEX-Verdrag (thans: art. 25, eerste lid, onderdeel a-c, en tweede lid, EEX-Vo II) moet worden geacht te zijn voldaan, ongeacht de wijze waarop de aandelen zijn verworven, met dien verstande dat de forumkeuzeclausule in de statuten van de vennootschap is opgenomen en deze op een voor hem toegankelijke plaats, zoals het hoofdkantoor van de vennootschap, zijn neergelegd of in een openbaar register zijn ingeschreven.[221] Als in de statuten van een vennootschap een forumkeuzeclausule wordt opgenomen en die in bovenbedoelde zin zijn neergelegd, hetgeen generaliter, zo niet altijd, het geval zal zijn, dan is daarmee dus voldaan aan voorwaarde vier;[222] iedere aandeelhouder wordt alsdan geacht die clausule te kennen en ermee in te stemmen, waardoor zij voor hen gaat gelden

219 HvJ EG 10 maart 1992, C-214/89, *NJ* 1996/279, *TVVS* 1993/172, m.nt. P. Vlas (*Petereit*).

220 *Vide* HvJ EG 10 maart 1992, C-214/89, *NJ* 1996/279, *TVVS* 1993/172, m.nt. P. Vlas, punt 17-18 en 21 (*Petereit*). *Vide* ook HvJ EU 20 april 2016, C-366/13, *NJ* 2016/468, m.nt. L. Strikwerda, *JOR* 2016/159, m.nt. T.M.C. Arons, *Ondernemingsrecht* 2016/120, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens, punt 34 (*Profit Investment SIM*). *Vide* tevens de noot (voetnoot 29) van laatstgenoemde annotator bij dat arrest.

221 *Vide* HvJ EG 10 maart 1992, C-214/89, *NJ* 1996/279, *TVVS* 1993/172, m.nt. P. Vlas, punt 28-29 (*Petereit*). *Vide* ook HvJ EU 20 april 2016, C-366/13, *NJ* 2016/468, m.nt. L. Strikwerda, *JOR* 2016/159, m.nt. T.M.C. Arons, *Ondernemingsrecht* 2016/120, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens, punt 34 (*Profit Investment SIM*).

222 Volgens Vlas 2017, *op. cit.*, p. 161 (nr. 226) komen forumkeuzeclausules in de statuten van Nederlandse vennootschappen niet of nauwelijks voor. U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *note* 135 merkte op dat '[t]he statutes of a company (the articles of association or the memorandum of association) do *not infrequently* [curs. RPJ] contain a jurisdiction clause which generally intends to cover disputes between the company and its members and normally concentrates the jurisdiction at the seat of the company'. Mij is bekend dat in Duitsland Volkswagen AG in zijn statuten zulk een clausule heeft opgenomen, en wel in § 29 (Place of jurisdiction). Deze luidt, voor zover hier van belang, aldus: 'The sole place of jurisdiction for all disputes between shareholders (...) on the one hand, and the Company on the other, shall be the Company's domicile unless mandatory statutory provisions require otherwise.'

en zij daaraan gebonden zijn.[223] Andere vormvoorschriften dan die als bedoeld in art. 25, eerste lid, onderdeel a-c, en tweede lid, EEX-Vo II mogen door de lidstaten niet uit hoofde van hun eigen nationale recht aan een forumkeuze als bedoeld in art. 25 EEX-Vo II worden gesteld.[224]

Voorwaarde vijf: de forumkeuze moet betrekking hebben op geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan. Dienaangaande is wederom de eerdergenoemde *Petereit*-zaak van belang. In die zaak lag, *inter alia*, de vraag voor of de in de statuten van IBH-Holding AG opgenomen forumkeuzeclausule, luidende '[d]oor de inschrijving op of verwerving van aandelen of voorlopige certificaten onderwerpt de aandeelhouder zich voor alle geschillen met de vennootschap of haar organen aan de normaal ten aanzien van de vennootschap bevoegde gerechten', voldeed aan het vereiste van voldoende bepaaldheid van de rechtsbetrekking waaruit geschillen kunnen ontstaan, een en ander in de zin van art. 17 EEX-Verdrag.[225] Naar het oordeel van het Hof van Justitie is daaraan voldaan indien die clausule aldus kan worden uitgelegd dat zij betrekking heeft op de geschillen tussen de vennootschap en haar aandeelhouders als zodanig.[226] Het antwoord op de vraag of de forumkeuzeclausule daarop betrekking heeft zowel als het antwoord op de vraag op welke geschillen[227] zij van toepassing is, is voorbehouden aan de nationale rechter.[228] Het *Bundesgerichtshof* was, anders dan het *Oberlandesgericht* Koblenz, dat de hogergenoemde vraag aan het Hof van Justitie had gesteld,

223 *Vide* HvJ EG 10 maart 1992, C-214/89, *NJ* 1996/279, *TVVS* 1993/172, m.nt. P. Vlas, punt 17-19 en 28-29 (*Petereit*); HvJ EU 20 april 2016, C-366/13, *NJ* 2016/468, m.nt. L. Strikwerda, *JOR* 2016/159, m.nt. T.M.C. Arons, *Ondernemingsrecht* 2016/120, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens, punt 34 (*Profit Investment SIM*). *Vide* ook HvJ EG 10 maart 1992, C-214/89, *NJ* 1996/279, *TVVS* 1993/172, m.nt. P. Vlas, punt 24-25 (*Petereit*).

224 *Vide* HvJ EG 24 juni 1981, C-150/80, punt 26 (*Jacqmain*).

225 *Vide* HvJ EG 10 maart 1992, C-214/89, *NJ* 1996/279, *TVVS* 1993/172, m.nt. P. Vlas, punt 2 en 4 (*Petereit*).

226 *Vide* HvJ EG 10 maart 1992, C-214/89, *NJ* 1996/279, *TVVS* 1993/172, m.nt. P. Vlas, punt 32 en 34 (*Petereit*). *Vide* ook Kuypers, *op. cit.*, p. 645.

227 *Vide* voor een overzicht van soorten vennootschapsrechtelijke geschillen die vatbaar zijn voor forumkeuze Kuypers, *op cit.*, p. 841 met verwijzingen aldaar. Volgens hem kan de vennootschap of rechtspersoon de forumkeuze rechtsgeldig opnemen in de statuten dan wel in een aandeelhouders- of stemovereenkomst voor de volgende vennootschapsrechtelijke geschillen: (i) vorderingen tot nakoming van aandeelhouders- of stemovereenkomsten, (ii) (terugbetaling van) winst- of dividenduitkering, (iii) geschillen tussen vennoten/aandeelhouders en de vennootschap/rechtspersoon, (iv) vorderingen van de vennoten/aandeelhouders tegen (organen van) de vennootschap/rechtspersoon wegens (bestuurs)aansprakelijkheid, (v) geschillen tussen de vennoten/aandeelhouders onderling (bijvoorbeeld over een blokkeringsregeling of voorkeursrechten), (vi) vorderingen tot storting op aandelen, (vii) geschillen tussen de ondernemingsraad en bestuur voor zover de ondernemingsraad geen besluiten aanvecht van het bestuur en (viii) uitkoop van minderheidsaandeelhouders.

228 *Vide* HvJ EG 10 maart 1992, C-214/89, *NJ* 1996/279, *TVVS* 1993/172, m.nt. P. Vlas, punt 33 en 37 (*Petereit*); HvJ EG 3 juli 1997, C-269/95, punt 31 (*Dentalkit*). Het gaat alsdan om de uitleg van een overeenkomst. Naar het mij toeschijnt dient dat te geschieden op basis van de *lex fori prorogati* (incl. conflictenrecht; *vide* de considerans, onder 20, van de EEX-Verordening II). Dat sluit aan bij het

van oordeel dat de vorenbedoelde forumkeuzeclausule voldoende bepaald was.[229] Tegen deze achtergrond zou een buitenlandse moedermaatschappij – om aan voorwaarde vijf te voldoen – in haar statuten een forumkeuzeclausule in voege als hierboven bedoeld kunnen (laten) opnemen. Het is vervolgens aan, *in casu*, de Ondernemingskamer om uit te maken of die clausule voldoende bepaald is en, zo ja, of het aan haar voorgelegde geschil daaronder valt.

Voorwaarde zes: de forumkeuze moet materieel geldig zijn.[230] Ingevolge art. 25, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II is, kort gezegd, de door partijen aangewezen rechter bevoegd, tenzij de forumkeuzeovereenkomst nietig is wat haar materiële geldigheid betreft. Bij 'materiële geldigheid' kan men volgens Ibili denken aan kwesties zoals de wilsovereenstemming van partijen ten aanzien van de forumkeuze,[231] de (ver)nietig(baar)heid van de forumkeuze of de uitleg van de forumkeuze.[232] Strikwerda en Schaafsma denken (mede) aan nietigheid wegens strijd met de openbare orde en goede zeden alsook aan (andere contractenrechtelijke aspecten van de hier bedoelde overeenkomst zoals) de voorwaarden voor en de gevolgen van een beroep op wilsgebreken.[233] Volgens Magnus gaat het, als ik hem goed begrijp, om situaties waarin 'the free will of a party is impaired (error, mistake, fraud, threat, duress) or because good morals are violated', en wel ten aanzien van de materiële geldigheid voor zover die níét wordt beheerst door art. 25 EEX-Vo II zelf.[234] Er

bepaalde in art. 25, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II en bij de gemaakte keuze voor een bepaalde rechter. Is er een gerecht in een andere lidstaat dan Nederland aangewezen, dan kan de rechter te onzent dus niet gaan Haviltexen (HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner, r.o. 2 (*Haviltex*)).

229 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Brussel I, aant. 8 (*i.f.*) en voetnoot 2. *Vide* ook Kuypers, *op. cit.*, p. 645 (voetnoot 37).

230 Een forumkeuzeovereenkomst moet zowel formeel als materieel geldig zijn. Art. 25 EEX-Vo II regelt de formele geldigheid (nationaal recht is te dier zake uitgesloten). Ten aanzien van de materiële geldigheid geldt dat sommige kwesties eveneens door dat artikel worden beheerst, zoals wilsovereenstemming, maar andere door het (conflicten)recht van de lidstaat op wiens grondgebied de aangewezen rechter zetelt. *Vide* U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *notes* 3 en 76 *et seq.*; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 93-96.

231 *Cf.* HvJ EG 10 maart 1992, C-214/89, *NJ* 1996/279, *TVVS* 1993/172, m.nt. P.Vlas, punt 24-25 (*Petereit*) over wilsovereenstemming tussen partijen, de vormvereisten van art. 17 EEX-Verdrag en de positie van aandeelhouders ten aanzien van de statuten van een vennootschap.

232 F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Brussel I-bis, aant. 15. *Vide* ook Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 93-94.

233 Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 95.

234 U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *note* 81g. *Vide* ook U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *notes* 73, 81 en 81c. *Vide* voorts voetnoot 230 *supra*. Daarbij sluit aan Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 95, die

veronderstellenderwijs van uitgaande dat daarvan hier, in mijn voorbeeld, geen sprake is, zulks zal namelijk afhangen van de concrete feiten en omstandigheden van het geval, dan zou de forumkeuze materieel geldig zijn, zodat ook aan voorwaarde zes is voldaan.

Voorwaarde zeven: de forumkeuze mag niet in strijd zijn met art. 15, 19 of 23 EEX-Vo II en geen inbreuk maken op art. 24 EEX-Vo II. De eerstgenoemde artikelen vallen binnen de respectieve afdelingen omtrent verzekeringszaken, door consumenten gesloten overeenkomsten en individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst. Enquêtezaken vallen daar echter niet onder. Het laatstgenoemde artikel ziet op de exclusieve bevoegdheid. Zoals ik reeds heb geconcludeerd (*vide* § 5.1.1.5), vallen die zaken daar evenmin onder, zodat ook aan voorwaarde zes is voldaan.

Het bovenstaande voert mij tot de slotsom dat, naar het mij voorkomt, met een (kleine) slag om de arm, een overeenkomstig het recht van een andere (lid)staat dan Nederland opgerichte moedermaatschappij in haar statuten een forumkeuzeclausule als bedoeld in art. 25 EEX-Vo II zou kunnen opnemen waarin een der Nederlandse rechtbanken – niet de Ondernemingskamer; dat kan immers niet (*vide supra*) – als exclusief bevoegd gerecht wordt aangewezen teneinde kennis te nemen van enquêterechtelijke – of breder: (alle) vennootschapsrechtelijke – geschillen tussen (de organen van) deze groepsmaatschappij en (een deel van) haar houders van (certificaten van) aandelen als zodanig (hiervan moet onderscheiden worden de vraag of zulks ook wenselijk is). Mocht een van die laatsten op de voet van die clausule een vordering of verzoek bij dat gerecht instellen of indienen, dan dient het zich bevoegd te verklaren; ruimte voor afwijzing van bevoegdheid te dier zake op grond van, bijvoorbeeld, het commune Nederlandse bevoegdheidsrecht is er niet. Hierna komt voor het gerecht de vraag naar het toepasselijke recht aan bod. Gaat het om een enquêteverzoek, dan is het denkbaar dat vreemd enquêterecht (*vide* § 5.1.1.4) moet worden toegepast.

---

opmerkten dat het onaannemelijk is dat álle materieelrechtelijke aspecten onder 'materiële geldigheid' als bedoeld in art. 25, eerste lid, EEX-Vo II vallen; daarmee zou de rechtspraak van het Hof van Justitie over de autonome vaststelling van de wilsovereenstemming terzijde worden geschoven, waartoe geen aanwijzingen zijn dat de Europese wetgever dat gewild heeft. *Cf.* art. 5, eerste lid, van het op 1 oktober 2015 voor (de lidstaten van) de EU, en al dan niet op een later tijdstip voor Mexico, Singapore en Montenegro, in werking getreden (*vide Trb.* 2015, 101) Verdrag inzake bedingen van forumkeuze van 30 juni 2005 (kortweg: Forumkeuzeverdrag), *Trb.* 2009, 31. Daarin staat dat het 'gerecht of de gerechten van een Verdragsluitende Staat die in een exclusief forumkeuzebeding zijn aangewezen, zijn bevoegd kennis te nemen van een geschil waarop het beding van toepassing is, *tenzij het beding volgens het recht van die Staat nietig is* [curs. RPJ]'. In T. Hartley en M. Dogauchi, *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, Den Haag: Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht 2013, p. 39 (nr. 126) lezen wij te dier zake dat '[d]e "nietigheidsbepaling" is alleen van toepassing op *materiële (niet op formele) gronden* [curs. RPJ] voor nietigverklaring. Ze is bedoeld om hoofdzakelijk te verwijzen naar algemeen erkende gronden zoals *bedrog, fouten, onjuiste voorstelling, dwang en onbevoegdheid* [curs. RPJ]'.

Tot besluit sta ik stil bij de omgekeerde situatie, houdende, bijvoorbeeld, dat in de statuten van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap een forumkeuzeclausule is opgenomen waarin is bepaald dat door de inschrijving op of de verwerving van (certificaten van) aandelen de houder van (certificaten van) aandelen zich voor alle geschillen – die zich lenen voor beslechting door middel van het enquêterecht – met de vennootschap onderwerpt aan een bepaald gerecht in Frankrijk. Maar wat is rechtens als een houder van (certificaten van) aandelen desondanks een geschil dat binnen de reikwijdte van die clausule valt (zulks zal moeten worden beoordeeld aan de hand van (mede) het lichaam van het verzoekschrift, oftewel uit hetgeen ter schraging van de gegronde redenen-stelling is aangevoerd), aan de Ondernemingskamer voorlegt door middel van het bij haar indienen van een enquêteverzoek?

In de *PiF*-beschikking overwoog de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang, dat voor zover de gerekestreerde zich beriep op het in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen forumkeuzebeding (uit de beschikking blijkt niet of dat op basis van art. 8 Rv of art. 25 EEX-Vo II was), te gelden heeft dat zulk een beding op zichzelf geen afbreuk doet aan de enquêtebevoegdheid.[235] Vergelijkenderwijs breng ik de *Global Publishing*-beschikking onder de aandacht, waarin zij overwoog dat volgens vaste rechtspraak[236] een arbitragebeding niet tot haar onbevoegdheid leidt, omdat van de wettelijke enquêteregeling niet kan worden afgeweken en de enquêteprocedure tot het exclusieve domein van de overheidsrechter behoort.[237] Gelet hierop, zal de Ondernemingskamer zich denkelijk – in spijt van een forumkeuzebeding in de zin van art. 25 EEX-Vo II waaronder een gerecht van een andere lidstaat exclusief is aangewezen voor de beslechting van geschillen die thans aan haar worden voorgelegd – bevoegd achten om kennis te nemen van een enquêteverzoek. Kan zij dat rechtens doen?

Er zij het volgende vooropgesteld. Krachtens art. 17 Gw kan niemand 'tegen zijn wil' worden afgehouden van de door de wet aan hem toegekende (overheids)rechter (in dit geval de Ondernemingskamer op basis van art. 42 RO *iuncto* art. 66, eerste lid, RO *iuncto* art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW). Volgens Knigge wordt tegenwoordig over het algemeen aangenomen dat daaruit kan worden afgeleid dat zulks wel mét hun wil kan.[238] Zo kunnen partijen blijkens art. 8, eerste en tweede lid, Rv door middel van een overeenkomst tot forumkeuze rechtsmacht van de aangewezen Nederlandse rechter vestigen ('prorogatie'), dat is dan het *forum*

235 Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2016, *JIN* 2016/106, m.nt. J. van der Kraan, r.o. 3.4 (*PiF*).

236 Gedoeld wordt kennelijk op hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2012, *JOR* 2013/8, m.nt. H.M. de Mol van Otterloo, *AA* 2013/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.1-3.2 (*Harbour Antibodies*); hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2013, *JOR* 2014/159, m.nt. W.H. van Baren, r.o. 3.1-3.2 (*Staat*); hof Amsterdam (OK) 4 september 2014, *JIN* 2014/192, m.nt. E. Baghery, r.o. 3.1-3.2 (*Café Kobalt*).

237 Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, *ARO* 2018/54, r.o. 3.5 (*Global Publishing*).

238 M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden), Serie Burgerlijk Proces en Praktijk, deel XIII, Deventer: Kluwer 2012, p. 118. Daarvoor schreef zij, te zelfder plaatse, dat onder art. 6 EVRM in ieder geval tot op zekere hoogte toelaatbaar zijn overeenkomsten waarbij de toegang tot de rechter wordt beperkt.

prorogatum, respectievelijk rechtsmacht van de Nederlandse rechter uitsluiten ten gunste van de/een rechter van een vreemde staat ('derogatie'), in welk geval de rechter alhier het *forum derogatum* is.[239] Prorogatie van de ene rechter leidt echter niet per definitie tot derogatie van de andere rechter, waarbij men denke aan een niet-exclusieve forumkeuze, in welk geval de niet-geprorogeerde Nederlandse rechter mede bevoegd blijft.[240]

Vereist wordt, zo lezen wij in art. 8 Rv, dat het gaat om een bepaalde rechtsbetrekking die 'tot hun [*i.e.* partijen] vrije bepaling staat'. Volgens Kuypers zien die woorden – daarbij verwijzend naar M.V. Polak (thans: M. Zilinsky), in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 8 Rv, aant. 3c – op 'dwingend recht dat een forumkeuze verbiedt'.[241] Naar Knigge haar mening lijkt – in navolging van Wagner – een dubbele toets aan de openbare orde goed te kunnen worden gehanteerd in geval van een wetsbepaling met daarin opgenomen de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking, welke toets inhoudt dat (a) partijen niet kunnen afwijken van het procesrecht indien sprake is van een materieelrechtelijke rechtsbetrekking die sterk wordt beheerst door recht van openbare orde en (b) de (proces)overeenkomst[242] van partijen, voor zover die wél geldig is, niet mag leiden tot een resultaat dat in strijd is met de openbare orde.[243] Ten aanzien van de eerste toets lazen wij eerder dat de openbare orde aan het sluiten van procesovereenkomsten in de weg staat in zaken die, voor zover hier van belang, worden beheerst door 'dwingend materieel recht'.[244] De enquêteregeling als neergelegd in afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 BW is *ius cogens* (art. 2:25 BW).[245]

Tegen deze achtergrond lijkt naar Nederlands recht een overeenkomst waarin, bijvoorbeeld, is bepaald dat – uitsluitend – de Franse rechter (het *forum prorogatum*) bevoegd is tot kennisneming van, kort gezegd, enquêterechtelijke geschillen ten

239 *Vide* Kuypers, *op. cit.*, p. 11, 16 (voetnoten 4 en 5) en 241; P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 8 Rv, aant. 2 en 3; M. Zilinsky, in: *T&C Burgerijke Rechtsvordering*, art. 8 Rv, aant. 3a en 4a.

240 *Vide* Kuypers, *op. cit.*, p. 241 en 244.

241 Kuypers, *op. cit.*, p. 861 en voetnoot 564 aldaar. De geciteerde woorden staan niet in M. Zilinsky, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 8 Rv, aant. 3c.

242 Een voorbeeld van een 'procesovereenkomst' betreft de forumkeuze; *vide* Knigge, *op. cit.*, p. 2. *Vide* ook Kuypers, *op. cit.*, p. 989, die opmerkte dat de kern van zijn definitie van 'forumkeuze' is dat forumkeuze een 'processuele overeenkomst' is.

243 Knigge, *op. cit.*, p. 33. *Vide* ook Knigge, *op. cit.*, p. 34 en 48.

244 Knigge, *op. cit.*, p. 33. Het betreft een weergave van beschouwingen van Wagner over dit onderwerp.

245 *Vide* ook de conclusie, onder 5.2.9.3, van plv. P-G Mok bij HR 27 september 2000, *JOR* 2000/217, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2000/55, m.nt. S.M. Bartman (*Gucci*); Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1589. *Vide* tevens M. Meinema, *Dwingend recht voor de besloten vennootschap. Een beschouwing over de contractsvrijheid van aandeelhouders in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 43, Deventer: Kluwer 2003, p. 243 (alsmede p. 73-74), naar wier mening aandeelhouders in besloten vennootschappen in sterkere mate dan in open vennootschappen zelf in staat moeten worden geacht te bepalen welke machtsverhoudingen zij in de vennootschap wensen. Derhalve, zo vervolgde zij, 'kan het "*Kernbereich*" [curs. aut.] aan dwingende, niet voor "afstand" vatbare rechten voor deze aandeelhouders worden beperkt tot het recht op het vorderen van vernietiging van besluiten, *het verzoeken van een enquête* [curs. RPJ] of ontbinding van de vennootschap, het uittredings- en uitstotingsrecht'.

gevolge waarvan de Ondernemingskamer (het *forum derogatum*) zich dan onbevoegd zou moeten verklaren indien een aandeelhouder zich tot haar wendt met een enquêteverzoek, niet geoorloofd; de Ondernemingskamer behoudt *in casu* rechtsmacht. Ook een niet-exclusieve forumkeuze in de zin dat de Frans rechter – zonder dat derogatie plaatsvindt – als geprorogeerd gerecht wordt aangewezen is zonder zin.

Welnu, anders dan art. 8 Rv, komt in (de tekst van) art. 25 EEX-Vo II het 'ter vrije bepaling'-vereiste niet voor.[246] In zijn omschrijving van het begrip 'forumkeuze' heeft Kuypers niet opgenomen dat het moet gaan om zaken waarover partijen 'de vrije beschikking hebben', nu zijns inziens die voorwaarde (mede) niet wezenlijk is omdat 'voor partijautonomie steeds geldt dat zij ophoudt waar dwingend recht begint. Het dwingend recht is een begrenzing van de forumkeuze'.[247] Echter, verderop in zijn dissertatie schreef Kuypers dat de toelaatbaarheid, vorm en gevolgen – op dezelfde wijze als door art. 23 EEX-Vo (thans: art. 25 EEX-Vo II) – 'exclusief onderworpen [zijn, toev. RPJ] aan de bepalingen van het Haags Forumkeuzeverdrag. De *lex fori* noch de *lex causae* hebben hierop invloed'.[248] Met 'toelaatbaarheid' bedoelt hij het antwoord op de vraag of en, zo ja, in hoeverre partijen de bevoegdheid van de rechter kunnen vestigen of daaraan kunnen derogeren.[249] Volgens hem behelst voormeld artikel geen minimumharmonisatie, maar regelt het 'uitputtend' de toelaatbaarheid van een forumkeuze binnen zijn toepassingsbereik.[250] Dit een en ander begrijp ik aldus dat net als ten aanzien van het Haags Forumkeuzeverdrag het antwoord op de bovenbedoelde vraag uitsluitend moet worden gezocht in art. 25 EEX-Vo II zelf, niet in de *lex fori* noch in de *lex causae*.[251]

Als de Ondernemingskamer van oordeel zou zijn dat zij ondanks een forumkeuze *ex* dat artikel bevoegd is omdat (i) een daartoe strekkende clausule geen afbreuk kan doen aan de enquêtebevoegdheid, (ii) van de enquêteregeling niet kan worden afgeweken en/of (iii) de enquêteprocedure tot het exclusieve domein van de overheidsrechter behoort, dan zegt zij daarmee in wezen dat derogatie niet mogelijk

246 *Cf.* Kuypers, *op. cit*., p. 233-234.

247 Kuypers, *op. cit.*, p. 25.

248 Kuyper, *op. cit.*, p. 409. Hoewel de beschouwingen van Kuypers ten aanzien van de toelaatbaarheid, daartoe beperk ik mij hier, betrekking hebben op de voorloper van art. 25 EEX-Vo II, te weten art. 23 EEX-Vo, waarin niet, zoals thans, was opgenomen 'tenzij de overeenkomst krachtens het recht van die lidstaat nietig is wat haar materiële geldigheid betreft', meen ik dat zijn oordeel ter zake onveranderd was gebleven, en derhalve hier bruikbaar is, aangezien in zijn optiek de toelaatbaarheidsvraag streng gescheiden moeten worden van de vraag of overeenstemming bestaat en de overeenkomst verder rechtsgeldig is in enge zin. Met 'rechtsgeldigheid' bedoelt Kuypers 'de geldigheid van totstandkoming: aanbod en aanvaarding, wilsgebreken, gewekt vertrouwen, etc. De rechtsgeldigheid wordt ook wel aangeduid als de "materieelrechtelijke geldigheid"'. *Vide* Kuypers, *op. cit.*, p. 396.

249 Kuypers, *op. cit.*, p. 393. Op p. 394 schreef hij dat zijns inziens bij de toelaatbaarheid (ook) beoordeeld dient te worden of van misbruik van de forumkeuze sprake is. *Vide* ook het geciteerde in voetnoot 255 *infra*.

250 Kuypers, *op. cit.*, p. 402.

251 *Vide* ook voetnoot 254 *infra*.

is; haar bevoegdheid (in enquêtezaken) kan niet door partijen worden onttrokken. Zulks betreft een vraag naar de toelaatbaarheid van de forumkeuze. Deze wordt beheerst door art. 25 EEX-Vo II. Dit artikel, we zijn weer terug bij het begin, bevat geen 'ter vrije bepaling'-vereiste of een andere kapstok waarop de Ondernemingskamer haar oordeel als bovenbedoeld kan ophangen.[252] Gelet daarop, alsmede in aanmerking nemende (a) het, ook aan het begin van deze paragraaf genoemde,[253] uitputtende karakter van voornoemd artikel en (b) de vereisten van voorspelbaarheid en zekerheid,[254] is er, naar ik meen, geen juridische basis voor om de forumkeuze op (een van) de gronden als hierboven onder (i)-(iii) genoemd, waarmee in wezen (mede) een beroep wordt gedaan op de dwingendrechtelijke aard van de enquêteregeling, dan wel op de grond dat de rechtsbetrekking niet tot de vrije bepaling van partijen staat, ontoelaatbaar te achten en zich bevoegd te verklaren.[255]

Voor zover het bovenbedoelde geen vraag naar de toelaatbaarheid van een forumkeuze(overeenkomst) – welke vraag wordt beheerst door art. 25 EEX-Vo II – betreft, maar een vraag naar de materiële geldigheid – welke vraag wordt beheerst door nationaal recht, voor zover die geldigheid niet wordt beheerst door het evengenoemde artikel zelf – ervan (*tertium non datur*, lijkt mij),[256] geldt het volgende. Krachtens art. 25, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II is het *forum prorogatum* bevoegd, tenzij de (forum)overeenkomst ingevolge de *lex fori prorogati*, haar conflictenrecht incluis, dat moet in het licht van de considerans, onder 20, van de EEX-Verordening II

252 Men denke aan een regel waarin zou staan dat een art. 25 EEX-Vo II-forumkeuze geen dwingend, nationaal recht opzij kan zetten. *Cf.* voetnoot 255 *infra (i.f.).*

253 Waarbij men ook het geciteerde in voetnoot 201 *supra* leze.

254 *Vide* HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, punt 33 (*Universal Music*); U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *notes* 2 en 6; considerans, onder 15, van de EEX-Verordening II.

255 Steun of aanwijzingen hiervoor vinde men ook in U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *notes* 14 en 73-74, alwaar hij, voor zover hier van belang, successievelijk opmerkte dat '[a]s far as Art. 25 is applicable it takes precedence over any national law which an EU Member State has enacted on the same subject *even if this national law is mandatory* [curs. RPJ]', '[i]t is disupted (…) whether Art. 25 (…) allows for, or even implicity contains, a general rule that a jurisdiction agreement must be *reasonable or at least that its application must not offend public policy* [curs. RPJ]. The probably prevailing view is that in this respect Art. 25 (…) regulates *finally and conclusively* the validity of jurisdiction agreements. While general questions of the material validity of jurisdiction agreements (…) are governed by the applicable national law[,] it is argued that he *admissibility* [curs. RPJ] of jurisdiction clauses as such is a matter of Art. 25 and that this provision *does not prescribe any further requirements nor allows for any further control than provided in its text* [curs. RPJ]' en '[t]he mere circumvention of *national mandatory rules* [curs. RPJ], for instance on liability, does however not suffice to invalidate a jurisdiction agreement'. (voetnoten verwijderd) *Cf.* art. 9 Rome I en art. 16 Rome II over bepalingen van 'bijzonder dwinend recht'.

256 *Vide* ook U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *note* 76.

kennelijk worden ingelezen in die bepaling,[257] nietig is wat haar materiële geldigheid betreft. Volgens Basedow moet, als ik hem goed begrijp, de invloed van dwingend recht op een forumkeuzeclausule worden gezien als een kwestie die de materiële kant daarvan raakt.[258] Hetzelfde geldt, zoals hierboven al is gezegd, voor de openbare orde; dat sleep ik er zekerheidshalve ook meteen maar bij. Kwesties betreffende (strijd met) dwingend recht en de openbare orde vallen dus onder de 'materiële geldigheid' als bedoeld in art. 25, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II en worden bijgevolg beheerst door de *lex fori prorogati* (incl. het conflictenrecht), niet de *lex fori derogati/lex fori aditi*. In art. 1, tweede lid, onderdeel e, Rome I is, voor zover hier van belang, bepaald dat deze verordening niet van toepassing is op overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter. Zulks leidt er in beginsel[259] toe dat de materiële geldigheid van de forumkeuze zal moeten worden beoordeeld naar het – door het commune conflictenrecht van de geprorogeerde rechter aangewezen – recht.[260] Is dat vreemd recht, dan is er geen ruimte voor de Ondernemingskamer om Nederlands recht toe te passen.[261]

Hieraan voeg ik, wellicht (deels) ten overvloede, nog het volgende toe. Een onder vigeur van art. 25 EEX-Vo II gemaakte forumkeuze wordt in beginsel vermoed exclusief te zijn,[262] zodat derogatie zich tegelijk met prorogatie voordoet.[263] Indien de forumkeuze, zo breng ik in herinnering, voldoet aan de door art. 25 EEX-Vo II gestelde voorwaarden (*vide* de vereisten onder (1)-(7) als genoemd aan het begin van deze paragraaf), dan is het door partijen aangewezen gerecht in beginsel[264]

---

257 *Vide* ook U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *notes* 81a en 81g.

258 J. Basedow, 'Exclusive Choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms', Max Planck Private Law Research Paper No. 14/1, 2013, p. 20.

259 Zo is in ons nationale conflictenrecht in art. 10:154 BW bepaald dat op verbintenissen die buiten de werkingssfeer van Rome I en de ter zake geldende verdragen vallen en die als verbintenissen uit overeenkomst kunnen worden aangemerkt, de bepalingen van die verordening van overeenkomstige toepassing zijn. Zulks betekent dat voor de beoordeling van de materiële geldigheid van de forumkeuze het toepasselijke recht toch zal moeten worden aangewezen door Rome I. *Vide* ook F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 EEX-Vo II, aant. 15; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 95. *Cf.* art. 10:159 BW.

260 U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *notes* 81a en 81e-81g bepleit (de artikelen van) Rome I naar analogie toe te passen.

261 *Vide* ook Basedow, *op. cit.*, p. 19: 'It is only where the foreign law refers the issue back to the law of the former court that this court – whose jurisdiction has been "deselected" – will be able to determine the substantive validity of the choice-of-forum clause on the basis of its own law.'

262 Kuypers, *op. cit.*, p. 242 en voetnoot 2 aldaar.

263 *Vide* ook Kuypers, *op. cit.*, p. 241; U. Magnus, in: U. Magnus and P. Mankowski (*eds.*), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, art. 25, *note* 28.

264 Partijen kunnen ingevolge art. 25, eerste lid, tweede volzin, EEX-Vo II anders overeenkomen, in de zin dat de aangewezen rechter een niet-exclusief gerecht is (dit levert dan een extra bevoegd gerecht op); *vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Brussel I, aant. 6; F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Brussel I-bis, aant. 8b.

– exclusief (privatief) – bevoegd om van het geschil kennis te nemen. Deze keuze dient door de rechterlijke instanties van álle lidstaten te worden geëerbiedigd.[265] Ruimte voor de Ondernemingskamer om zich op grond van het commune Nederlandse bevoegdheidsrecht (mede) bevoegd te verklaren is er niet, en wel reeds hierom niet dat de bevoegdheidsregels van de EEX-Verordening II van hogere orde zijn dan ons nationale bevoegdheidsrecht en zij mitsdien erboven prevaleren (*lex superior derogat legi inferiori*). Hierbij voegt zich dat deze verordening onder andere tot doel heeft de regels inzake de bevoegdheid van de gerechten van de lidstaten te uniformeren 'door zoveel mogelijk te voorkomen dat met betrekking tot eenzelfde rechtsbetrekking meerdere rechterlijke instanties bevoegd zijn'.[266]

Aan dit een en ander kan niet afdoen dat de Ondernemingskamer zichzelf wellicht een geschikt(er) forum acht om van het geschil kennis te nemen (*forum conveniens*), noch dat de verzoeker op grond van art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW *iuncto* art. 2:345, eerste lid, BW bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek bij de Ondernemingskamer (dit is het inhoudelijke recht, waaraan niet wordt toegekomen, nu de bevoegdheidsvraag als eerste moet worden beoordeeld en die voor de verzoeker in negatieve zin uitvalt), noch dat zulks niet bepaald praktisch is (*vide infra)*, waarbij opmerking verdient dat noch in de toelichtende rapporten Jenard en Schlosser, noch in de EEX-Verordening II dan wel haar voorlopers, noch in de jurisprudentie van het Hof van Justitie steun voor de gedachte valt te vinden dat de Europese wetgever de geschillen die vallen onder het Nederlandse enquêterecht, buiten de reikwijdte van art. 25 EEX-Vo II heeft willen houden. Dit zijn naar hun aard ook geen unieke geschillen.

Overigens merk ik in dit verband nog het volgende op. Het enquêtemiddel heeft een hybridekarakter. Hiermee bedoel ik dat er een hoofdverzoek is, *i.e.* het enquêteverzoek, en een eventueel nevenverzoek, *i.e.* een verzoek om onmiddellijke voorzieningen (een (initieel) enquêteverzoek kan wel zonder een verzoek om die voorzieningen worden ingediend, maar niet andersom). Betoogd zou kunnen worden dat deze bijzondere aard van het enquêtemiddel zich verzet tegen het ontnemen van rechtsmacht van de Ondernemingskamer door middel van het bij uitsluiting aanwijzen van een gerecht van een andere lidstaat ter beslechting van enquêterechtelijke (vennootschapsrechtelijke) geschillen.[267] Niettemin zie ik daar *prima facie* noch

265 *Vide* HvJ EG 24 juni 1981, C-150/80, punt 28 (*Jacqmain*).

266 HvJ EG 3 juli 1997, C-269/95, punt 26 (*Dentalkit*).

267 Volgens Van Solinge en Bulten, *op. cit*, p. 133 beïnvloedt noch een forumkeuzeovereenkomst, noch een forumkeuze in de statuten de rechtsmacht van de Ondernemingskamer. Daartoe voerden zij aan dat ook al is de inzet het oplossen van het geschil, 'een enquêteonderzoek [*sic*] reikt verder. Bovendien zijn de partijen bij de forumkeuzeclausule niet noodzakelijkerwijs dezelfde als de partijen die betrokken zijn in een enquêteprocedure. Ook de voorzieningen van de OK kunnen verder reiken dan het redresseren van het aandeelhoudersgeschil'. *Vide* ook G. van Solinge, 'Buitenlandse partijen in de enquêteprocedure', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en 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. 224.

secunda facie een (mogelijke) juridische – buiten het Nederlandse recht gelegen – basis voor.

Het ingang willen doen vinden van de stelling dat het in het kader van een enquêteprocedure gaat om het doen instellen van een 'onderzoek' naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon (*vide* art. 2:345, eerste lid, BW) en bijgevolg niet, althans niet primair, om het laten beslechten van een 'geschil' in de zin van art. 25, eerste lid, EEX-Vo II, lijkt mij moeilijk houdbaar, niet alleen in het licht van de enquêtedoeleinden,[268] maar ook omdat de aanleiding voor zulk (een verzoek om) een onderzoek wel degelijk geschillen tussen, generaliter en formeel gezien, een of meer houders van (certificaten van) aandelen en een of meer (te enquêteren) vennootschappen dan wel, materieel gezien, tussen of binnen organen daarvan betreffen, hetwelk niet alleen blijkt uit de beschikkingspraktijk van de Ondernemingskamer (de art. 2:350, eerste lid, BW-beoordeling), maar ook uit de onmiddellijke voorzieningen, die in de regel eveneens worden verzocht en getroffen.[269]

Uit het bovenstaande volgt dat ingeval, bij wijze van voorbeeld, in de statuten van een Nederlandse (naamloze of besloten) vennootschap een – zowel formeel als materieel geldige – art. 25 EEX-Vo II-forumkeuzeclausule is opgenomen die een gerecht in Frankrijk aanwijst, het *forum prorogatum*, om bij uitsluiting van alle andere gerechten kennis te nemen van geschillen die ook door middel van het Nederlandse enquêterecht zouden kunnen worden beslecht, dan dient de Ondernemingskamer, het *forum derogatum*, zich onbevoegd te verklaren indien een houder van (certificaten van) aandelen van die vennootschap zich desondanks tot haar wendt met een

268 Ik denk dan in het bijzonder aan de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen (de onderneming van) de betrokken rechtspersoon; *vide* HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.1 (*Ogem*). Nadien zijn de enquêtedoeleinden meermaals herhaald; *vide* HR 15 januari 1997, *NJ* 1997/368, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 4.5.1 (*Vie d'Or*); HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis, r.o. 4.1.1 (*Text Lite*); HR 18 november 2005, *NJ* 2006/173, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/295, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2006/10, m.nt. P.G.F.A. Geerts r.o. 4.2 (*Unilever*); HR 26 juni 2009, *NJ* 2011/210, m.nt. W.J.M. van Veen, *Ondernemingsrecht* 2009/118, m.nt. P.M. Storm, r.o. 3.2.2 en 3.2.3 (*KPNQwest*). *Vide* over deze doeleinden uitvoerig de conclusie, onder 4.2-4.23, van A-G Timmerman bij de laatstgenoemde beschikking.

269 *Vide* ook *e.g.* HR 18 november 2005, *NJ* 2006/173, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/295, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2006/10, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.2 (*Unilever*), waarin de Hoge Raad, voor zover hier van belang, overwoog dat tot de doeleinden van het enquêterecht niet behoort 'de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard, (…). Wanneer het gaat om een geschil van *louter* [curs. RPJ] vermogensrechtelijke aard, waarbij de doeleinden van een enquêteprocedure niet verwezenlijkt kunnen worden, kan een enquêteverzoek niet worden toegewezen'. *Vide* hierover de noot, onder 2, van Maeijer, alwaar hij, gezien het woord 'louter', opmerkte dat 'een zgn. *gemengd geschil* [curs. RPJ] waarbij de doeleinden van het enquêterecht wel verwezenlijkt zouden kunnen worden omdat het vermogensrechtelijk conflict ook de positie en het functioneren van de vennootschap (en onderneming) raakt, kan, zo blijkt ook uit r.o. 4.3, wèl [*sic*] vallen onder de doeleinden van het enquêterecht'. *Vide* bovendien hof Amsterdam (OK) 21 november 1991, *NJ* 1992/254 (*ITP Holland*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2006, *ARO* 2007/4, r.o. 3.4 (*Woudwood*); hof Amsterdam (OK) 16 juli 2010, *ARO* 2010/112, r.o. 3.6 (*Boon*).

art. 2:345 BW-verzoek (het betreft een zaak *coram non iudice*).[270] Doet zij dat niet, en verklaart zij zich in weerwil van zulk een clausule toch bevoegd, dan handelt zij in strijd met het (hogere) Unierecht. De beoordeling van de vraag of de forumkeuzeclausule materieel geldig is, dient, voor zover dat aan het nationale recht wordt overgelaten, te geschieden op grond van de *lex fori prorogati*, inclusief het conflictenrecht, zodat de Ondernemingskamer alleen haar eigen recht kan toepassen als dat door de vreemde verwijzingsregels wordt aangewezen.

De Franse rechter zal vervolgens aan de hand van zijn commune materiële IPR-regels moeten bepalen welk recht hij moet toepassen. Ik breng in herinnering dat Frankrijk het stelsel van de werkelijke zetel aanhangt. Dit stelsel knoopt, ter bepaling van het op de rechtspersoon toepasselijke recht, aan bij het recht van het land waar de werkelijke zetel is gevestigd.[271] Ervan uitgaande dat de overeenkomstig Nederlands recht opgerichte vennootschap (mede) alhier haar werkelijke zetel heeft, dan zal de Franse rechter – onverminderd het Franse procesrecht (de *lex fori processus*) –[272] op die vennootschap het Nederlandse recht moeten toepassen. Stel dat de desbetreffende aandeel- of certificaathouder bij die rechter een enquêteverzoek heeft ingediend, dan zal hij, afhankelijk van de vraag of dit onderwerp naar het commune, Franse conflictenrecht onder het aangewezen toepasselijke recht valt (*cf.* art. 10:119 BW), het recht van enquête als bedoeld in afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 BW moeten toepassen. Hierin (hierover) zal hij zich, voor zover van belang, moeten (laten) verdiepen (voorlichten), bijvoorbeeld door raadpleging van relevante literatuur. Tevens zal hij de voor hem van belang zijnde jurisprudentie van de Ondernemingskamer en van de Hoge Raad in acht moeten nemen en binnen de door

270 *Cf.* HR 25 april 1997, *NJ* 1998/665, m.nt. P. Vlas, r.o. 3.3 (*Volume Shipping*). *Vide* voor een andere opvatting de in voetnoot 267 *supra* genoemde auteurs.

271 Vlas 2017, *op. cit.*, p. 32 (nr. 28).

272 Procedurele kwesties worden beheerst door het (proces)recht van het (aangezochte) forum, ongeacht, zo voeg ik toe, het toepasselijke materiële recht. Kort en goed: de geadieerde rechter past zijn eigen, nationale procesrecht toe. *Vide* ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 11 (MvT), alwaar de minister van Justitie opmerkte dat ervan mag worden uitgegaan 'dat – ook – de buitenlandse rechter zijn nationale procesrecht toepast'. *Vide* mede A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer & S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/3, alwaar wij lezen dat 'ieder nationaal gerecht past, als uitgangspunt, zijn eigen procesrecht (*lex fori processualis*) (…) toe'. *Cf.* art. 10:3 BW, waarin wij lezen dat op 'de wijze van procederen' ten overstaan van de Nederlandse rechter Nederlands recht van toepassing is, behoudens voor zover, zo voeg ik in het licht van art. 10:1 BW toe, aspecten van procesrechtelijke aard in verdragen of verordeningen zijn geregeld, nu die prevaleren. *Vide* hierover N.E. Tijssens, 'Art. 10:3 BW: een kwestie van kwalificeren', *WPNR* 2012/6914, p. 35-41.

hen uitgezette lijn(en) moeten blijven. Waar het om gaat, is dat de Franse rechter het Nederlandse enquêterecht (zoveel mogelijk) uitlegt en toepast als hier te onzent gebeurt.[273] Het behoeft geen betoog dat dit geen gemakkelijke opgave zal zijn.

Als het Franse gerecht tot het oordeel komt dat een enquête bij de Nederlandse vennootschap geïndiceerd is, dan dringt de vraag zich op of het feit dat in art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW is bepaald dat 'de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam' desverzocht een of meer personen kan benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon, daaraan in de weg staat, nu de Franse rechter niet de Ondernemingskamer is. Bij bevestigende beantwoording daarvan leidt dat tot de schizofrene situatie dat het Franse gerecht wél – privatief – bevoegd is kennis te nemen van enquêterechtelijke geschillen, maar vervolgens níét nadat het Nederlandse recht is aangewezen en de inhoud daarvan is opgespoord en vastgesteld,[274] bevoegd zou zijn dat toe te passen en daarmee dergelijke geschillen te beslechten door (om te beginnen) het gelasten van een enquête (hetzelfde geldt voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen; *vide* art. 2:349a, tweede lid, BW); dat mag alleen de Ondernemingskamer,[275] die in dezen echter geen rechtsmacht heeft. Mijns inziens is het van tweeën één (*tertium non datur*): ofwel de Franse rechter is bevoegd tot zowel de kennisneming als de beslechting van het door de forumkeuze beheerste geschil, ofwel de Franse rechter is noch bevoegd tot kennisname daarvan, noch bevoegd tot beslechting ervan. Dat laatste zou betekenen dat enquêterechtelijke geschillen niet vatbaar zouden zijn voor een (exclusieve) forumkeuze als bedoeld in art. 25 EEX-Vo II, *quod non*.

Naar mijn inzicht moet het antwoord op de hogergenoemde vraag ontkennend luiden. Daartoe voer ik als dragend argument aan dat de Franse rechter niet gebonden is aan de Nederlandse regels inzake de absolute en relatieve competentie (het wie en waar). Hij dient zijn bevoegdheid te bepalen aan de hand van de EEX-Verordening II. In dezen kan de rechter die stoelen op art. 25 EEX-Vo II. Dit brengt mee dat hij van de bij hem aangebrachte enquêtezaak kennis kan nemen. Interne regels van procesrechtelijke aard als hiervoor bedoeld kunnen daar niet aan afdoen.[276]

---

273 *Cf. Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 9 (MvT), alwaar werd opgemerkt dat 'het buitenlandse recht wordt toegepast op dezelfde wijze als dit in het betrokken land geschiedt, dat wil zeggen met inbegrip van bijvoorbeeld rechtspraak en literatuur en van aldaar geldende opvattingen omtrent vraagstukken als de wijze van wetsinterpretatie', en R.J. Blauwhoff en J.M.J. Keltjens, 'Rechtsvinding van buitenlands recht: wat wordt er van de rechter verwacht?', *TREMA* 2014/1, p. 21.

274 *Cf.* Asser/Vonken 10-I 2018/404-405.

275 *Cf.* Storm 2018, *op. cit.*, p. 62: 'Zij [een Nederlandse vennootschap, toev. RPJ] zou echter ook volgens het procesrecht van dat buitenland voor de gerechten van dat land kunnen worden opgeroepen (…). Zo'n gerecht zal echter niet de bevoegdheden van de OK kunnen uitoefenen. Die zijn in art. 345(1) jo 344 *uitsluitend* [curs. RPJ] aan de OK toegekend.'

276 (Naar het lijkt) anders Storm als aangehaald in voetnoot 275 *supra*.

Hierbij voegt zich als ondersteunend argument dat in de vorenbedoelde schizofrene situatie afbreuk wordt gedaan aan het nuttig effect[277] van voornoemd artikel en de Franse rechter daarom tot toepassing van het Nederlandse enquêterecht moet kunnen overgaan.

5.1.2 Het formele, commune, Nederlandse IPR

In deze paragraaf staat de vraag centraal of de Ondernemingskamer bevoegd is van een verzoek tot het gelasten van een enquête kennis te nemen indien en voor zover dat (mede) is gericht op het beleid en de gang van zaken van een groepsmaatschappij die is opgericht naar het recht van een niet-lidstaat en op het grondgebied van deze haar (statutaire) zetel (= woonplaats)[278] heeft.

Er zij aan herinnerd dat uit art. 1 Rv (*cf.* art. 10:1 BW) volgt dat de bevoegdheidsregels van de EEX-Verordening II prevaleren boven de commune bevoegdheidsregels als bedoeld in art. 1-14 Rv.[279] Pas als de eerstbedoelde regels niet van toepassing zijn, komen de laatstbedoelde regels in beeld. Indien het enquêtesubject zijn statutaire zetel niet op het grondgebied van een lidstaat heeft, dan dient ingevolge art. 6, eerste lid, EEX-Vo II de rechter zijn bevoegdheid in beginsel vast te stellen aan de hand van de commune bevoegdheidsregels van de desbetreffende lidstaat. De Ondernemingskamer zal alsdan haar bevoegdheid moeten ophangen aan een kapstok in afdeling 1 van titel 1 van Boek 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

In dat verband is het van belang vooreerst op te merken dat met de invoering van die afdeling, een en ander per 1 januari 2002,[280] de wetgever heeft gebroken met het 'distributie bepaalt attributie'-beginsel,[281] houdende dat de internationale bevoegdheid (attributie van rechtsmacht) werd gekoppeld aan de interne, relatieve bevoegdheid (distributie van rechtsmacht).[282] Dit brengt mee dat de bevoegdheid van de Ondernemingskamer niet (langer) gestoeld kan worden op art. 995, eerste lid, eerste volzin, Rv, houdende dat, tenzij anders is bepaald, in de zaken die ingevolge het bij

277 *Cf.* S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Brussel I bis-Verordening, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 8.

278 *Vide* daarover voetnoot 289 *infra*. Eenzelfde notatie gebruikt Storm 2018, *l.s.c.*

279 Artikel 1 Rv heeft volgens de wetgever een waarschuwingsfunctie; *vide Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, 3, p. 27 (MvT). *Vide* ook art. 94 Gw.

280 Wet van 6 december 2001 tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg; zie *Stb*. 2001, 580. Deze wet trad in werking op 1 januari 2002; *vide Stb*. 2001, 621 (art. 1).

281 De wetgever merkte in de parlementaire geschiedenis op dat hij het 'distributie bepaalt attributie'-beginsel verouderd en achterhaald vindt; *vide Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, 3, p. 10 en 22-24 (MvT).

282 Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 128.

of krachtens Boek 2 BW bepaalde met een verzoekschrift worden ingeleid, de rechter van de woonplaats van de rechtspersoon bevoegd is, in verbinding met art. 2:345, eerste lid, BW.[283]

Door te breken met het hogergenoemde beginsel kan de situatie ontstaan waarin aan de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt terwijl er aanknopingspunten zijn die een dergelijke rechtsmacht wel gewenst maken, ter voorkoming waarvan dat beginsel in art. 10 Rv is gehandhaafd als een soort 'sluitsteen' of 'vangnet'.[284] Daarin is, voor zover hier van belang, bepaald dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft indien zulks voortvloeit uit andere wettelijke bepalingen tot aanwijzing van een bevoegde rechter dan die vervat in afdeling 3 van titel 2 van Boek 1 Rv (relatieve bevoegdheid rechter in dagvaardingsprocedure *in prima*) en in afdeling 2 van titel 3 van Boek 1 Rv (relatieve bevoegdheid rechter in verzoekschriftprocedure *in prima*). Specifieke regelingen voor – zich buiten die twee afdelingen bevindende – relatieve bevoegdheid behouden een dubbele functie, voor zover (i) door de bepalingen van de eerste afdeling van de eerste titel van Boek 1 Rv niet is voorzien in rechtsmacht van de Nederlandse rechter én (ii) uit de specifieke bepaling zelf niet voortvloeit dat zij alléén op de interne relatieve bevoegdheid ziet.[285]

Reeds op de eerstgenoemde voorwaarde zou een eventueel beroep op art. 10 Rv sneven, aangezien de Ondernemingskamer, de hoogst uitzonderlijke situatie waarin geen enkele van de procespartijen in de geëntameerde enquêteprocedure zijn woonplaats in Nederland heeft, daargelaten, haar rechtsmacht kan baseren op art, 3, aanhef en onderdeel a, Rv.[286] Daarin is bepaald dat, voor zover hier van belang, in zaken die bij verzoekschrift moeten worden ingeleid, de Nederlandse rechter rechtsmacht

283 Mijns inziens ten onrechte anders: Van Solinge en Bulten, *op. cit.*, p. 127; Van Solinge 2006, *op. cit.*, p. 224; Van Solinge in zijn noot, onder 6, bij HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/226, m.nt. G. van Solinge (*e-Traction*). *Vide* over laatstgenoemde ook Laagland, *op. cit.*, p. 43. Bovendien anders: Rammeloo, *op. cit.*, p. 9, alwaar hij – ten onrechte – opmerkte dat de aanvullende rechtsmachtgrond als bedoeld in art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv art. 995 Rv onverlet laat. Ten eerste bevat het eerstgenoemde artikel geen 'aanvullende' rechtsmachtgrond. Ten tweede wordt het laatstgenoemde artikel niet onverlet gelaten, omdat, zoals gezegd, de wetgever met het 'distributie bepaalt attributie'-beginsel gebroken heeft. *Cf.* HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/226, m.nt. G. van Solinge, r.o. 6.2.2 (*e-Traction*).

284 *Kamerstukken II* 1999/20, 26855, 3, p. 43 (MvT).

285 *Ibid*.

286 (Kennelijk) evenzo Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 978; Strik 2014, *op. cit.*, p. 1021 (*vide* ook p. 1022); Storm 2018, *op. cit.*, p. 62. Mijns inziens ten onrechte anders: Jager 2014, *op. cit.*, p. 49. Voorts anders: Vlas 2017, *op. cit.*, p. 229 (nr. 330), die opmerkte dat in de commune bevoegdheidsregels als bedoeld in art. 1-14 Rv voor de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om van een enquêteverzoek ten aanzien van het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon die gevestigd is op het grondgebied van een staat die niet gebonden is aan de EEX-Vo of het EVEX-Verdrag, kennis te nemen geen kapstok te vinden is.

heeft, indien hetzij (een van) de verzoeker(s), hetzij een van de – in het verzoekschrift genoemde –[287] belanghebbenden[288] in Nederland zijn woonplaats[289] heeft. Dit artikel heeft uitsluitend betrekking op zaken waarop de derde titel van Boek 1 Rv, te weten de verzoekschriftprocedure *in prima* (art. 261 *et seq.* Rv), van toepassing is.[290] Aangezien op de enquêteprocedure de bepalingen van die titel van toepassing zijn,[291] valt een verzoek als bedoeld in art. 2:345, eerste lid, BW binnen de reikwijdte van art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv. Overigens, en wellicht ten overvloede, zij gereleveerd dat het laatstgenoemde artikel niet de eis stelt dat in een enquêtezaak de gerekestreerde(n) zijn (hun) woonplaats in Nederland heeft (hebben); voldoende voor de rechtsmacht van de Ondernemingskamer is dat een (van de) verzoeker(s) dan wel een van de te enquêteren groepsmaatschappijen of een (andere) belanghebbende, zoals een aandeelhouder, curator of een bestuurder/commissaris, zijn woonplaats te onzent heeft. Een hele ruime rechtsmachtbepaling dus.[292]

De hogergenoemde vraag, houdende of de Ondernemingskamer bevoegd is om van een verzoek tot het gelasten van een enquête kennis te nemen indien en voor zover dat (mede) is gericht op het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon die naar het recht van een niet-lidstaat is opgericht en op het grondgebied van deze zijn (statutaire) zetel heeft, dient dan ook – met een beroep op art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv – bevestigend te worden beantwoord, met dien verstande dat (een van) de enquêteverzoeker(s) of een belanghebbende als hiervoor bedoeld hier te lande zijn woonplaats heeft.[293]

---

287 Daarbuiten vallen (dus) de belanghebbenden die níét in het verzoekschrift zijn opgenomen, maar die wél op bevel van de rechter zijn opgeroepen; *vide Kamerstukken II* 1999/20, 26855, 5, p. 17 (NV).

288 Meestentijds is de 'belanghebbende' tevens *de facto* de 'verweerder'. Laatstgenoemde term wordt echter niet gebezigd, omdat alleen de eerstgenoemde term in de derde titel van Boek 1 Rv wordt gehanteerd. Voorts zij erop gewezen dat hier geen sprake is van subsidiariteit in dier voege dat de Nederlandse rechter eerst dient na te gaan of de verzoeker alhier zijn woonplaats heeft en pas indien dat niet het geval is, moet beoordelen of een belanghebbende te onzent woonachtig is. *Vide Kamerstukken II* 1999/20, 26855, 3, p. 30 (MvT).

289 Met het begrip 'woonplaats' wordt gedoeld op het Nederlands rechtelijke begrip woonplaats als gedefinieerd in art. 1:10 BW; *vide Kamerstukken II* 1999/20, 26855, 3, p. 28 (MvT). In art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv wordt ook gesproken van 'gewone verblijfplaats'. Ik volsta met daarover op te merken dat woonplaats en gewone verblijfplaats van 'gelijke rang' als aanknopingspunt voor rechtsmacht zijn (*vide Kamerstukken II* 1999/20, 26855, 3, p. 29 (MvT)) in dier voege dat de rechter niet eerst behoeft na te gaan of de verzoeker/belanghebbende hier zijn woonplaats heeft om pas daarna te kijken of de gewone verblijfplaats zich in Nederland bevindt.

290 *Vide Kamerstukken II* 1999/20, 26855, 3, p. 29 (MvT).

291 *Vide* HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2012/141, m.nt. M.W. Josephus Jitta en T. Barkhuysen, r.o. 4.1.3 (*e-Traction*).

292 *Vide* ook Strik 2014, *op. cit.*, p. 1022. *Cf.* Ibili 2007, *op. cit.*, *para* 3.5.6.

293 *Vide* ook F. Ibili, 'Toepassing van de EEX-bevoegdheidsregels op verweerders uit derde landen: naar een universeel formeel toepassingsgebied', *WPNR* 2011/6892, p. 533 (voetnoot 5). Mijns inziens ten onrechte anders: Rammeloo, *op. cit.*, p. 9: 'De aanvullende rechtsmachtgrond van art. 3a Rv (woonplaats verzoekers in Nederland is rechtsmachtscheppend) laat evenwel onverlet dat art. 995 Rv voorschrijft, dat ten aanzien van verzoekschriften betrekking hebbend op de in boek 2 BW geregelde

5.2 Het materiële, commune IPR

5.2.1 Bepaling toepasselijk recht

Ingeval een Nederlandse rechtbank op grond van art. 25 EEX-Vo II (forumkeuze) dan wel de Ondernemingskamer uit hoofde van art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv of ingevolge art. 4, eerste lid, EEX-Vo II *iuncto* art. 63, eerste lid, onderdeel b of c, EEX-Vo II internationale bevoegdheid heeft ter zake van de kennisneming van een enquêteverzoek dat (mede) gericht is op een statutair op het grondgebied van een andere (lid)staat dan Nederland zetelende groepsmaatschappij, dan rijst vervolgens de vraag welk recht op die vennootschap moet worden toegepast. Wat is, anders gezegd, de *lex societatis* en hoe wordt die bepaald? Hierop zal in het navolgende worden ingegaan. Alvorens daartoe over te gaan, maak ik eerst een aantal preliminaire opmerkingen.

Allereerst een enkel woord over de in dit verband veelgebruikte IPR-terminologie, te beginnen met de *lex causae*, van welk *genus* de *lex societatis*, waaronder wordt verstaan het recht dat op een vennootschap van toepassing is, een *species* is. De *lex causae* is het door een conflictregel aangewezen toepasselijke recht,[294] dat naar Nederlands IPR beperkt is tot het materiële privaatrecht,[295] en dus niet het hele buitenlandse rechts(stelsel) inclusief de IPR-regels daarvan omvat, zodat *renvoi*problemen (herverwijzing, in de zin van terugverwijzing en verderverwijzing) zich niet voordoen (*vide* ook *infra*).[296] Het toepasselijke recht kan vreemd recht zijn, maar de conflictregel kan ook het recht van de aangezochte rechter aanwijzen. Ter aanduiding van het eigen recht daarvan wordt gesproken van de *lex fori*, in welk geval de *lex causae* en de *lex fori* samenvallen. *Intermezzo*: in het kader van een forumovereenkomst in de zin van (de voorloper van) art. 25 EEX-Vo II wordt de term *lex fori* ook wel gebruikt, waarmee dan wordt bedoeld de *lex fori prorogati*, *i.e.* de recht van de staat van de geprorogeerde rechter, de *lex fori derogati*, *i.e.* het recht van de staat van de gederogeerde rechter, de *lex fori aditi*, *i.e.* het recht van de staat waar de procedure aanhangig is, of een combinatie hiervan.[297] Een conflictregel kan ook bepalen dat ten aanzien van een bepaald onderwerp, zoals procesrechtelijke kwesties, de *lex fori* van toepassing is (*vide infra*).

---

materie bevoegd is de rechter van de woonplaats (wederom: statutaire zetel is bepalend) van de rechtspersoon. *Derhalve komt de Ondernemingskamer evenmin rechtsmacht toe ten aanzien van statutair buiten EEX/EVEX-territoir gevestigde rechtspersonen die hier te lande hun werkelijke zetel (hoofdbestuur) hebben* [curs. RPJ].'

294 Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 153.

295 *Vide Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 16 (MvT); Asser/Vonken 10-I 2018/112; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 164 en 198. *Vide* ook Kuypers, *op. cit.*, p. 388. Het *ius civile* bestaat uit formeel recht en materieel recht. Tot dat eerste behoort het procesrecht en het internationaal privaatrecht. Zoals gezegd, valt het procesrecht, in ieder geval het formele deel daarvan, onder de *lex fori*. Daar de *lex causae* zich beperkt tot het materiële recht, vallen de IPR-regels daarbuiten.

296 *Vide*, met voorbeelden, Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 195 *et seq.*

297 Kuypers, *op. cit.*, p. 393.

Overigens wijd ik nog een enkel woord aan het volgende. Boek 10 BW codificeert het commune Nederlandse conflictenrecht.[298] Art. 10:1 BW herinnert er echter aan dat de daarin opgenomen (materiële)[299] IPR-regels, alsmede de in andere wettelijke regelingen vervatte IPR-regels, een lagere rang hebben door te bepalen dat de werking van voor Nederland bindende internationale en Unierechtelijke[300] regelingen onverlet laten (deze hebben dus een hogere rang en derhalve voorrang).[301] Voorts bepaalt art. 10:2 BW dat – kennelijk: (mede) de rechter –[302] de IPR-regels (lees: regels van conflictenrecht of verwijzingsregels)[303] én het door deze (als toepasselijk) aangewezen recht – ambtshalve – dient toe te passen. Hiernaast wijst de art. 10:3 BW-conflictregel de *lex fori processus*, ook wel de *lex fori regit processum* genoemd, als toepasselijk recht aan, en wel aldus dat op de wijze van procederen – ten overstaan van de Nederlandse rechter – het Nederlandse (proces)recht van toepassing is,[304] een

298 P. Vlas, *IPR en BW* (Monografieën BW, deel A27), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 2 en 4.

299 Ofschoon het formele IPR niet in Boek 10 BW is geregeld, hebben sommige bepalingen daarvan toch (mede) betrekking op materie die tot het procesrecht kan worden gerekend; *vide* Vlas 2015, *op. cit.*, p. 2.

300 In art. 10:1 BW wordt gesproken van 'communautaire'. *Vide* daarover echter Vlas 2015, *l.s.c.*

301 *Vide* ook Vlas 2015, *l.s.c.*

302 *Vide Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 8 (MvT): 'Dit komt de duidelijkheid voor de wetstoepasser ten goede, waarbij dient te worden bedacht dat de bepaling in de door de Staatscommissie voorgestelde formulering weliswaar is gericht tot de rechter, maar dat, zoals de Staatscommissie in par. 30 van haar rapport ook opmerkt, toepassing van het conflictenrecht *door andere wetstoepassers, zoals de notaris of de ambtenaar van de burgerlijke stand, niet moet worden uitgesloten*. Om buiten twijfel te stellen *dat de onderhavige bepaling ook dan toepassing dient te vinden*, is de voorkeur gegeven aan een iets gewijzigde formulering.' (curs. RPJ)

303 A.P.M.J. Vonken, in: *T&C Burgerlijk Wetboek Boek 10*, art. 10:2 BW, aant. 1.

304 *Vide* Tijssens, *op. cit.*, p. 35-36 (en voetnoten 3 en 8) met verwijzingen aldaar; Asser/Vonken 10-I 2018/38; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 165; voetnoot 272 *supra*. Ik laat hier rusten het door eerstgenoemde gemaakte onderscheid tussen formeel procesrecht en materieel procesrecht. De vraag die gesteld kan worden, is of onder de *lex fori processus* ook regels van materieel procesrecht vallen of dat die worden beheerst door het aangewezen materiële recht. Tijssens, *op. cit.*, p. 40 concludeerde dat 'regels van materieel procesrecht moeten worden gekwalificeerd als materieel recht en dus niet onder de reikwijdte vallen van de lex fori regit processum-regel'. *Vide* ook Asser/Vonken 10-I 2018/39; Strikwerda en Schaafsma, *loc. cit. Vide* ter illustratie rb. Amsterdam 18 april 2018, *JOR* 2018/201, m.nt. D.F.H. Stein, r.o. 4.17 (*Trafigura*), waarin de rechtbank overwoog dat '[d]e vraag of een (rechts)persoon als eiser ontvankelijk is in een procedure in Nederland wordt beheerst door regels van Nederlands burgerlijk procesrecht. De vraag of de Stichting als 305a-organisatie (haar "eerste hoedanigheid") ontvankelijk is, moet derhalve op de voet van artikel 10:3 BW (ook) worden beoordeeld naar Nederlands recht (de lex fori processus)'. *Vide* tevens S.J. Schaafsma, *IPR en EPR. Over wisselwerking, eenheid en verscheidenheid* (oratie Leiden), Leiden: University Press, Leiden 2014, p. 7, die opmerkte dat '[p]rocesrecht blijft nationaal recht, de lex fori processus'.

en ander, zo voeg ik toe, met inachtneming van het bepaalde in art. 10:1 BW.[305] Bovendien is *renvoi*[306] in art. 10:5 BW uitgesloten; de verwijzing door een conflictregel naar buitenlands recht is beperkt tot het materiële privaatrecht daarvan.[307] Verder stip ik de (algemene) exceptieclausule,[308] een 'correctiemogelijkheid',[309] in art. 10:8, eerste lid, BW aan.[310] Deze houdt in dat het recht dat is aangewezen door een wettelijke regel die berust op een veronderstelde nauwe band met dat recht, bij uitzondering buiten toepassing blijft, met dien verstande dat in het licht van alle omstandigheden van het geval de in die regel veronderstelde nauw band kennelijk slechts in zeer geringe mate bestaat en met een ander recht een veel nauwere band bestaat, in welk geval dat andere recht wordt toegepast.[311] De vraag die dan opdoemt, is of met een beroep daarop het aangewezen incorporatierecht (*vide infra*) opzij kan worden gezet. De meerderheidsopvatting lijkt te zijn dat dat niet kan.[312]

305 *Vide* ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 11 (MvT); A.P.M.J. Vonken, in: *T&C Burgerlijk Wetboek Boek 10*, art. 10:3 BW, aant. 1; Asser/Vonken 10-I 2018/38.

306 Volgens *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 13 (MvT) wordt met *renvoi* gedoeld 'op de praktijk die hierop neerkomt dat men mede het internationaal privaatrecht van het door de verwijzingsregel van het forum aangewezen rechtsstelsel toepast'.

307 Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 164 en 198.

308 *Vide Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 17 (MvT).

309 *Ibid.*

310 Ook ten aanzien van het onderhavige artikel geldt dat het ambtshalve behoort te worden toegepast; *vide Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 18 (MvT). *Vide* ook voetnoot 302 *supra*.

311 *Vide* ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 18 (MvT): 'De formulering van het artikel is neutraal, dat wil zeggen dat, *ongeacht welk recht door de verwijzingsregel wordt aangewezen – ook als dit de lex fori is* [curs. RPJ] – dit recht door deze bepaling opzijgezet kan worden ten gunste van een ander recht waarmee de veel nauwere band bestaat.'

312 *Vide* (uitvoerig) Asser/Vonken 10-I 2018/432 *et seq.* en de verwijzingen (*inter alia* gelijk- en andersluidende opvattingen) aldaar, waaraan ik toevoeg M.H.J. van Rest, 'Ondernemingskamer en buitenlandse of binnenlandse vennootschap', *TOP* 2017/236, afl. 3, die kritiek heeft op de argumenten van de voorstanders van een correctie op basis van art. 10:8, eerste lid, BW, en waarbij ik aanteken dat de verwijzing naar Van Solinge kennelijk moet zijn: G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, art. 10:119 BW, aant. 8b. Naar de opvatting van Asser/Vonken 10-I 2018/433 kan de exceptieclausule van art. 10:8, eerste lid, BW niet als correctiemechanisme worden gehanteerd om het *ex capite* art. 10:118 BW aangewezen incorporatierecht terzijde te stellen, waartoe redengevend is dat de art. 10:8, eerste lid, BW-exceptieclausule – uitsluitend – is gericht op het opsporen van het op de rechtsverhouding sterkst verbonden recht, en niet het verwijzingsresultaat mag corrigeren van op een andere grondslag berustende verwijzingsregels. In de doctrine wordt vrij algemeen aangenomen, zo vervolgde deze auteur, dat de incorporatieleer niet is gebaseerd op dit 'sterkste verbondenheid'-criterium, maar een andere, specifieke grondslag heeft. Een ander argument dat in dit verband tegen terzijdestelling van het aangewezen incorporatierecht op grond van art. 10:8, eerste lid, BW wordt gebruikt, is dat (i) krachtens art. 10:8, tweede lid, BW de algemene exceptieclausule als hier bedoeld niet van toepassing is in geval van een geldige rechtskeuze van partijen, (ii) de keuze van de oprichters van de corporatie voor het incorporatierecht kan worden gezien als een vorm van rechtskeuze (zij zijn bevoegd om zelf de plaats (lees: het land) van oprichting van de corporatie te kiezen en daarmee het toepasselijke (incorporatie)recht, het recht in overeenstemming waarmee die corporatie wordt opgericht) en (iii) de rechtskeuze onder (ii) kan worden gelijkgesteld aan de rechtskeuze als genoemd onder (i). *Vide* voor dit argument en andere argumenten Asser/Vonken (*supra*). Hieruit vloeit voort dat het bepaalde in art. 10:8, eerste lid, BW

Welnu, er moet een onderscheid worden gemaakt tussen het stelsel van de werkelijke zetel (*siège réel*) en het incorporatiestelsel. Het eerstbedoelde stelsel houdt in dat een rechtspersoon wordt beheerst door het recht van het land waarin hij zijn werkelijke zetel heeft, waaronder in dit verband wordt verstaan de plaats waar de bestuursactiviteiten worden verricht, de centrale bestuurszetel.[313] (Een variant van) dit stelsel wordt gehuldigd in, onder andere, Duitsland,[314] Estland, Frankrijk, Griekenland, Italië,[315] Letland,[316] Litouwen,[317] Luxemburg, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië en Spanje.[318] Het laatstbedoelde stelsel houdt, strikt genomen,

---

ook niet kan worden gebruikt om, zoals Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/43 hebben verdedigd, het Nederlandse enquêterecht op een buitenlandse rechtspersoon toe te passen wanneer deze rechtspersoon een veel sterkere band met Nederland heeft dan met een ander land (lees: het land waar zich de statutaire zetel van de rechtspersoon bevindt), nu dat recht een onderwerp is dat wordt beheerst door het toepasselijke (Nederlandse) incorporatierecht; *vide* Asser/Vonken 10-I 2018/435. De twee hieroven besproken argumenten zijn herhaald in A.P.M.J. Vonken en L.A.H.T. Vonken, 'Een bespiegeling over de exceptieclausule van art. 10:8 BW, toegespitst op de incorporatieleer', *Ondernemingsrecht* 2019/95, p. 532-541 (*vide* o.a. p. 541).

313 *Vide* Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/2; P. Vlas, in: *GS Rechtspersonen*, Internationaal rechtspersonenrecht, Titel 8 Boek 10 BW, Internationaal rechtspersonenrecht, aant. 2; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 32 (nr. 28); G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Internationaal privaatrecht, Titel 8 Boek 10 BW, Inleidende opmerkingen, aant. 1b. Volgens Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 431 gaat het bij de bepaling van de werkelijke zetel om 'de staat waar het hoofdbestuur (het centrum van bestuursactiviteiten) of de hoofdvestiging (het centrum van bedrijfsactiviteiten) van de corporatie zich bevindt'. Anders: Vlas 2017, *loc. cit.*, naar wiens mening dat laatste in het stelsel van de werkelijke zetel niet als aanknopingspunt wordt gehanteerd. In *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 3 en 6 (MvT) wordt gesproken van 'hoofdkantoor' respectievelijk 'hoofdbestuur' als plaats waar de werkelijke zetel is gevestigd. Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 368 spreken van 'hoofdbestuur'.

314 Naar het oordeel van het *Bundesgerichtshof* (i) blijft het stelsel van de werkelijke zetel van toepassing op een vennootschap die is opgericht conform het recht van een derde land met werkelijke zetel in Duitsland, en (ii) moet, naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, voor vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een lidstaat, aansluiting worden gezocht bij het incorporatiestelsel; *vide* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 113 (nr. 148) en de door hem aangehaalde uitspraak van het eerstgenoemde hof. *Vide* ook Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 432.

315 Italië huldigt het stelsel van de werkelijke zetel ten aanzien van buitenlandse rechtspersonen die aldaar hun bestuurscentrum of hun exploitatiecentrum hebben. *Vide* Vlas 2017, p. *op. cit.*, 115 (nr. 150); M.E. Koppenol-Laforce, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 10:118 BW, aant. C.1.1.

316 Buijn en Storm, *op. cit.,* p. 1183 (voetnoot 2 en 3) hebben Letland ingedeeld bij zowel het incorporatiestelsel als bij het stelsel van de werkelijke zetel. Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 432 heeft Letland ingedeeld bij het incorporatiestelsel.

317 Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1183 (voetnoot 2) en Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 432 hebben Litouwen ingedeeld bij het incorporatiestelsel. Anders: Vlas 2017, *op. cit.*, p. 117 (nr. 153), die van mening is dat Litouwen moet worden ingedeeld bij de landen die het stelsel van de werkelijke zetel aanhangen.

318 *Vide* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 110 *et seq.* (nr. 144-153); M.E. Koppenol-Laforce, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 10:118 BW, aant. C.1.1; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 432; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1183 (voetnoot 3); G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Internationaal privaatrecht, Titel 8 Boek 10 BW, Inleidende opmerkingen, aant. 1b.

in dat een rechtspersoon wordt beheerst door het recht van het land volgens welk hij is opgericht (één vereiste; *vide* echter *infra*).[319] Nu meestentijds in dat land conform het aldaar geldende incorporatierecht (imperatief of facultatief) zijn statutaire zetel is gevestigd, wordt dit stelsel ook wel de leer van de statutaire zetel (*siège statutaire*) genoemd.[320] Daarbij doet niet ter zake waar de rechtspersoon zijn centrale bestuurszetel heeft, noch waar de feitelijke bedrijfsactiviteiten worden verricht.[321] Naast Nederland wordt (een variant van) het incorporatiestelsel gehuldigd in, onder andere, België,[322] Bulgarije, Cyprus, Denemarken, Duitsland, Finland, Hongarije, Ierland, Italië,[323] Letland,[324] Liechtenstein, Litouwen,[325] Noorwegen,[326] Rusland, Slowakije, Tsjechië, het Verenigd Koninkrijk, (diverse deelstaten van de) Verenigde Staten, Wit-Rusland, Zweden en Zwitserland.[327]

319 *Vide* Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1183; Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/3; P. Vlas, in: *GS Rechtspersonen*, Internationaal rechtspersonenrecht, Titel 8 Boek 10 BW, Internationaal rechtspersonenrecht, aant. 2; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 26 (nr. 16); G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Internationaal privaatrecht, Titel 8 Boek 10 BW, Inleidende opmerkingen, aant. 1a; G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Internationaal privaatrecht, Titel 8 Boek 10 BW, art. 10:118 BW, aant. 1a. Het door het incorporatiestelsel aangewezen recht beheerst de rechtspersoon in al zijn aspecten, namelijk van het bestaan, de oprichting, de inrichting en de interne structuur tot aan de ontbinding en het einde; *vide* Vlas voormeld.

320 *Vide* Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/3; P. Vlas, in: *GS Rechtspersonen*, Internationaal rechtspersonenrecht, Titel 8 Boek 10 BW, Internationaal rechtspersonenrecht, aant. 2; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 26 (nr. 16); G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Internationaal privaatrecht, Titel 8 Boek 10 BW, Inleidende opmerkingen, aant. 1a. *Vide* echter ook Vlas 2017, *op. cit.*, p. 26 (nr. 17), die de aanduiding van het incorporatiestelsel met de term 'stelsel van de statutaire zetel' minder gelukkig acht, omdat het in theorie mogelijk is dat een rechtspersoon die is opgericht overeenkomstig het recht van het ene land, zijn statutaire zetel conform dat recht in een ander land mag vestigen.

321 *Vide* Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1183; P. Vlas, in: *GS Rechtspersonen*, Internationaal rechtspersonenrecht, Titel 8 Boek 10 BW, Internationaal rechtspersonenrecht, aant. 2. *Vide* ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/3.

322 Tot 1 mei 2019 gold in België de leer van de werkelijke zetel (*vide* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 110-112), maar per die datum geldt de leer van de statutaire zetel; *vide* hierover Zilinsky 2019, *op. cit.*, p. 514.

323 Italië huldigt ten aanzien van eigen rechtspersonen het incorporatiestelsel; *vide* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 115 (nr. 150); M.E. Koppenol-Laforce, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 10:118 BW, aant. C.1.

324 Volgens Vlas 2017, *op. cit.*, p. 117 (nr. 153) huldigt Letland het stelsel van de werkelijke zetel. *Vide* ook voetnoot 316 *supra.*

325 Volgens Vlas 2017, *l.s.c.* huldigt Litouwen het stelsel van de werkelijke zetel. *Vide* ook voetnoot 317 *supra.*

326 Volgens Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1183 (voetnoot 2) is het onzeker of Noorwegen het incorporatiestelsel huldigt.

327 *Vide* Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 432; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1183 (voetnoot 2); Vlas 2017, *op. cit.*, p. 115 (nr. 150) en 117 *et seq.* (nr.153-158); M.E. Koppenol-Laforce, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 10:118 BW, aant. C.1; G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Internationaal privaatrecht, Titel 8 Boek 10 BW, Inleidende opmerkingen, aant. 1a.

Zoals gezegd, huldigt Nederland het incorporatiestelsel. Dit volgt uit art. 10:118 BW.[328] Daarin is, voor zover hier van belang, bepaald dat een corporatie[329] wordt beheerst door het recht – waarmee (kennelijk) wordt bedoeld: het rechtspersonenrecht, ook wel aangeduid als het 'incorporatierecht' of 'corporatiestatuut' –[330] van de staat[331] (1) volgens welk zij is opgericht én (2) op het grondgebied van welke zij ingevolge de oprichtingsakte haar zetel[332] – ten tijde van de

328 *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 67 (MvT). *Vide* ook *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 4 en 15 (MvT).

329 Het begrip 'corporatie' is een 'ruim te interpreteren verzamelbegrip voor die naar buiten tredende lichamen en samenwerkingsverbanden die door het recht als zodanig worden erkend, al dan niet als rechtspersoon'; *vide Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 67 (MvT). Blijkens art. 10:117, aanhef en onderdeel a, BW wordt daaronder (mede) verstaan een vennootschap.

330 *Vide Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 16 (MvT); Van Solinge 2006, *op. cit.*, p. 224-225; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1183; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 42 (nr. 50) en 175 (nr. 243-244). In plaats van 'incorporatiestatuut' wordt ook wel gesproken van 'rechtspersoonsstatuut' of 'vennootschapsstatuut'; *vide Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 5-6 en 17 (MvT); de noot, onder 3, van De Boer bij HR 13 november 2015, *NJ* 2016/425, m.nt. Th.M. de Boer en A.I.M. van Mierlo, *JOR* 2016/24, m.nt. A. Steneker (*Yukos*).

331 Er wordt gesproken van 'staat' en niet van 'land', omdat interregionale kwesties niet worden geregeld in titel 8 van Boek 10 BW; *vide* Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/21; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 43 (nr. 53).

332 Onder 'zetel' wordt verstaan de statutaire zetel; *vide Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 16-17 (MvT); Vlas 2017, *op. cit.*, p. 42 (nr. 50). *Vide* ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/18 en 22; G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Internationaal privaatrecht, Titel 8 Boek 10 BW, art. 10:118, aant. 2a. Die laatstbedoelde term wordt echter, behoudens art. 10:120 BW, als zodanig niet gebezigd, nu hij niet in alle rechtsstelsels bekend is; *vide* Vlas voornoemd. *Vide* ook Van Solinge voornoemd. Volgens de wetgever wordt met de term (statutaire) 'zetel' niet bedoeld 'de in de statuten opgenomen zetel van de corporatie, maar de plaats die volgens het op de corporatie toepasselijke recht als plaats van vestiging in de statuten moet worden opgenomen'; *vide Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 17 (MvT). *Vide* ook *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 16 (MvT). Te dien aanzien kunnen twee situaties worden onderscheiden: (i) de statuten vermelden een andere plaats van vestiging van de zetel dan die volgens het incorporatierecht in de statuten had moeten worden opgenomen en (ii) de statuten vermelden – overeenkomstig het incorporatierecht – een andere plaats van vestiging van de zetel dan die ligt op het grondgebied van de staat naar het recht van welke de corporatie is opgericht, op welke situatie art. 10:118 BW – strikt genomen – geen betrekking heeft, nu dat artikel uitgaat van de situatie waarin de (statutaire) zetel in de staat ligt volgens welks recht de corporatie is opgericht. Evenzo P. Vlas, in: *GS Rechtspersonen*, Internationaal rechtspersonenrecht, Titel 8 Boek 10 BW, art. 10:118 BW, aant. 3. Ik geef een voorbeeld van de situatie als bedoeld onder (i). Een corporatie die is opgericht naar het recht van staat A, heeft haar (statutaire) zetel in staat B. Alsdan geldt uitsluitend – overeenkomstig het incorporatierecht – staat A als vestigingsplaats van de zetel. Thans een voorbeeld van de situatie als bedoeld onder (ii). Een corporatie die is opgericht naar het recht van staat X, mag – overeenkomstig het incorporatierecht – haar (statutaire) zetel in een andere staat vestigen. Zij heeft in de statuten staat Y als vestigingsplaats van de zetel vermeld. Alsdan kan men tot de toepassing van twee rechtsstelsels komen, te weten het recht van vestiging van de (statutaire) zetel en het recht in overeenstemming waarmee de corporatie is opgericht. Mocht de situatie onder (ii) zich voordoen, dan zal de rechter met inachtneming van alle omstandigheden van het geval moeten beslissen wat het op de corporatie toepasselijke recht is; *vide Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 68 (MvT). *Vide* in die richting ook *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 17

oprichting –[333] heeft (bijkomend vereiste; *vide* echter *supra*).[334] Zijn deze twee – voor de aanwijzing van het op de corporatie toepasselijke recht geldende – elementen[335] vervuld, dan is daarmee het op de corporatie toepasselijke recht aangewezen, waarna de (relevante) inhoud daarvan dient te worden opgespoord en vastgesteld,[336] waarbij art. 10:119 BW een belangrijke rol speelt, dat de omvang/reikwijdte van het incorporatierecht bepaalt.

Dit artikel bevat een niet-uitputtende[337] opsomming van materieel rechtspersonenrechtelijke[338] onderwerpen die worden beheerst door het op de corporatie als toepasselijk aangewezen recht. Het gaat daarin uitsluitend om het eerdergenoemde corporatiestatuut.[339] Nu het enquêterecht in de niet-limitatieve opsomming van onderwerpen als bedoeld in art. 10:119 BW (*vide* de woorden 'in het bijzonder') niet expliciet is vermeld, rijst de vraag of het desondanks onder het evenbedoelde

(MvT). Volgens Vlas 2017, *l.s.c.* ligt het voor de hand om in zulk een situatie aan te nemen dat het recht van de staat naar welks recht de corporatie is opgericht, doorslaggevend is, nu de (statutaire) zetel op grond daarvan elders zal zijn gevestigd. Daarbij aansluitend Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/23. Op dat spoor zit ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 68 (MvT). *Vide* ook Vlas 2017, *op. cit.*, p. 26 (nr. 17). Overigens zij opgemerkt dat de twee bovengenoemde situaties nogal theoretisch zijn, nu in de regel de staat waarin de (statutaire) zetel van de corporatie is gevestigd, zal samenvallen met de staat naar het recht van welke de corporatie is opgericht; *vide Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 16-17 (MvT); *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 68 (MvT); Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1186; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 26 (nr. 16-17) en 42 (nr. 50); M.E. Koppenol-Laforce, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 10:118 BW, aant. C.2; G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Internationaal privaatrecht, Titel 8 Boek 10 BW, Inleidende opmerkingen, aant. 1a. *Vide* ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/19. Zo dient een naar het recht van Nederland opgerichte vennootschap haar (statutaire) zetel ook in die staat te hebben; *vide* art. 2:66 (177), derde lid, BW. Ik ga er daarom van uit dat als een rechtspersoon naar het recht van een vreemde staat is opgericht, hij op het grondgebied van deze zijn (statutaire) zetel heeft.

333 Daarmee heeft de wetgever buiten twijfel willen stellen dat – thans: art. 10:118 BW – ook ingeval een latere zetelverplaatsing (*vide* art. 10:120 BW) zijn gelding behoudt voor de periode tot aan die verplaatsing; *vide Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 17, *in fine* (MvT). Vóór de zetelverplaatsing wordt de corporatie dus beheerst door het recht van de staat overeenkomstig waarmee zij is opgericht. Vanaf de zetelverplaatsing beheerst in beginsel het recht van de staat van de nieuwe zetel de in art. 10:119 BW neergelegde onderwerpen; *vide* art. 10:120, tweede volzin, BW.

334 *Vide* Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/19; Rutgers en Zilinsky, *op. cit.*, p. 64; G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Internationaal privaatrecht, Titel 8 Boek 10 BW, art. 10:118, aant. 1a. Ingeval de zetel als bedoeld in art. 10:118 BW ontbreekt, geeft dat artikel een alternatieve aanknopingsfactor, te weten het 'centrum van optreden naar buiten'. *Vide* ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/18; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 42-43 (nr. 51).

335 *Vide Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 67 (MvT). *Vide* ook Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1186; P. Vlas, in: *GS Rechtspersonen*, Internationaal rechtspersonenrecht, Titel 8 Boek 10 BW, art. 10:118 BW, aant. 3.

336 *Vide* daaromtrent Asser/Vonken 10-I 2018/404-405.

337 *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 68 (MvT).

338 Vlas 2017, *op. cit.*, p. 175 (nr. 243), die tevens opmerkte dat niet álle kwesties door het incorporatierecht worden beheerst. *Vide* ook Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1184.

339 Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1186.

statuut valt. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. In de memorie van toelichting bij (het thans vervallen) art. 3 Wet conflictenrecht corporaties (hierna: WCC),[340] welk artikel woordelijk overeenstemt met art. 10:119 BW, merkte de toenmalige minister van Justitie, Sorgdrager, immers op dat ook het enquêterecht in zijn algemeenheid onder het vennootschapsstatuut valt.[341] Nu het enquêterecht binnen de reikwijdte van dat statuut valt, betekent zulks dat als het op een corporatie toepasselijke recht van een vreemde staat is aangewezen, zij beheerst wordt door het incorporatierecht – met alle daartoe behorende onderwerpen, waaronder het enquêterecht – van die staat en mocht dat recht van deze een enquêteregeling bevatten (*vide* voor een overzicht § 5.1.1.4), dan dient die regeling op de desbetreffende corporatie te worden toegepast. Voor het daarop toepassen van het Nederlandse enquêterecht

340 Wet van 17 december 1997, houdende regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot corporaties (Wet conflictenrecht corporaties), *Stb*. 1997, 699. Deze wet trad in werking op 1 januari 1998; *vide Stb*. 1997, 743. Bij de Wet van 19 mei 2011 tot vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek) werd de Wet conflictenrecht corporaties ingetrokken; *vide Stb*. 2011, 272 (Artikel IV, aanhef en onderdeel i). De eerstbedoelde wet trad in werking op 1 januari 2012; *vide Stb*. 2011, 340.

341 *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 17 (MvT). *Vide* ook M.V. Polak, 'Artikelen 71-76 IPR-schets: Corporaties', *WPNR* 1993/6110, p. 758; Van Solinge en Bulten, *op. cit.*, p. 128; Van Solinge 2006, *op. cit.*, p. 225; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/735; Jager, *op. cit.*, p. 49 (voetnoot 229); Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/42 en 43; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 175 (nr. 244); P. Vlas, in: *GS Rechtspersonen*, Internationaal rechtspersonenrecht, Titel 8 Boek 10 BW, art. 10:119 BW, aant. 12; M.E. Koppenol-Laforce, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 10:119 BW, aant. C.3.1; G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Internationaal privaatrecht, Titel 8 Boek 10 BW, art. 10:119 BW, aant. 5a. Los van de opmerking van de minister van Justitie, kan er voor de stelling dat het enquêterecht binnen de reikwijdte van het corporatiestatuut valt, ook steun worden gevonden in art. 10:119, aanhef en onderdeel b, BW, waarin wordt gesproken van 'het inwendig bestel van de corporatie *en alle daarmee verband houdende onderwerpen* [curs. RPJ]'. Met die laatste zinsnede wordt immers een zeer ruim terrein bestreken; *vide Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 69 (MvT). Daarbij gaat het niet alleen om 'vrijwel alle in Boek 2 [BW] geregelde onderwerpen van rechtspersonenrecht, maar ook om enkele daar niet geregelde maar wel nauw verwante onderwerpen'; *vide Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 69 (MvT). (In de memorie van toelichting bij art. 3 Wet conflictenrecht corporaties werd nog gesproken van '*alle* [curs. RPJ] in Boek 2 B.W. geregelde onderwerpen'; *vide Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 19. Een inhoudelijke wijziging in de zin van een beperking van de reikwijdte van art. 10:119, aanhef en onderdeel b, BW is echter door te spreken van 'vrijwel alle' in plaats van 'alle' naar mijn indruk niet beoogd.) Blijkens de memorie van toelichting bij de voorloper van art. 10:119 BW, te weten art. 3 WCC, kan men denken aan 'de naam, registratieverplichtingen, doelomschrijving, duur, de vraag wie vennoten, leden of aandeelhouders kunnen zijn, hun rechten en verplichtingen, toelating van leden en beëindiging van hun lidmaatschap, kapitaal en vermogen, uitgifte van aandelen, inbreng op aandelen, soort en waarde van aandelen, inkoop van eigen aandelen, kapitaalvermindering, jaarrekening en jaarverslag, uitkering al dan niet van winst aan leden, vennoten en aandeelhouders, plaats en wijze van vergaderen door de algemene vergadering, bestuur en raad van toezicht, stemrechtovereenkomsten (voorzover [*sic*] dit onderwerp niet valt onder de regeling van het op verbintenissen uit overeenkomst toepasselijke recht), geschillenregelingen, uitkoopregelingen'; *vide Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 19.

bestaat geen ruimte, ook niet als het vreemde incorporatierecht geen enquêteregeling kent. In dat geval kan het enquêteverzoek (in zoverre) niet voor toewijzing in aanmerking komen.

Ten overvloede vestig ik de aandacht nog op het volgende. Luidens art. 10:124 BW laat titel 8 (Corporaties) van Boek 10 BW onverlet hetgeen is bepaald bij de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (hierna: WFBV).[342] Daarmee wordt bedoeld dat de regels van deze wet in de daarin omschreven gevallen prevaleren boven de regels van de voormelde titel.[343] In zoverre doorbreekt de eerdergenoemde wet het stelsel van de toepasselijkheid van het incorporatiestelsel als bedoeld in art. 10:118 BW.[344] Voor zover eerstgenoemde geen afwijkende regels bevat, geldt – ook voor een formeel buitenlandse vennootschap – het hoofdbeginsel van de toepasselijkheid van laatstgenoemde.[345]

Welnu, blijkens art. 1, eerste lid, WFBV moet onder 'formeel buitenlandse vennootschap' worden verstaan een naar buitenlands recht opgerichte (criterium één) kapitaalvennootschap met rechtspersoonlijkheid (criterium twee) die haar werkzaamheden (nagenoeg) geheel in Nederland verricht (criterium drie) en die geen werkelijke band heeft met de staat naar het recht van welke zij is opgericht (criterium vier).[346] Is van zulk een vennootschap sprake, dan dienen daarop bepaalde regels van het Nederlandse vennootschapsrecht te worden toegepast, zoals voorschriften omtrent (i) de inschrijving in het handelsregister (art. 2 WFBV), (ii) de vermelding van bepaalde gegevens in alle geschriften, gedrukte stukken en aankondigingen die van haar uitgaan (art. 3 WFBV), (iii) uitkeringen aan aandeelhouders, inkoop van aandelen en vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op aandelen, waartoe art. 2:9 BW, art. 2:216, derde lid, BW en art. 2:248 BW van overeenkomstige toepassing zijn verklaard (art. 4 WFBV), (iv) de boekhoudplicht, waartoe art. 2:10 BW van overeenkomstige toepassing is verklaard, en het opmaken, de inrichting en de openbaarmaking van de jaarrekening en het jaarverslag, waartoe titel 9 van Boek 2 BW van overeenkomstige toepassing is verklaard (art. 5 WFBV), en (v) de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen voor de jaarrekening en het jaarverslag, waartoe art. 2:249 BW, art. 2:260 BW en art. 2:261 BW van overeenkomstige

342 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 (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen); *vide Stb*. 1997, 697. Deze wet trad in werking op 1 januari 1998. Blijkens *Kamerstukken II* 2003/04, 29524, 3, p. 1 (MvT) heeft de WFBV een drieledig doel, namelijk (a) het oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen te bestrijden, (b) het voorkomen van ontwijking van dwingende regels van Nederlands recht en (c) het beschermen van schuldeisers.

343 *Vide Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 21 (MvT).

344 *Ibid*.

345 *Ibid*.

346 *Vide* ook *Kamerstukken II* 1994/95, 24139, 3, p. 5 (MvT).

toepassing zijn verklaard (art. 6 WFBV),[347] waarbij zij opgemerkt dat, behoudens art. 6 WFBV, deze voorschriften niet gelden voor vennootschappen waarop het recht van een der lidstaten of van een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 van toepassing is,[348] een en ander ingevolge art. 1, tweede lid, WFBV.[349]

Het vorenstaande brengt mee dat als een vennootschap wordt beheerst door het recht van, bijvoorbeeld, Brazilië en zij een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van art. 1, eerste lid, WFBV is, de bovenbedoelde voorschriften op haar van toepassing zijn. Het Nederlandse enquêterecht valt evenwel niet onder de werking van de WFBV – volgens de toenmalige minister van Justitie is het daar in zijn huidige vorm ongeschikt voor – zodat de Ondernemingskamer zulks niet op de vorenbedoelde vennootschap kan toepassen.[350]

347 *Vide* ook *Kamerstukken II* 1994/95, 24139, 3, p. 3 (MvT).

348 *Trb*. 1992, 132. Bij de Europese Economische Ruimte horen alle lidstaten en drie niet-lidstaten, te weten IJsland, Liechtenstein en Noorwegen.

349 Art. 1, tweede lid, WFBV werd in het leven geroepen bij de Wet van 28 april 2005 tot wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen; *vide Stb*. 2005, 230. Deze wet trad in werking op 1 juni 2005; *vide Stb*. 2005, 263. *Vide* omtrent de aanleiding daartoe *Kamerstukken II* 29524, 3, p. 3-6 (MvT).

350 *Vide Kamerstukken II* 1994/95, 24139, 3, p. 4 (MvT); *Kamerstukken II* 1996/97, 24139, 6, p. 6-7 (NV); *Kamerstukken I* 1997/98, 24139 en 24141, 61a, p. 1-3 (MvA). *Vide* ook *Stcrt*. 1992, 227; *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 9, p. 6 (NEV); *Handelingen II* 1992/93, 65, p. 4669. Hoewel het enquêterecht – naar huidig recht – niet onder de werking van de WFBV valt, blijkt uit de eerstgenoemde Kamerstukken niet van een principiële afwijzing aan de kant van de wetgever. In deze richting ook hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *JOR* 2004/230, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.2-3.5 (*Citadel*). *Vide* ook L. Timmerman en M.A. Verbrugh, 'Het Nederlandse enquêterecht in een internationaliserend vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/35, p. 154. Desondanks acht ik, gelet op de uitlatingen van de minister van Justitie, de kans vrij klein, zo niet verwaarloosbaar, dat het enquêterecht in de toekomst alsnog – over de band van de WFBV – van toepassing wordt verklaard op formeel buitenlandse vennootschappen. In de *Citadel*-zaak lijkt de Ondernemingskamer, getuige haar woorden dat de toepassing van het enquêterecht 'in een geval als het onderhavige (…) als *wenselijk* [curs. RPJ] kan worden beschouwd', niet erg tevreden te zijn geweest met haar uit de wetsgeschiedenis getrokken conclusie dat naar huidig recht het enquêterecht niet kan worden toegepast op formeel buitenlandse vennootschappen zoals Citadel; *vide* hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *JOR* 2004/230, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.5 (*Citadel*). *Vide* ook § 5.2.2. Evenzo Josephus Jitta in zijn noot, onder 3, bij deze beschikking. Timmerman en Verbrugh, *op. cit.*, p. 155. zitten op dezelfde lijn als de Ondernemingskamer: 'Als laatste komt de wenselijkheid van een wettelijke toepassing van het enquêterecht op fbv's aan de orde. *We menen dat dit het geval is* [curs. RPJ]. Bij een fbv uit een EU-lidstaat is het aantal instrumenten waarmee misbruik bestreden kan worden beperkt. Hierboven zijn slechts de aansprakelijkheidsbepalingen genoemd van art. 2:138 BW, art. 2:249 BW, art. 2:260 BW en art. 2:261 BW. Toepassing van het enquêterecht kan onder omstandigheden een nuttige aanvullende rol spelen.' Bulten heeft deze wens onderschreven; *vide* C.D.J. Bulten, *De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 25. *Vide* ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/43.

5.2.2 Toepassingsbereik Nederlands enquêterecht

Het toepassingsbereik van het Nederlandse enquêterecht is beperkt tot de in art. 2:344 BW genoemde (Nederlandse) rechtspersonen, zoals de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap. Slechts zij kunnen subject van enquête zijn,[351] waarmee wordt bedoeld dat slechts bij hen – zelfstandig – een onderzoek naar hun beleid en gang van zaken kan plaatsvinden en slechts bij hen (onmiddellijke) voorzieningen kunnen worden getroffen alsmede wanbeleid kan worden vastgesteld. Op buitenlandse rechtspersonen kunnen – *a contrario* geredeneerd – de bepalingen van afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 BW niet worden toegepast.[352] Indien en voor zover een enquêteverzoek (mede) op dergelijke rechtspersonen is gericht, dan dient de verzoeker (in zoverre) in zijn verzoek niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Hierbij moeten de volgende vragen – en de volgorde waarin zij moeten worden gesteld – scherp worden onderscheiden. De eerste vraag is of de Ondernemingskamer bevoegd is om van het desbetreffende enquêteverzoek kennis te nemen (*vide* § 5.1.1 en § 5.1.2), hetwelk zij ambtshalve moet onderzoeken. Zo nee, dan stuit dat verzoek daar al op af. Zo ja, dan komt de vraag aangaande het toepasselijke recht aan de orde (*vide* § 5.2.1). Indien de vennootschap wordt beheerst door vreemd incorporatierecht, dan zijn er twee mogelijkheden: (a) kent dat recht een enquêteregeling, dan moet die worden toegepast (*vide* art. 10:2 BW) of (b) kent dat recht geen enquêteregeling, dan kan het verzoek (in zoverre) niet voor toewijzing in aanmerking komen. Heeft de Ondernemingskamer rechtsmacht en zou ten aanzien van een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap Nederlands incorporatierecht gelden – wat (naar huidig recht) niet kan – dan loopt het verzoek vast op art. 2:344 BW, wat voor internationale situaties weinig meer dan een vangnetbepaling is.[353]

---

351 *Vide* HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/147, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/126, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3 (*Zeelandia*). *Vide* ook SER-advies1988, p. 64; *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 6, p. 7 (MvA).

352 In deze richting ook SER-advies 1988, p. 64. *Vide* ook Storm 2018, *op. cit.*, p. 62.

353 *Vide* ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/11: 'In de Nederlandse jurisprudentie en literatuur bestaat soms de neiging om slechts vanuit het perspectief van Boek 2 BW te beoordelen of een regel van Nederlands rechtspersonenrecht van toepassing is op buitenlandse rechtspersonen. Zo wordt uit de opsomming van *Nederlandse* rechtspersonen in art. 2:344 BW wel afgeleid dat het Nederlandse enquêterecht slechts van toepassing is op rechtspersonen die naar Nederlands recht zijn opgericht. Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005/298 (Zeelandia Curaçao BV). Zie ook *Van Solinge*, *T&C Ondernemingsrecht Effectenrecht*, art. 10:119 BW, aant. 5a. Een opsomming van Nederlandse rechtspersonen als die van art. 2:344 BW (die bovendien niet limitatief is) is echter op zichzelf niet beslissend voor de vraag of deze bepaling van toepassing is op buitenlandse rechtspersonen. Voor de conclusie dat Nederlands recht hier niet van toepassing is, dient een conflictenrechtelijke grondslag te bestaan, bijvoorbeeld de omstandigheid dat enquête een onderwerp is dat wordt beheerst door het incorporatierecht. Zie Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *ARO* 2004/96; *JOR* 2004/230 (Citadel BV), met verwijzing naar *Kamerstukken II* 1992/93, 22 400, nr. 6, p. 7-8. Met andere woorden, steeds zal aan de hand van het geldende internationaal privaatrecht moeten worden vastgesteld of het Nederlandse rechtspersonenrecht van toepassing is.' (curs. auteurs)

Deze volgorde wordt door de Ondernemingskamer uit het oog verloren. Ik zal dit toelichten aan de hand van haar beschikkingspraktijk.

De eerste zaak waarin de Ondernemingskamer zich moest buigen over een verzoek om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een buitenlandse rechtspersoon, was de *Citadel*-zaak.[354] Citadel was een naar het recht van de staat Delaware, Amerika, opgerichte rechtspersoon die tevens aldaar zijn statutaire zetel had.[355] Feitelijk was Citadel evenwel gevestigd in Veenendaal.[356] Verder vonden Citadels ondernemingsactiviteiten alle plaats in en vanuit Nederland, was Citadel sinds zijn oprichting ingeschreven in het handelsregister aldaar en was Citadel in Nederland belastingplichtig.[357] De Ondernemingskamer overwoog, voor zover hier van belang en kort gezegd, als volgt.

Allereerst overwoog zij dat in het licht van de opsomming als bedoeld in art. 2:344 BW de Nederlandse enquêteregeling niet kan worden toegepast op rechtspersonen die, zoals Citadel, zijn opgericht naar het recht van een vreemde staat en op het grondgebied van deze hun statutaire zetel hebben, ook niet indien zij in Nederland een vestiging of een filiaal in stand houden respectievelijk in Nederland hun ondernemingsactiviteiten uitoefenen.[358] Daarvoor vond zij in het bijzonder steun in de wetsgeschiedenis van de wet Wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête en van de WFBV. Vervolgens herhaalde de Ondernemingskamer, zij het in iets andere bewoordingen, dat naar huidig recht de Nederlandse enquêteregeling niet van toepassing is op naar het recht van een vreemde staat opgerichte vennootschappen en dus ook niet op Citadel, hoezeer de werkzaamheden van deze (nagenoeg) geheel in Nederland werden verricht en Citadel geen werkelijke band met de staat Delaware had.[359] Dit een en ander voerde de Ondernemingskamer tot de slotsom dat de verzoekster niet in haar verzoek kon worden ontvangen.[360] Ik versta de redenering van de Ondernemingskamer aldus: blijkens art. 2:344 BW kan het Nederlandse enquêterecht niet worden toegepast op buitenlandse rechtspersonen, deze kunnen worden onderverdeeld in werkelijk buitenlandse rechtspersonen en formeel buitenlandse rechtspersonen ('pseudo-buitenlandse rechtspersonen'),[361] Citadel was een

354 Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *JOR* 2004/230, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Citadel*).
355 Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *JOR* 2004/230, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 2.1 (*Citadel*).
356 *Ibid*.
357 Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *JOR* 2004/230, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 2.1-2.2 (*Citadel*).
358 Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *JOR* 2004/230, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.2 (*Citadel*). *Vide* ook de noot, onder 2, van Josephus Jitta bij deze beschikking.
359 Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *JOR* 2004/230, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.5 (*Citadel*).
360 Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *JOR* 2004/230, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.6 (*Citadel*).
361 *Vide Handelingen II* 1992/93, 65, p. 4669. In *Kamerstukken II* 1992/1993, 22400, 9, p. 4 definieerde de staatssecretaris van Justitie 'daadwerkelijk buitenlandse rechtspersonen' aldus: '[R]echtspersonen die niet slechts naar buitenlands recht zijn opgericht, maar ook vanuit in het land van herkomst worden geleid, daar activiteiten ontplooien en meer in het algemeen daar geworteld zijn.'

formeel buitenlandse rechtspersoon, voor dit soort rechtspersonen is met betrekking tot de toepassing van het Nederlandse enquêterecht geen uitzondering gemaakt in de WFBV, derhalve vallen de beide hierboven genoemde soorten rechtspersonen buiten de reikwijdte van art. 2:344 BW, ten gevolge waarvan de Nederlandse enquêteregeling niet op Citadel kon worden toegepast. Het verzoek stuitte dus af op art. 2:344 BW.

Aan toetsing aan dit artikel kwam de Ondernemingskamer evenwel naar mijn opvatting niet toe, nu het hier bedoelde verzoek reeds afstuitte op het aangewezen toepasselijke incorporatierecht. Immers, op grond van art. 2, eerste lid, (oud) EEX-Vo in verbinding met art. 3, eerste lid, (oud) EEX-Vo en art. 4, eerste lid, (oud) EEX-Vo (thans: art. 4, eerste lid, EEX-Vo II *iuncto* art. 5 eerste lid, EEX-Vo II en art. 6, eerste lid, EEX-Vo II) wordt de verweerder in beginsel opgeroepen voor het gerecht van de lidstaat op wiens grondgebied hij zijn woonplaats heeft. Blijkens art. 60 (oud) EEX-Vo (thans: art. 63 EEX-Vo II) hebben rechtspersonen woonplaats op de plaats van hetzij hun statutaire zetel (onderdeel a), hetzij hun hoofdbestuur, *i.e.* het centrum van de bestuursactiviteiten, (onderdeel b), hetzij hun hoofdvestiging, *i.e.* het centrum van de bedrijfsactiviteiten, (onderdeel c).[362] Omdat deze drie (autonome) criteria niet in een hiërarchische verhouding tot elkaar staan, zodra aan een daarvan is voldaan, heeft de rechtspersoon voor de toepassing van de EEX-Verordening aldaar zijn woonplaats,[363] en Citadel *de facto* hier te lande was gevestigd (lees: zijn hoofdbestuur had) zowel als alhier zijn bedrijfsactiviteiten verrichtte (lees: zijn hoofdvestiging had), was de Ondernemingskamer bevoegd om van het hier bedoelde enquêteverzoek kennis te nemen.[364] Echter, nu Citadel was opgericht naar het recht van de staat Delaware en aldaar zijn statutaire zetel had, werd Citadel krachtens art. 2 WCC (thans: art. 10:118 BW) beheerst door het incorporatierecht van die staat, ten gevolge waarvan de Ondernemingskamer niet meer toekwam aan de toetsing aan art. 2:344 BW.

362 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 60 EEX-Verordening, aant. 2; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 134 (nr. 178); F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 63 Brussel I-bis, aant. 1c-d.

363 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 60 EEX-Verordening, aant. 1 en 2; Vlas 2017, *op. cit.*, p. 134 (nrs. 178 en 180); F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 63 Brussel I-bis, aant. 1. *Vide* ook de considerans, onder 15 (*i.f.*), van de EEX-Verordening II, waarin staat dat teneinde de gemeenschappelijke regels doorzichtiger te maken en jurisdictiegeschillen te voorkomen voor rechtspersonen de woonplaats 'autonoom' moet worden bepaald. Doordat, ter bepaling van de woonplaats, meerdere criteria naast elkaar kunnen worden gebruikt, kunnen rechters van verschillende lidstaten bevoegd zijn, waardoor er positieve jurisdictiegeschillen kunnen ontstaan, welke geschillen met toepassing van art. 27-30 (oud) EEX-Vo (thans: art. 29 *et seq.* EEX-Vo II) moeten worden opgelost; *vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 60 EEX-Verordening, aant. 2 (1e al., *i.f.* en 2e al., *i.f.*). *Cf.* § 5.1.1.5.

364 Dat Citadels statutaire zetel in het buitenland lag, maakte zulks niet anders. *Vide* ook P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 60 EEX-Verordening, aant. 2 (2e al.).

Ook in de zaken *Cancun*,[365] *Ulyanovsk,*[366] *Best Green*[367] en *Sturio*[368] werd er (mede) verzocht om een onderzoek bij een of meer buitenlandse (dochter)-vennootschappen. In de eerstgenoemde zaak werd er verzocht een onderzoeker te benoemen die het beleid van, onder andere,[369] Efesyde S.A. de C.V, een naar het recht van Mexico opgerichte vennootschap, onderzoekt, voor zover mogelijk.[370] Dienaangaande overwoog de Ondernemingskamer dat voor zover het verzoek een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van die vennootschap betrof, het zou worden afgewezen, nu deze rechtspersoon naar buitenlands recht niet tot de kring van (rechts)-personen behoort ten aanzien waarvan de wet de enquêtemogelijkheid openstelt (*i.e.* een impliciete verwijzing naar art. 2:344 BW).[371] In de tweedegenoemde zaak werd er verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van, voor zover hier van belang, een drietal naar het recht van de Russische Federatie opgerichte dochtervennootschappen.[372] Aan een beoordeling te dien aanzien kwam de Ondernemingskamer evenwel niet toe, nu het verzoek om een onderzoek bij hun moedermaatschappij werd afgewezen.[373] In de derdegenoemde zaak werd verzocht om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van, voor zover hier van belang, Orchids Art LLC, een vennootschap die gevestigd was in Kiev, Oekraïne.[374] Te dier zake overwoog de Ondernemingskamer dat voor zover het verzoek om een onderzoek daarop betrekking had, het niet toewijsbaar was, omdat het een buitenlandse vennootschap betrof en (daarom?) niet binnen het bereik van art. 2:344 BW viel.[375] In de laatstgenoemde zaak werd er verzocht om een onderzoek bij Sturio en om daarbij (mede) de gang van zaken in Exalpha Biologicals Inc., een Amerikaanse vennootschap, te betrekken, waartoe de Ondernemingskamer geen grond zag, nu aan de vereisten voor een concerngenotenenquête niet was voldaan.[376]

Welnu, ten tijde van de indiening van de verzoekschriften in de bovenstaande zaken was de EEX-Verordening (II) van kracht. Uit hoofde van art. 2, eerste lid, EEX-Vo (art. 4, eerste lid, EEX-Vo II), de hoofdregel, wordt de verweerder die woonplaats op het grondgebied van een lidstaat heeft, voor de gerechten aldaar

365 Hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71 (*Cancun*).
366 Hof Amsterdam (OK) 24 maart 2011, *ARO* 2011/62 (*Ulyanovsk*).
367 Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2014, *ARO* 2014/173 (*Best Green*).
368 Hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114 (*Sturio*).
369 Er werd ook verzocht een onderzoeker te benoemen die het beleid van Vesta N.V., eveneens een rechtspersoon naar buitenlands recht, aan een onderzoek zou onderwerpen, voor zover mogelijk; *vide* hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71, r.o. 1.5 en 3.9 (*Cancun*). Hierover kom ik zo dadelijk nog te spreken.
370 Hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71, r.o. 1.4 (*i.f.*) en 1.5 (*Cancun*).
371 Hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71, r.o. 3.9 (*Cancun*).
372 Hof Amsterdam (OK) 24 maart 2011, *ARO* 2011/62, r.o. 1.2 en 2.1 (*Ulyanovsk*).
373 Hof Amsterdam (OK) 24 maart 2011, *ARO* 2011/62, r.o. 3.11 (*Ulyanovsk*).
374 Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2014, *ARO* 2014/173, r.o. 1.2 en de kop van de beschikking (*Best Green*).
375 Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2014, *ARO* 2014/173, r.o. 3.4 (*Best Green*).
376 Hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114, r.o. 1.2, 2.6 en 3.4 (*Sturio*).

opgeroepen. Blijkens art. 60, eerste lid, EEX-Vo (art. 63, eerste lid, EEX-Vo II) hebben vennootschappen en rechtspersonen woonplaats op de plaats van hetzij hun statutaire zetel, hetzij hun hoofdbestuur, hetzij hun hoofdvestiging. Ik verwijs naar hiervoor. Anders dan de *Citadel*-zaak (*vide supra*), waarin sprake was van een formeel buitenlandse vennootschap, betroffen het ditmaal – daar ga ik veronderstellenderwijs van uit – werkelijk buitenlandse vennootschappen in dier voege dat zij alle naar vreemd recht waren opgericht en zij zowel hun statutaire zetel als hun hoofdbestuur als hun hoofdvestiging buiten Nederland hadden, en wel op het grondgebied van de niet-lidstaten naar het recht van welke zij waren opgericht, namelijk Mexico, Rusland, Oekraïne en Amerika. Indien, zoals *in casu*, de verweerder géén woonplaats op het grondgebied van een lidstaat heeft, bepaalt art. 4, eerste lid, EEX-Vo (art. 6, eerste lid, EEX-Vo II) dat alsdan de bevoegdheid in elke lidstaat in beginsel wordt geregeld door zijn eigen wetgeving (de *lex fori*),[377] in welk geval art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv aan de orde komt.

Daarin is, zo breng ik in herinnering, bepaald dat in zaken die met een verzoekschrift moeten worden ingeleid, de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft indien hetzij (een van de) verzoeker(s), hetzij een van de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft.[378] Uit (de kop van) de vier hier bedoelde beschikkingen blijkt dat daaraan was voldaan, waarbij ik er veronderstellenderwijs van uitga dat met 'gevestigd' wordt bedoeld 'statutair' gevestigd in de zin dat de rechtspersoon aldaar zijn statutaire 'zetel' had en hij bijgevolg aldaar zijn 'woonplaats' in de zin van art. 1:10, tweede lid, BW had.[379] Hieruit volgt dat voor zover de verzoeken gericht waren op buitenlandse rechtspersonen, de Ondernemingskamer op grond van art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv in al die zaken rechtsmacht had.[380]

377 Een geval als bedoeld in art. 22 EEX-Vo dan wel art. 23 EEX-Vo deed zich te dezen niet voor. *Cf.* § 5.1.1.3.

378 Er is geen sprake van 'subsidiariteit' in de zin dat de rechter met voorrang dient na te gaan of de verzoeker zijn woonplaats of gewone verblijfplaats in Nederland heeft en hij pas bij ontkennende beantwoording daarvan moet nagaan of een in het verzoekschrift genoemde belanghebbende zijn woonplaats of gewone verblijfplaats alhier heeft; *vide Kamerstukken II* 1999/20, 26855, 3, p. 30 (MvT).

379 *Vide* ook <www.vscc.nl/exploot-en-vermelding-woonplaats-rechtspersoon/>

380 Onjuist acht ik dan ook dat de Ondernemingskamer in hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71, r.o. 3.11 (*Cancun*) overwoog dat bepaalde gevraagde 'verboden en geboden aan Inversiones en Nicolau (…) niet voor toewijzing in aanmerking [komen, toev. RPJ] omdat zij betrekking hebben op handelingen van Inversiones en Nicolau in de sfeer van (organen van) Efesyde en Vesta Tours N.V., *ten aanzien waarvan de Ondernemingskamer geen rechtsmacht heeft* [curs. RPJ]'. Rechtsmacht had zij in dezen wel, maar het Nederlandse enquêterecht kon op die vennootschappen niet worden toegepast; *vide infra*.

Alsdan komt de vraag naar het toepasselijke (incorporatie)recht aan de orde. Op de voet van art. 2 WCC dan wel – het gelijkluidende – art. 10:118 BW wordt, zo breng ik eveneens in herinnering, een corporatie beheerst door het recht van de staat waarnaar zij is opgericht, alsmede moet zij op het grondgebied van die staat haar (statutaire) zetel ten tijde van de oprichting hebben, hetgeen meestentijds het geval zal zijn. In de hier bedoelde zaken ging het (mede) om naar het recht van vreemde staten opgerichte vennootschappen. Er veronderstellenderwijs van uitgaande dat zij tevens alle op het grondgebied van die staten hun statutaire zetel hadden, dan werden die vennootschappen door hun eigen recht (lees: het door art. 10:118 BW *iuncto* art. 10:119 BW aangewezen buitenlandse (incorporatie)recht) beheerst, zodat het Nederlandse enquêterecht daarop geen toepassing kon vinden en de Ondernemingskamer niet meer toekwam aan toetsing aan (het bepaalde in) art. 2:344 BW, noch aan toetsing aan de vereisten voor een concerngenotenenquête.

De meergenoemde *Cancun*-zaak is ook om een andere reden noemenswaardig. Daarin werd namelijk mede verzocht een onderzoeker te benoemen die, voor zover mogelijk, het beleid van Vesta N.V. onderzoekt.[381] Behoudens het feit dat dit een rechtspersoon, meer precies een naamloze vennootschap, naar buitenlands recht betrof,[382] blijkt uit de beschikking niet naar welk recht deze was opgericht. Ik houd het erop dat het te dezen ging om een naamloze vennootschap naar ofwel Antilliaans recht, ofwel Arubaans recht. Voor de toenmalige Nederlandse Antillen, bestaande uit Curaçao, Bonaire, Saba, Sint-Eustatius en Sint-Maarten, gold (en geldt) de EEX-Verordening (II) niet.[383] Voor hen golden de commune, Nederlandse IPR-regels. De Ondernemingskamer had rechtsmacht uit hoofde van art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv. Ik verwijs naar hiervoor. In het geval van Aruba gold – en geldt – het EEX-Verdrag, dat niet geldt voor de (toenmalige) Nederlandse Antillen; het is te hunnen aanzien nooit in werking getreden.[384] In dit verband noem ik ook de *Dubbelhuis*-zaak, waarin de Ondernemingskamer (mede) werd verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van De Olde Molen N.V., een te Aruba gevestigde (naamloze) vennootschap, ten aanzien waarvan zij, naar aanleiding van een opgeworpen exceptie, overwoog dat slechts de in art. 2:344 BW vermelde rechtspersonen voorwerp van onderzoek kunnen zijn en die vennootschap niet als zodanig kon worden aangemerkt, reden waarom de verzoekster in zoverre niet in haar verzoek kon worden ontvangen.[385] Deze zaak en de *Cancun*-zaak lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

---

381 Hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71, r.o. 1.5 (*Cancun*).

382 *Vide* hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71, r.o. 3.9 (*Cancun*).

383 *Vide* voetnoot 18 *supra*, waaraan ik toevoeg G.C.C. Lewin, *Interregionaal privaatrecht*, Praktijkreeks IPR, deel 25, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2014, nr. 114; P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, EEX-Verordening ('Brussel I'), aant. 11.

384 *Vide* P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, EEX-Verordening ('Brussel I'), aant. 11; S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Aanhef, Inleidende opmerkingen, aant. 3d.

385 Hof Amsterdam (OK) 18 augustus 2005, *ARO* 2005/161, r.o. 1.1 en 3.3-3.4 (*Dubbelhuis*).

Krachtens art. 2 EEX-Verdrag, in samenhang gelezen met art. 3 EEX-Verdrag en art. 4 EEX-Verdrag, wordt de verweerder in beginsel opgeroepen voor de gerechten van de verdragsluitende staat op het grondgebied van welke hij zijn woonplaats heeft. Blijkens art. 53 EEX-Verdrag dient de rechter aan de hand van de voor hem geldende IPR-regels de plaats van vestiging – welke voor toepassing van het EEX-Verdrag gelijk wordt gesteld aan de woonplaats – van een vennootschap of rechtspersoon vast te stellen. Hier te lande geldt het incorporatierecht (*vide* art. 2 WCC).[386] De plaats van vestiging is, naar Nederlands IPR, dan ook de plaats waar de statutaire zetel zich bevindt. Beoordeeld diende bijgevolg te worden waar De Olde Molen N.V. en Vesta N.V. statutair waren gevestigd. Eerstgenoemde was – naar ik veronderstel: statutair – gevestigd te Aruba, zodat de Ondernemingskamer zich in zoverre onbevoegd had moeten verklaren en bij welke stand van zaken aan toetsing aan art. 2:344 BW niet werd toegekomen. Hetzelfde geldt voor laatstgenoemde, indien deze eveneens aldaar was gevestigd. Was Vesta N.V. niet te Aruba, maar in de Nederlandse Antillen, gevestigd (de beschikking verschaft geen duidelijkheid op dit punt), dan had de Ondernemingskamer weliswaar *ex* art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv rechtsmacht, maar had art. 2 WCC tot toepassing van Antilliaans incorporatierecht daarop geleid.

Tot besluit noem ik de zaken *BWI*,[387] *Becq & Millan*,[388] *W.J. Grain*,[389] *Nedelko,*[390] *Allstar Consulting*[391] en *Europa Leasing*.[392] In de eerstgenoemde zaak werd er verzocht om een onderzoek bij onder andere Elsinghorst Industrieweberei GmbH, waartoe de Ondernemingskamer overwoog dat het te bevelen onderzoek niet (mede) het beleid en de gang van zaken van die vennootschap kon betreffen, daar zij naar het recht van de Bondsrepubliek Duitsland was opgericht en het enquêterecht op zulk een vennootschap toepassing mist.[393] In de tweedegenoemde zaak overwoog de Ondernemingskamer dat voor zover de enquêteverzoekster had bedoeld mede een onderzoek te verzoeken naar het beleid en de gang van zaken van Becq & Millan Deutschland GmbH, de enquêteregeling *ex* art. 2:344 BW toepassing mist op een naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoon.[394] Hoewel

386 Terzijde: het IPR van de Caribische delen van het Koninkrijk der Nederlanden gaat ook uit van het incorporatierecht; *vide* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 44 (nr. 54) met verwijzingen aldaar.
387 Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWI*).
388 Hof Amsterdam (OK) 12 juli 2006, *ARO* 2006/131 (*Becq & Millan*).
389 Hof Amsterdam (OK) 19 augustus 2008, *ARO* 2008/135 (*W.J. Grain*).
390 Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56 (*Nedelko*).
391 Hof Amsterdam (OK) 24 april 2009, *ARO* 2009/64 (*Allstar Consulting*).
392 Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *NJ* 2019/134, m.red.aant., *JOR* 2018/93, m.nt. F. Eikelboom (*Europa Leasing*).
393 Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105, r.o. 1.1 en 3.8 (*BWI*).
394 Hof Amsterdam (OK) 12 juli 2006, *ARO* 2006/131, r.o. 3.1 (*Becq & Millan*).

daar niet om was verzocht, overwoog zij in de derdegenoemde zaak dat de verweerster terecht naar voren had gebracht dat een (te bevelen) onderzoek zich niet kon uitstrekken tot het beleid van WJ Gabona Kft, een vennootschap naar Hongaars recht.[395] Dat eerste lag anders in de vierdegenoemde zaak. Daarin werd namelijk verzocht om een onderzoek bij onder andere Nedelko CZ S.R.O. een vennootschap naar Tsjechisch recht, zulks evenwel tevergeefs, nu de Ondernemingskamer, naar aanleiding van een opgeworpen exceptie, overwoog dat een naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoon niet zelfstandig voorwerp van enquête kan zijn, waarop zij liet volgen dat het hogergenoemde artikel het enquêterecht beperkt tot de daarin genoemde – naar Nederlands recht opgerichte – rechtspersonen, reden waarom de verzoekster in zoverre niet in haar verzoek kon worden ontvangen.[396] In de vijfdegenoemde zaak, werd, bij wege van zelfstandig verzoek, verzocht om een onderzoek waarin mede het beleid van STR Consulting (Ireland) Ltd, een vennootschap naar Iers recht, Star Resource Management Ltd, een vennootschap naar Engels recht, en STaR Plus B.V.B.A., een vennootschap naar Belgisch recht, aan de orde zou worden gesteld, waaromtrent de Ondernemingskamer, in reactie op een verweer, *m.m.* hetzelfde overwoog als in de hier direct aan voorgaande zaak.[397] Resteert de laatstgenoemde zaak. Daarin kwam de Ondernemingskamer tot het oordeel dat een concern(genoten)enquête[398] via Proma S.A. niet aan de orde kon zijn, nu dat een buitenlandse vennootschap, meer precies een Luxemburgse vennootschap, was en zij bij zulk een vennootschap geen enquête kan gelasten, nu de enquêteregeling is beperkt tot de in art. 2:344 BW naar Nederlands recht opgerichte rechtspersonen.[399]

Krachtens art. 2, eerste lid, EEX-Vo (art. 4, eerste lid, EEX-Vo II) worden zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, voor de gerechten aldaar opgeroepen en blijkens art. 60, eerste lid, EEX-Vo (art. 63, eerste lid, EEX-Vo II), dat op niet-hiërarchische wijze moet worden uitgelegd,[400] hebben, voor de toepassing van deze verordening, vennootschappen en rechtspersonen woonplaats ter plaatse van hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging. Er veronderstellenderwijs van uitgaande dat het in de bovengenoemde zaken ging om werkelijk buitenlandse vennootschappen in de zin dat zij alle naar vreemd recht waren opgericht en zij zowel hun statutaire zetel als hun hoofdbestuur als hun hoofdvestiging buiten Nederland hadden, en wel op het grondgebied van de lidstaten naar het recht van welke zij waren

395 Hof Amsterdam (OK) 19 augustus 2008, *ARO* 2008/135, r.o. 1.1, 2.4 en 3.11 (*W.J. Grain*).
396 Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56, r.o. 1.1 en 3.2-3.3 (*Nedelko*).
397 Hof Amsterdam (OK) 24 april 2009, *ARO* 2009/64, r.o. 1.2, 2.1 en 3.3-3.4 (*Allstar Consulting*).
398 Een daartoe strekkend verzoek was in de onderhavige zaak kennelijk niet gedaan; *vide* hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *NJ* 2019/134, m.red.aant., *JOR* 2018/93, m.nt. F. Eikelboom, r.o. 1.1 *iuncto* 1.2 *iuncto* 3.2 (*i.f.*) (*Europa Leasing*).
399 Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *NJ* 2019/134, m.red.aant., *JOR* 2018/93, m.nt. F. Eikelboom, r.o. 2.2 en 3.22 (*Europa Leasing*).
400 *Vide* Vlas 2017, *op. cit.*, p. 134 (nr. 178).

opgericht, te weten Duitsland, Duitsland, Hongarije, Tsjechië, en Ierland, het Verenigd Koninkrijk, België en Luxemburg, dan hadden de rechters aldaar moeten worden geadieerd, niet de Ondernemingskamer. Laatstgenoemde was dan ook niet bevoegd om van een (enquête)verzoek kennis te nemen indien en voor zover dat was gericht op de hierboven genoemde vennootschappen, zodat de vraag naar het daarop toepasselijke recht noch de toetsing aan art. 2:344 BW aan de orde kon komen.

Ofschoon alleen Nederlandse rechtspersonen subject van enquête kunnen zijn, is volgens Struycken het object van enquête niet territoriaal begrensd, noch volkenrechtelijk, noch naar Nederlands recht.[401] Zo kan de onderzoeker op zijn verzoek – en op zijn verzoek alleen –[402] worden gemachtigd tot onder andere het raadplegen van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van een buitenlandse groepsmaatschappij (een zogeheten 'nauw verbonden' rechtspersoon),[403] een en ander uit hoofde van art. 2:351, tweede lid, BW. Voorts mag de onderzoeker blijkens 's Hogen Raads *Zeelandia*-beschikking – kennelijk buiten dat artikel om; daarnaar wordt immers niet verwezen –[404] gegevens verzamelen omtrent het beleid van in het buitenland gevestigde rechtspersonen 'die betrekkingen hebben onderhouden met de rechtspersoon die het voorwerp van de enquête is'.[405] Bovendien heeft de Ondernemingskamer

401 A.V.M. Struycken, 'De Ondernemingskamer vanuit IPR-gezichtspunt bekeken', in: H.J.M.N. Honée *et al.* (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof.Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 328.

402 *Vide* HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.8 (*Scheipar*).

403 SER-advies 1989, p. 11.

404 *Vide* ook de conclusie, onder 2.55, van A-G Wesseling-van Gent bij HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart (*Scheipar*): 'Wanneer de onderzoeker zich – kort gezegd – van informatie wil voorzien bij de nauw verbonden rechtspersonen, kan hij allereerst gewoon om die informatie vragen of verzoeken boeken e.d. te mogen raadplegen en zich bezittingen te doen tonen. Eerst wanneer de nauw verbonden rechtspersoon dat weigert (en de belangstelling van de onderzoeker eens te meer zal zijn gewekt) zal de onderzoeker een machtiging vragen.' (voetnoot verwijderd) *Vide* daarnaast de conclusie, onder 3.29, van A-G Timmerman bij HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/147, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/126, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Zeelandia*): 'Een onderzoeker mag mijns inziens ook zonder toepassing van art. 2:351, lid 2 BW in het buitenland onderzoek doen, voor zover de buitenlandse autoriteiten dergelijke onderzoekactiviteiten toelaten en dit relevant is voor de beoordeling van het beleid dat is gevoerd bij de Nederlandse te onderzoeken vennootschap.'

405 HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/147, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/126, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3 (*Zeelandia*). Geerts, in zijn noot, onder 4, bij deze beschikking, kon zich niet aan de indruk onttrekken dat 'rechtspersonen die betrekkingen hebben onderhouden' een lichter criterium is dan 'een rechtspersoon die nauw verbonden is' als bedoeld in art. 2:351, tweede lid, BW, waar volgens hem ook wel wat voor te zeggen is, omdat de bevoegdheden in het evengenoemde artikel verder gaan dan het louter verzamelen van 'gegevens', reden waarom alsdan een zwaarder criterium geldt en er een machtiging wordt verlangd. Naar Kemps inzicht kan uit de voornoemde beschikking niet de algemene regel worden gedestilleerd dat het altijd mogelijk moet zijn voor de

in haar *Ahold*-beschikking geoordeeld dat de onderzoeker mag verzoeken om te worden benoemd tot 'commissaris' ('*commissioner*') in de zin van art. 17, eerste lid, van het Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken[406] en dat zij bevoegd is daarop te beslissen,[407] wat daarvan ook zij.[408] Daarnaast acht zij het kennelijk, gelet op haar oordeel in de zaken *Beck & Millan* en *Novero*,[409] niet principieel onmogelijk dat de onderzoeker zou kunnen worden aangemerkt als een 'andere persoon' in de zin van art. 17, derde lid, van Verordening (EG) Nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken.[410]

Het vorengaande kan er evenwel niet toe leiden dat (het beleid en de gang van zaken van) de buitenlandse groepsmaatschappij zelf mede voorwerp van onderzoek wordt; het strekt er uitsluitend toe de onderzoeker in staat te stellen inzicht te krijgen in (een beter beeld te krijgen van) het beleid en de gang van zaken van de (Nederlandse) groepsmaatschappij die subject van enquête is.[411] Anders gezegd: het vorenstaande dient enkel en alleen het onderzoek bij de laatstbedoelde rechtspersoon (het heeft een dienende functie).[412]

Men kan zich afvragen of daar nog wel sprake van is indien het zwaartepunt van het onderzoek, langs wegen als hiervoor genoemd, bij een buitenlandse groepsmaatschappij ligt. Ik denk van niet. Als de onderzoeker in verband met de verkrijging

onderzoeker(s) om in een onderzoek gedragingen bij een buitenlandse vennootschap mee te nemen, waartoe hij drie redenen aanvoerde; *vide* B. Kemp, 'Verontruste dochters en buitenlandse moeders: volle kracht vooruit of terughoudendheid voor de economisch gerechtigde in enquêteprocedures?', *TvOB* 2017-4, p. 123-124.

406 *Trb*. 1979, 80. Voor Nederland trad dit verdrag op 7 juni 1981 in werking.

407 Hof Amsterdam (OK) 24 november 2005, *ARO* 2005/209 (*Ahold*). Dit oordeel herhaalde zij in hof Amsterdam (OK) 12 mei 2010, *ARO* 2010/176 (*KPNQwest*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 8 september 2005, *ARO* 2005/186, r.o. 3.29 (*Smit Transformatoren*); hof Amsterdam (OK) 14 maart 2013, *ARO* 2013/48, r.o. 3.8 (*Novero*). *Vide* voorts Struycken, *op. cit.*, p. 325-328.

408 *Vide* in dit verband J.M. Hebly, 'De commissaris en het getuigenbewijs. Enige aspecten van verkrijging van getuigenbewijs in het buitenland door commissarissen', *NIPR* 1991, afl. 1-2, p. 15; E.M. Wesseling-van Gent, *Rechtsingang en rechtshulp*, Praktijkreeks IPR, deel 20, Deventer: Kluwer 1994, p. 43; B.J. van het Kaar, *IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging* (diss. Amsterdam VU), Serie Recht en Praktijk, deel 163, Deventer: Kluwer 2008, p. 157-158.

409 Hof Amsterdam (OK) 12 juli 2006, *ARO* 2006/131, r.o. 3.15 (*Beck & Millan*); hof Amsterdam (OK) 14 maart 2013, *ARO* 2013/48, r.o. 3.8 (*Novero*).

410 *PbEG* 2001, L 174/1.

411 *Vide* ook *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, 3, p. 8 (MvT); *Kamerstukken II* 2011/12, 32887, 6, p. 2 (NV). *Vide* voorts SER-advies 1989, p. 11. *Vide* bovendien Uniken Venema 1996, *op. cit.*, p. 182; Geerts 2004, *op. cit.*, p. 115 en 129; conclusie, onder 3.29, van A-G Timmerman bij HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/147, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/126, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Zeelandia*).

412 *Vide* ook SER-advies 1989, p. 11.

van het eerderbedoelde inzicht zodanig veel bij een buitenlandse groepsmaatschappij moet onderzoeken dat daardoor het zwaartepunt van het naar het beleid en gang van zaken van een Nederlandse groepsmaatschappij bevolen onderzoek bij haar komt te liggen, dan wordt de eerstgenoemde groepsmaatschappij bijgevolg feitelijk voorwerp van onderzoek gemaakt, in welke omstandigheden het mede (formeel) gelasten van een onderzoek naar haar beleid en de gang van zaken – in welk geval zij dan eveneens subject van enquête wordt – geïndiceerd is, zij het dat zulks naar huidig recht niet mogelijk is. Naar mijn opvatting is, gelet op het systeem van de huidige enquêteregeling alsmede gelet op het doel en de strekking ervan, een uitbreiding van het object van enquête in voege als hierboven bedoeld niet geoorloofd. Ik kan mij dan ook niet verenigen met de gang van zaken in de *Fortis*-zaak. In die zaak overwoog de Ondernemingskamer het volgende:

> '(…) Het te bevelen onderzoek zal daarom enkel Fortis N.V. betreffen. Wat betreft de positie van Fortis S.A./N.V. te dezen, volstaat de Ondernemingskamer met de constatering dat, *gezien hetgeen over de groepsstructuur van Fortis is gebleken [Fortis had een binationale structuur, toev. RPJ], een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Fortis N.V. de facto tevens een zodanig onderzoek met betrekking tot Fortis S.A./N.V. zal zijn* [curs. RPJ]. (…).'[413]

In hun verslag merkten de onderzoekers daar het volgende over op:

> '(...) Het onderzoek strekte zich dan ook niet zo zeer [*sic*] mede feitelijk uit tot Fortis S.A./N.V., maar betrof – praktisch gesproken – *primair* [curs. RPJ] Fortis S.A./N.V. en daarmee formeel ook Fortis. *Het onderzoek heeft zich dus grotendeels in een Belgische context afgespeeld* [curs. RPJ] (…).'[414]

Mijns achtens is de bovenbedoelde uitbreiding van het object van enquête (veel) te ver gegaan, aangezien Fortis S.A./N.V. *de facto* voorwerp van onderzoek is gemaakt. In dezen had de Ondernemingskamer evenals de onderzoekers moeten accepteren dat er grenzen zijn aan de exterritoriale werking van het huidige Nederlandse enquêterecht, hoe jammer dat ook moge zijn.[415]

---

413 Hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *JOR* 2009/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2009/13, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.17 (*Fortis*).

414 Onderzoeksverslag Fortis N.V., deel I, p. 19 (onder 16). Te raadplegen op <www.rechtspraak.nl>. *Vide* ook Bartmans noot bij hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *JOR* 2013/41, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2012/71, m.nt. S.M. Bartman (*Fortis*).

415 *Vide* ook G.J.H. van der Sangen, 'Bescherming van beleggers in Nederland: de *Fortis*-case', *TvOB* 2013/2, p. 65-66 en het door hem aangehaalde.

5.3 Tussenconclusie

Indien een houder van (certificaten van) aandelen van een Nederlandse moedermaatschappij de Ondernemingskamer op de voet van art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW verzoekt om het gelasten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van die vennootschap alsmede van een of meer van haar in andere (niet-) lidstaten zetelende dochtermaatschappijen, dan dringt als eerste de vraag naar rechtsmacht zich op. Een enquêtezaak kan mijns inziens worden gekwalificeerd als een burgerlijke of handelszaak als bedoeld in art. 1, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II. Ten aanzien van de groepsmaatschappij die haar woonplaats op het grondgebied van een lidstaat heeft, geldt dat zij volgens de hoofdregel als bedoeld in art. 4 EEX-Vo II dienen te worden opgeroepen voor het *forum rei*, zodat de Ondernemingskamer zich in zoverre onbevoegd zal moeten verklaren. Hoewel er in een geval als hier aan de orde sprake is van een pluraliteit van verweerders, kan zij, naar het mij voorkomt, niet dienen als een *forum connexitatis* in de zin van art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II, nu (in ieder geval) niet zal zijn voldaan aan het vereiste van eenzelfde situatie rechtens. Verder is de exclusieve bevoegdheidsregel als neergelegd in art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II hier niet van toepassing en kan via een forumkeuze *ex* art. 25 EEX-Vo II de Ondernemingskamer niet met rechtsmacht worden bekleed. Wel acht ik het mogelijk dat haar uit dien hoofde rechtsmacht wordt ontnomen door een rechter in een andere lidstaat bevoegd te maken voor het beslechten van geschillen die normaliter aan haar worden voorgelegd op de voet van art. 2:345 BW.

Ten aanzien van de groepsmaatschappij die haar woonplaats op het grondgebied van een niet-lidstaat heeft, kan de Ondernemingskamer haar rechtsmacht in beginsel stoelen op art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv. Vervolgens komt de vraag naar de *lex causae*, meer specifiek de *lex societatis*, aan bod. Daartoe is het conflictenrecht als verankerd in art. 10:117 *et seq.* BW van belang. Uit art. 10:118 BW volgt dat Nederland het incorporatiestelsel aanhangt. Aan de hand van de twee daarin opgenomen vereisten zal moeten worden bepaald welk recht als incorporatierecht van de betrokken vennootschap heeft te gelden. De reikwijdte van het door onze verwijzingsregel als toepasselijk aangewezen buitenlandse rechtsstelsel dat door de Ondernemingskamer behoort te worden toegepast, wordt bepaald door art. 10:119 BW. Hoewel in de daarin opgenomen catalogus van onderwerpen het enquêterecht niet voorkomt, blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat het onder het incorporatierecht valt. Kent men in de staat op wiens grondgebied de te enquêteren groepsmaatschappij zetelt, een enquêteregeling, dan dient de Ondernemingskamer deze toe te passen. Voor het toepassen van de regeling als neergelegd in afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 BW bestaat geen ruimte, ook niet ingeval men in de bovenbedoelde staat geen enquêteregeling kent, in welk geval het enquêteverzoek in zoverre niet voor toewijzing in aanmerking kan komen. Pas als – het betreft een illusoire situatie – de Ondernemingskamer bevoegd zou zijn én het Nederlandse recht als

incorporatierecht is aangewezen, komt toetsing aan art. 2:344 BW in beeld. Het enquêterecht is beperkt tot de daarin genoemde rechtspersonen. Nu het hier gaat om een buitenlandse rechtspersoon, moet de verzoeker in zijn daarop gerichte verzoek in zoverre niet-ontvankelijk worden verklaard. De Ondernemingskamer verliest deze volgorde uit het oog.

Hoofdstuk 6

KENBAARMAKING BEZWAREN

In deze paragraaf staat de vraag centraal of de indiener van het verzoek tot het gelasten van een concerngenotenenquête – op straffe van niet-ontvankelijkheid – van tevoren zijn bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken aan de respectieve besturen en raden van commissarissen, zo die er zijn, van alle in die enquête te betrekken vennootschappen kenbaar moet hebben gemaakt, een en ander uit hoofde van art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW.

Volgens Bartman, Dorresteijn en Olaerts heeft de Ondernemingskamer deze vraag in haar *Fortis*-beschikking beantwoord, en wel in bevestigende zin.[1] In die beschikking overwoog zij dat het te bevelen onderzoek enkel Fortis N.V. zou betreffen nu tegen het beleid en de gang van zaken van andere vennootschappen dan deze geen bezwaren waren geuit.[2] Hoewel de Ondernemingskamer in dit verband art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW niet (met zoveel woorden) noemde, lijkt uit de voornoemde beschikking te kunnen worden afgeleid dat zij inderdaad van oordeel is dat de bezwaren (van tevoren) aan alle in de enquête te betrekken groepsmaatschappijen kenbaar moeten zijn gemaakt. Immers, met 'bezwaren' kan worden gedoeld op de bezwaren in het kader van het zo-even genoemde artikel (de bezwarenbrief) of op de bezwaren in het kader van art. 278, eerste lid, eerste volzin, Rv *iuncto* art. 2:350, eerste lid, BW (de onderbouwing van de gegronde redenen-stelling in het verzoekschrift).[3] De Ondernemingskamer sprak van bezwaren tegen het beleid én de 'gang van zaken'. Ten tijde van het geven van de onderhavige beschikking kwamen die woorden echter (nog) niet voor in art. 2:350, eerste lid, BW. Zij sprak

---

1 Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 298. Winters houdt een slag om de arm; *vide* B. Winters, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:349 BW, aant. C.1.9.

2 Hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *JOR* 2009/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2009/13, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.17 (*Fortis*).

3 *Vide* in dat verband hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *JOR* 2009/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2009/13, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.4, *iuncto* r.o. 3.1, en 3.7 (*Fortis*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 10 september 2008, *ARO* 2008/155, r.o. 3.9 (*Janssen*). *Vide* voorts hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *JOR* 2011/282, m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 3.27 (*Synpact*). Vanwege dit onderscheid is het mogelijk om (i) van tevoren bezwaren kenbaar te maken én (daarmee corresponderende of nauw samenhangende) bezwaren ten grondslag te leggen aan de stelling dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen, (ii) wél van tevoren bezwaren kenbaar te maken maar géén (daarmee corresponderende of nauw

dan ook louter van gegronde redenen om te twijfelen aan de juistheid van het 'beleid' van Fortis N.V. (*vide* r.o. 3.7, 3.14 en 3.15). In art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW stonden (en staan) de woorden 'gang van zaken' wél. Dit sluit aan bij de gedachte dat met 'bezwaren' de Ondernemingskamer doelde op de bezwaren als daarin bedoeld.

Andere jurisprudentie van de Ondernemingskamer werpt ook licht op de hierboven aan de orde gestelde vraag.[4] Ik wijs in dat verband op de *Mali Zevenaar*-beschikking,[5] waarin door de gerekestreerde concerngenoten het verweer werd gevoerd dat de verzoeker in zijn verzoek niet-ontvankelijk moest worden verklaard omdat hij zijn bezwaren niet conform art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW 'aan *alle* [curs. RPJ] betrokken vennootschappen' kenbaar had gemaakt. De Ondernemingskamer verwierp dit verweer op, onder andere, de grond dat de bezwaren in een brief door middel van een afschrift daarvan ook aan het bestuur van de gerekestreerde concerngenoten kenbaar waren gemaakt.

Daarnaast zij gewezen op de *Florimarx*-beschikking,[6] waarin werd aangevoerd dat de verzoekster haar bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van de gerekestreerde concerngenoten niet op de voet van art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW aan het bestuur van deze had kenbaar gemaakt. Dit verweer faalde, nu naar het oordeel van de Ondernemingskamer uit de in gang gezette bemiddelingspoging alsmede uit de uitgebrachte dagvaarding in een geschillenprocedure op voldoende duidelijke wijze kon worden opgemaakt welke bezwaren de verzoekster tegen het beleid en de gang van zaken van de gerekestreerde concerngenoten had.

Tevens is noemenswaardig de *Knapen*-beschikking,[7] waarin ook een op art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW gebaseerd niet-ontvankelijkheidsverweer werd gevoerd, houdende dat de bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van de concerngenoten niet, althans niet voldoende, van tevoren schriftelijk kenbaar waren gemaakt en hen geen, althans onvoldoende, gelegenheid was gegeven die bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen. Dit verweer strandde, aangezien volgens de Ondernemingskamer de tussen betrokkenen in die zaak gerezen verschillen van inzicht onderwerp waren van een briefwisseling en inzet waren geweest van een kort geding alsmede waren zij niet meer oplosbaar, op welke wijze

---

samenhangende) bezwaren ten grondslag te leggen aan, kort gezegd, de gegronde redenen-stelling, (iii) níét van tevoren bezwaren kenbaar te maken maar wél bezwaren (lees: argumenten) ten grondslag te leggen aan de gegronde redenen-stelling of (iv) van tevoren bezwaren kenbaar te maken noch bezwaren aan die stelling ten grondslag te leggen.

4 *Vide* naast de te bespreken jurisprudentie ook hof Amsterdam (OK) 6 juni 2003, *ARO* 2003/98, r.o. 3.1 (*Mc Veldt*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2006, *ARO* 2007/4, r.o. 3.5 (*Woudwood*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33, r.o. 3.5 (*MEI*); hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24, r.o. 3.2-3.3 (*Blue*). *Vide* bovendien hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/9, r.o. 2.9 en 3.1-3.2 (*Kruisheer Elffers*).

5 Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129, r.o. 3.1 (*Mali Zevenaar*).

6 Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/84, r.o. 3.1 (*Florimarx*).

7 Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2005, *ARO* 2005/98, r.o. 3.1 (*Knapen*).

er voldaan was aan de ratio van het hierboven genoemde artikel en de concerngenoten zich door het onderhavige verzoek niet overvallen hadden kunnen voelen.

Voorts is vermeldenswaardig de *Van Doorn*-beschikking,[8] waarin, onder andere, de verwerende dochtermaatschappij aanvoerde dat de verzoekster in haar verzoek, voor zover dat haar betrof, niet-ontvankelijk moest worden verklaard omdat zij niet had voldaan aan het bepaalde in art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW. De Ondernemingskamer volgde haar niet in dat betoog. Zo moest het die dochtermaatschappij uit de vele toentertijd aanhangige procedures volstrekt duidelijk zijn geweest welke bezwaren er tegen de verkoop van bepaalde dochtermaatschappijen bestonden.

Bovendien mag niet onbesproken blijven de *ITpreneurs*-beschikking,[9] waarin, onder andere, de verwerende concerngenoten een op art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW gebaseerd niet-ontvankelijkheidsverweer opwierpen, houdende, onder andere, dat de verzoekster haar bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van hen niet van tevoren schriftelijk kenbaar had gemaakt, althans dat zij haar bezwaren niet, zoals vereist, specifiek aan de respectieve concerngenoten had gericht. Dit verweer werd door de Ondernemingskamer verworpen, onder andere omdat in het licht van de inhoud van brieven, besprekingen en geuite onvrede het voor de verweersters duidelijk moest zijn geweest dat en welke bezwaren bij de verzoekster tegen het beleid en de gang van zaken van hen bestonden. Wat betreft de stelling van de concerngenoten, indien al juist, dat onvoldoende duidelijk was welke bezwaren zich specifiek richtten tegen de ene verweerster en welke bezwaren zich specifiek richtten tegen de andere verweerster, merkte de Ondernemingskamer op dat, gelet op de verwevenheid van de vennootschappen in het desbetreffende concern en de diverse posities van bepaalde personen daarin, die stelling niet afdeed aan het falen van het vorenbedoelde verweer, te minder nu een van de bezwaren van de verzoekster juist was de door de verweersters veroorzaakte onduidelijkheid van haar respectieve posities in het evenbedoelde concern.

Verder breng ik onder de aandacht de *Celco*-beschikking,[10] waarin de verwerende concerngenoten betoogden dat de verzoeker niet in zijn verzoek kon worden ontvangen nu hij zijn bezwaren tegen hun beleid en gang van zaken niet van tevoren kenbaar had gemaakt. Volgens de Ondernemingskamer ging zulks niet op, aangezien de verzoeker bij een bepaalde brief aan de enig bestuurder van de gerekestreerde moedermaatschappij – die, op haar beurt, het bestuur van haar gerekestreerde dochtermaatschappij vormde – zijn bezwaren tegen bepaalde aspecten van het beleid en de gang van zaken van de gerekestreerde concerngenoten had kenbaar gemaakt.

8 Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.1 (*Van Doorn*).

9 Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/46, r.o. 3.1-3.2 (*ITpreneurs*).

10 Hof Amsterdam (OK) 29 april 2010, *ARO* 2010/72, r.o. 3.1-3.2 (*Celco*).

Eveneens interessant is de *Boon*-beschikking,[11] waarin door de verwerende concerngenoten werd aangevoerd dat de verzoekster niet in haar verzoek kon worden ontvangen vanwege het niet in acht hebben genomen van het bepaalde in art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW nu zij nimmer concrete bezwaren tegen hun beleid of gang van zaken had kenbaar gemaakt en dat zij dus evenmin in de gelegenheid waren gesteld aan eventuele bezwaren tegemoet te komen. De Ondernemingskamer ging daar niet in mee, omdat naar haar oordeel, gelet op een bepaalde brief en de daaraan voorafgaande communicatie tussen partijen, niet kon worden volgehouden dat de verweersters niet voldoende met de bezwaren van de verzoekster bekend waren en dat deze ruim een maand later niet redelijkerwijs mocht veronderstellen dat zij niet in haar bezwaren tegemoet zou worden gekomen. Voorts overwoog zij dat die brief weliswaar niet mede aan een van de gerekestreerden was geadresseerd, maar dat haar bestuurder, mede gezien de materiële personele unie tussen de besturen van de respectieve gerekestreerde concerngenoten, geacht moest worden feitelijk van die bezwaren tegen haar beleid had kennisgenomen.

Daarenboven is belangwekkend de *Three Ships*-beschikking,[12] waarin twee belanghebbenden een art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW-verweer opwierpen, houdende dat de in het verzoekschrift verwoorde bezwaren reeds door het bestuur waren geadresseerd en dat partijen in overleg waren over te nemen maatregelen, waarvan een redelijke termijn nog niet was verstreken. De Ondernemingskamer stelde te dier zake voorop dat dit verweer slechts toekwam aan de verweersters. Nu het door hen niet was gevoerd, liep het bovenbedoelde verweer reeds daarop vast. Ten overvloede overwoog de Ondernemingskamer dat niet aannemelijk kon worden geacht dat voor bepaalde kwesties binnen een afzienbare tijd orde op zaken kon worden gesteld en dat niet gezegd kon worden dat de verwerende concerngenoten tegemoet waren gekomen aan de bezwaren van verzoeksters en dat zij daarom in hun verzoek niet-ontvankelijk waren.

Buitendien mag niet onvermeld blijven de *Iszgro*-beschikking,[13] waarin de Ondernemingskamer overwoog dat voor zover de gerekestreerden zich erop beriepen dat de verzoeksters niet van tevoren hun bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken aan het bestuur hadden kenbaar gemaakt zodat zij niet in hun verzoek konden worden ontvangen, zij hen daarin niet volgde, aangezien de Ondernemingskamer van oordeel was dat de verzoeksters hun (belangrijkste) bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van de verwerende concerngenoten in een bepaalde algemene vergadering op voldoende wijze kenbaar hadden gemaakt, een en ander overeenkomstig art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW.

11 Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2010, *ARO* 2010/112, r.o. 3.1 en 3.4 (*Boon*).
12 Hof Amsterdam (OK) 12 december 2013, *ARO* 2014/6, r.o. 3.1-3.2 (*Three Ships*).
13 Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18, r.o. 3.3-3.4 (*Iszgro*).

Ook vestig ik de aandacht op de *Phanos Reit*-beschikking,[14] waarin de verwerende vennootschappen (*vide infra*) aanvoerden dat de verzoekers niet in hun verzoek, om een onderzoek bij, kort gezegd, Phanos Reit, Phanos Fund I en Phanos Fund II, konden worden ontvangen omdat zij hadden nagelaten op de voet van het bovenvermelde artikel hun bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken van tevoren schriftelijk aan het bestuur kenbaar te maken. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer trof dit verweer doel, nu niet viel in te zien hoe het bestuur van de respectieve verweersters uit bepaalde correspondentie kon of had moeten begrijpen dat het hier ging om bezwaren tegen het gevoerde beleid. Eerst uit het verzoekschrift bleek dat de verzoekers het ontbreken van (gevraagde) informatie hadden aangevoerd als bezwaar tegen het beleid en de gang van zaken van de hier bedoelde vennootschappen, waardoor zij hen de gelegenheid hadden ontnomen maatregelen te treffen ter opheffing van dat bezwaar. Toen de enquêtezaak opnieuw werd aangebracht[15] werd wederom naar voren gebracht dat de verzoekers niet in hun verzoek konden worden ontvangen vanwege het hebben nagelaten van tevoren tegen het beleid en de gang van zaken van de verweersters schriftelijk hun bezwaren aan – naar ik begrijp: de besturen –[16] van die vennootschappen kenbaar te maken. Ditmaal echter vruchteloos. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer hadden de besturen van de enquêtesubjecten namelijk uit een bepaalde brief kunnen of moeten begrijpen dat het hier ging om bezwaren tegen het door die vennootschappen gevoerde beleid. Volgens haar kon niet gezegd worden dat de verweersters onvoldoende bekend waren met de bezwaren en/of onvoldoende tijd was gegund deze te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen.

In de *Clifden*-beschikking werd het verweer gevoerd dat de verzoeker niet in zijn op een dochter- en kleindochtermaatschappij van de vennootschap in wier geplaatste kapitaal hij aandelen hield kon worden ontvangen omdat hij tegen hun beleid en gang van zaken geen bezwaren kenbaar had gemaakt, welk verweer door de Ondernemingskamer werd verworpen, aangezien moest worden aangenomen dat de verweersters de bezwaren redelijkerwijs niet anders konden opvatten dan gericht tegen het beleid van zowel Clifden als van Rand en Tuindorp, dit in het licht hiervan dat Clifden enig aandeelhouder van Rand was en deze enig aandeelhouder van Tuindorp was en er tussen hun besturen een volledige personele unie bestond, tegen welke achtergrond niet voldoende was weersproken dat er bij Rand en Tuindorp geen sprake was van enig ten opzichte van Clifden zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid, waardoor het beleid en de gang van zaken van Rand en Tuindorp de belangen van de verzoeker als aandeelhouder van Clifden evenzeer en op

14 Hof Amsterdam (OK) 3 december 2014, *ARO* 2015/29, r.o. 3.2 en 3.4-3.6 (*Phanos Reit*).

15 Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171, r.o. 3.3 (*Phanos Reit*).

16 De Ondernemingskamer sprak van 'het bestuur van Phanos Reit c.s.'. Dat zij niet sprak van 'besturen' maar van 'bestuur', houdt (kennelijk) verband met het gebruik van 'c.s.'.

gelijke wijze raakte als het beleid en de gang van zaken van Clifden zelf, reden waarom de verzoeker mede enquêtegerechtigd was ten aanzien van Rand en Tuindorp, alsmede in aanmerking nemende de door de verzoeker voorafgaand aan de enquêteprocedure geuite bezwaren.[17]

Evenmin trof het op art. 2:349, eerste lid, BW gestoelde verweer doel in de *RTC*-beschikking,[18] waarin de verweersters, RTC en RTC Franchise, erover klaagden dat de verzoekers niet (i) inhoudelijk hadden gereageerd op hun schriftelijke reactie op de bezwarenbrief, (ii) bereid waren gebleken over hun bezwaren overleg te voeren met het bestuur van RTC en van RTC Franchise; en (iii) hun bezwaren hadden voorgelegd aan de algemene vergadering (van aandeelhouders). Naar het oordeel van de Ondernemingskamer hadden de verzoekers namelijk hun bezwaren voldoende kenbaar gemaakt en waren zij, gegeven de afwijzende reactie van RTC en RTC Franchise op hun bezwarenbrief, niet gehouden – op straffe van niet-ontvankelijkheid – tot nader overleg en evenmin om hun bezwaren te doen agenderen op een aandeelhoudersvergadering.

Vruchteloos was ook het art. 2:349 BW-verweer in de *4Apps*-beschikking.[19] De Ondernemingskamer oordeelde, voor zover hier van belang, dat de bezwaren van de verzoeksters al eerder mondeling veelvuldig waren geuit en de (bezwaren)e-mail moest ook om die reden voor de 'verweersters' duidelijk zijn geweest.

Aan deze lijst van uitspraken kan worden toegevoegd de *Sequoia*-beschikking.[20] Daarin werd het verweer gevoerd dat de verzoekster niet-ontvankelijk in haar verzoek was nu zij haar bezwaren niet schriftelijk van tevoren kenbaar had gemaakt aan Sequoia en haar dochtervennootschappen. Niettemin tevergeefs; de Ondernemingskamer overwoog namelijk dienaangaande dat in e-mails en brieven, in een notitie en in diverse procedures tussen partijen de in de onderhavige procedure geuite bezwaren voldoende kenbaar waren gemaakt aan de evenbedoelde vennootschappen.

Tot slot noem ik de *JBNT*-beschikking.[21] In deze zaak voerden 'Alpha c.s.', de onderliggende te enquêteren vennootschappen, schending van het bepaalde in art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW aan; niet-ontvankelijkheid moest volgen. De enquêteverzoekster betoogde daarentegen dat een bepaalde brief en e-mail dienden te worden aangemerkt als een art. 2:349, eerste lid, BW-brief, dit echter zonder succes, aangezien naar het oordeel van de Ondernemingskamer die stukken niet konden worden gekwalificeerd als het kenbaar maken van bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van de vorenbedoelde verweersters; die stukken waren immers gericht aan de echtscheidingsadvocaat van een belanghebbende 'en niet

17 Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165, r.o. 3.6-3.7 (*Clifden*).
18 Hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191, r.o. 3.3 (*RTC*).
19 Hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7, r.o. 3.2-3.3 (*4Apps*).
20 Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2017, *ARO* 2017/118, r.o. 3.3 (*Sequoia*).
21 Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, *ARO* 2019/29, r.o. 3.5 en 3.7 (*JBNT*).

gericht of geadresseerd aan het bestuur van Alpha c.s. en bevatten geen bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van Alpha c.s.'. Mede gelet hierop, volgde niet-ontvankelijkheid.

Mij is geen beschikking bekend waarin de Ondernemingskamer met zoveel woorden heeft overwogen dat de verzoeker – op straffe van niet-ontvankelijkheid – van tevoren zijn bezwaren tegen het beleid en/of de gang van zaken van alle in de concerngenotenenquête te betrekken vennootschappen (schriftelijk) kenbaar moet hebben gemaakt (lijn één), noch is mij een beschikking bekend waarin zij uitdrukkelijk heeft overwogen dat de verzoeker kan volstaan met de kenbaarmaking van bezwaren tegen het beleid en/of de gang van zaken van de bovenliggende vennootschap (*i.e.* de topvennootschap), waarvan hij aandeel- of certificaathouder is (lijn twee). Niettemin kan uit de hiervoor besproken jurisprudentie, in onderling verband en samenhang beschouwd, worden afgeleid dat de Ondernemingskamer op de eerstbedoelde lijn zit; zij ging daarin immers na een op art. 2:349, eerste lid, BW gegrond verweer van (mede) een of meer onderliggende te enquêteren vennootschappen na of de bezwaren inderdaad niet conform dat artikel te hunnen aanzien kenbaar waren gemaakt, hetwelk niet in de rede zou liggen indien zij op de laatstbedoelde lijn zou zitten.

Bovendien maak ik uit die jurisprudentie op dat, in geval van een concerngenotenenquête, er weliswaar tegen het beleid en/of gang van zaken van (mede) de onderliggende vennootschap bezwaren dienen te bestaan, maar zij niet noodzakelijkerwijs aan háár bestuur en, zo die er is, háár raad van commissarissen kenbaar behoeven te worden gemaakt als er sprake is van een, al dan niet materiële, personele unie; in dat geval zouden die bezwaren ook – zonder in strijd te komen met art. 2:349, eerste lid, BW – aan het bestuur en, zo die er is, de raad van commissarissen van de bovenliggende vennootschap kenbaar kunnen worden gemaakt. Waar het, als ik de Ondernemingskamer goed begrijp, om gaat is dat, kort gezegd, de eerstbedoelde vennootschap, al dan niet *de facto*, van die bezwaren op de hoogte is gebracht, of geacht moet worden daarvan (feitelijk) kennis te hebben genomen. Het is aan de enquêtesubjecten om in geval van schending van voormeld artikel een exceptie van niet-ontvankelijkheid op te werpen.

Overigens sta ik nog stil bij de opinies in de literatuur. Geerts[22] en Winters[23] zijn van mening dat de bezwaren aan alle in de concern(genoten)enquête te betrekken vennootschappen kenbaar moeten worden gemaakt.[24] Op die lijn zit ook Ziekman,

22 Geerts 2006, *op. cit.*, p. 15; P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:346 BW, aant. 5.7.

23 B. Winters, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:349 BW, aant. C.1.9. Volgens Winters ligt zulks in geval van een concern(genoten)enquête voor de hand.

24 *Vide* ook de conclusie, onder 2.15, van A-G Timmerman bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*); Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/739.

die de mening huldigt dat de bezwaren mede aan de besturen en, zo die er zijn, aan de raden van commissarissen van de in de enquête te betrekken dochtermaatschappijen moeten worden geuit.[25] Volgens Van Wijk hoeft de verzoeker geen 'separate' bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van een dochtermaatschappij te uiten, met dien verstande dat binnen haar geen sprake is van enig ten opzichte van haar moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid.[26] Bartman is de volgende mening toegedaan.[27] Naar zijn mening is, gelet op in 's Hogen Raads *Landis*-beschikking voorkomende zinsnede 'dat binnen de dochtermaatschappijen geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid',[28] het van tevoren aan de organen van de dochtermaatschappijen kenbaar maken van bezwaren een 'betekenisloze geste', nu zij niet in staat zijn zelfstandig die bezwaren te onderzoeken en, desmogelijk, naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen, waarmee tevens de ratio voor een 'afzonderlijke' kennisgeving van die bezwaren ontvalt. Het van tevoren kenbaar maken van de bezwaren aan het bestuur en aan de raad van commissarissen, zo die er is, van de moedermaatschappij volstaat daarom, aldus Bartman.[29]

Er zij vooropgesteld dat, als ik dat goed zie, in zijn betoog – terecht – niet ter discussie staat dat (ook) in de hogergenoemde situatie zowel tegen het beleid of de gang van zaken van een moedermaatschappij als tegen het beleid of de gang van zaken van haar dochtermaatschappij al dan niet verschillende bezwaren kunnen bestaan en dát die bezwaren van tevoren kenbaar moeten worden gemaakt, nu dat het systeem van de huidige – aan de enkelvoudige vennootschap vastgeknoopte – enquêteregeling is en een concernrelatie tussen twee enquêtesubjecten dat niet anders maakt; zonder eigen regeling, die ontbreekt, moet een (in te dienen) concerngenoten-enquêteverzoek zoveel mogelijk volgens de thans vigerende spelregels van afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 BW worden behandeld en bijgevolg juridisch worden gezien als op separate vennootschappen gerichte (te richten) verzoeken. Wél staat daarin ter discussie de vraag aan wié die bezwaren van tevoren kenbaar moeten worden gemaakt: enkel aan het bestuur en, zo die er is, de raad van commissarissen van eerstgenoemde of – mede – (apart) aan het bestuur en, zo die er is, de raad van commissarissen van laatstgenoemde? Bartman en Van Wijk kiezen (kennelijk) voor

25 M. Ziekman, 'Landis-uitspraak gaat uit van economische werkelijkheid', *Advocatenblad* 2005/8, p. 396.

26 Van Wijk 2009, *op. cit.*, p. 15.

27 *Vide* Bartman 2005, *op. cit.*, p. 556.

28 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).

29 Verderop merkte hij in Bartman 2005, *l.s.c.* het volgende op: 'Een andere vraag is natuurlijk of het voor een verzoeker niet verstandig zou zijn om ook op dochterniveau tijdig van zijn bezwaren te doen blijken. Zeker waar er twijfels zijn over de feitelijke manoeuvreerruimte van het dochterbestuur is dit aan te bevelen.'

de eerste optie, terwijl Geerts, Winters en Ziekman (kennelijk) voor de tweede optie kiezen.

Mijns inziens beantwoorden beide opties aan het doel en de strekking van art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW. Enerzijds bestaat er geen enkel bezwaar tegen om, al dan niet zekerheidshalve, ook van tevoren bezwaren kenbaar te maken aan het bestuur en, zo die er is, de raad van commissarissen van de dochtermaatschappij, temeer wanneer er een of meer bestuurders van de (mede) te enquêteren dochtermaatschappij niet eveneens in het bestuur van de te enquêteren moedermaatschappij zitten. Anderzijds brengt een redelijke en op de praktijk toegesneden wetstoepassing mee dat indien er binnen een dochtermaatschappij geen sprake is van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid, waarvan, in ieder geval, sprake is als de besturen van de moedermaatschappij en haar 100%-dochtermaatschappij een (vrijwel) volledige personele unie vormen, dat liet de Hoge Raad namelijk voorafgaan aan de hierboven door Bartman aangehaalde zinsnede, er volstaan kan worden met het van tevoren kenbaar maken van de bezwaren tegen het beleid van eerstgenoemde aan het bestuur en, zo die er is, de raad van commissarissen van laatstgenoemde, nu in een dergelijke situatie zulk een beleidsautonomieloze (of ruimer: bestuursautonomieloze) dochtermaatschappij feitelijk kan worden beschouwd als een verlengstuk van haar moedermaatschappij. Het enige verschil hiertussen is dat in de ene situatie de dochtermaatschappij *de iure* (*et de facto*) van de bezwaren op de hoogte is gebracht, terwijl in de andere situatie zij daar *de facto* van op de hoogte is gebracht. Beide situaties beantwoorden, zoals gezegd, aan het doel en de strekking van art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW en sluiten aan bij de OK-rechtspraak.

Ik rond af. Het antwoord op de vraag of de indiener van het verzoek tot het gelasten van een concerngenotenenquête – op straffe van niet-ontvankelijkheid – van tevoren zijn bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken aan de respectieve besturen en raden van commissarissen, zo die er zijn, van alle in die enquête te betrekken vennootschappen kenbaar moet hebben gemaakt, een en ander uit hoofde van art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW, dient in het licht van de rechtspraak van de Ondernemingskamer bevestigend te luiden, waarbij ik mij haast om aan te tekenen dat die verzoeker weliswaar zijn bezwaren mede van tevoren aan de te enquêteren onderliggende vennootschap(pen) kenbaar moet maken, maar dat zulks niet noodzakelijkerwijs in strikt juridische zin aan hun evenbedoelde organen behoeft te worden gedaan als de (bestuurder(s) van de) bovenliggende vennootschap (tevens) bestuurder(s) van haar onderliggende vennootschap(pen) is (zijn), in welk geval volstaan zou kunnen worden met het kenbaar maken van die bezwaren aan (het bestuur van) die bovenliggende vennootschap, aangezien (het bestuur van) die onderliggende vennootschap alsdan *de facto* van de tegen haar beleid of gang van zaken levende bezwaren op de hoogte is gebracht dan wel geacht kan worden daarvan op de hoogte te zijn.

Hoofdstuk 7

ENQUÊTEBEVOEGDHEID HOUDERS VAN (CERTIFICATEN VAN) AANDELEN

7.1 Rechtspraak Hoge Raad

7.1.1 Inleiding

In de *Slotervaartziekenhuis*-beschikking,[1] waarin de *Chinese Workers*-beschikking[2] werd verduidelijkt,[3] overwoog de Hoge Raad – onder verwijzing naar zijn 'vaste rechtspraak', houdende zijn beschikkingen inzake *Scheipar*,[4] *Landis*,[5]

1 HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten, *AA* 2014/10, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2014/109, m.nt. P. Haas, r.o. 5.2.2 (*Slotervaartziekenhuis*). *Vide* ook de conclusie, onder 5.5-5.6, van A-G Timmerman bij deze beschikking.

2 HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk (*Chinese Workers*).

3 Aldus ook Assink in zijn noot, onder 4, bij HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk (*Chinese Workers*); J.H. Lemstra en T. Salemink, 'Kroniek enquêterecht 2014', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 11; A-G Timmerman in zijn conclusie, onder 3.16-3.17, bij HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*). Kennelijk evenzo K. Spruitenburg, 'De economische gerechtigdheid in het enquêterecht: follow the money', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer en als vice-president van het Gerechtshof Amsterdam*, Prinsengrachtreeks, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 473; Oosterhoff 2017, *op. cit.*, p. 139. Anders: Van Schilfgaarde in zijn noot, onder 1, bij deze beschikking.

4 HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart (*Scheipar*).

5 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*). Volgens Spruitenburg 2015, *op. cit.*, p. 473 (voetnoot 51) hoort deze beschikking niet in het rijtje van vaste rechtspraak thuis. Daar sluit ik mij bij aan; *vide* (nader) § 7.1.3.1.3.

e-Traction,[6] *Butôt*[7] en *TESN*,[8] dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat, voor de toepassing van art. 2:346, eerste lid, onderdeel b, (oud) BW (thans: art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW), de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft, aan een houder van (certificaten van) aandelen dient te worden gelijkgesteld, indien en voor zover dat belang van die kapitaalverschaffer op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeel- of certificaathouder van die vennootschap, hetgeen zal afhangen van de concrete feiten en omstandigheden van het geval.

Aangezien de Hoge Raad in zijn verwijzing naar de hogergenoemde trits uitspraken mede naar zijn *Landis*-beschikking verwees, waarmee hij lijkt te suggereren dat de bovenbedoelde regel eveneens daaruit kan worden gefilterd, koers ik niet rechtstreeks op die beschikking aan, maar bespreek ik in het navolgende eerst de hierboven bedoelde elementen 'verschaffer van risicodragend kapitaal', 'eigen economisch belang' en 'op één lijn stellen'.[9] Vervolgens komt de hierboven genoemde vaste rechtspraak aan de orde. Daarbij zal ik mij beperken tot de beschikkingen waarin aandacht is besteed aan de concerngenotenenquête: *Landis* (§ 7.1.3.1) en *TESN* (§ 7.1.3.2). De overige (delen van die) uitspraken, hoe interessant ook, zullen bijgevolg niet (apart) worden besproken.

6 HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/226, m.nt. G. van Solinge (*e-Traction*). Het ontgaat mij waarom de Hoge Raad deze beschikking in dat rijtje heeft opgenomen. In die richting ook Assink in zijn noot, onder 3, bij HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/ 6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk (*Chinese Workers*); Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1636; Bulten 2014, *op. cit.*, p. 6 (voetnoot 12); Spruitenburg 2015, *l.s.c.* Deze beschikking valt mijns inziens niet onder de 'vaste rechtspraak'. Hetzelfde geldt, zoals gezegd, voor 's Hogen Raads hiervoor genoemde *Landis*-beschikking, waarover ik nog kom te spreken. In gelijke zin Spruitenburg 2015, *l.s.c.*; Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 108 (voetnoot 403); conclusie, onder 3.15 (voetnoot 40), van A-G Timmerman bij HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*).

7 HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze (*Butôt*).

8 HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/178, m.nt. A. Doorman, *JIN* 2011/489, m.nt. P. Haas (*TESN*).

9 *Vide* ook S.M. Bartman, 'Het goudschaaltje van Ingelse. Over de enquêtebevoegdheid van afgeleidgerechtigden', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer en als vice-president van het Gerechtshof Amsterdam*, Prinsengrachtreeks, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 46-47.

7.1.2 Drie elementen

7.1.2.1 Verschaffer van risicodragend kapitaal

In deze paragraaf zie ik mij gesteld voor twee vragen, te weten (1) wat moet worden verstaan onder een 'verschaffer van risicodragend kapitaal' en (2) hoever strekt de betekenis van die hiervoor geciteerde woorden.

Beginnend met de eerstbedoelde vraag. Aandelen en kapitaal vormen een eenheid.[10] Het aandeel[11] zélf is een – toekomstig (en voorwaardelijk) – jegens de vennootschap uit te oefenen bijzonder vorderingsrecht,[12] althans, in ieder geval, een vermogensrecht (*vide* art. 3:1 BW *iuncto* art. 3:6 BW *iuncto* art. 3:83, derde lid, BW *iuncto* art. 2:64 (175), eerste lid, BW)[13] van, al dan niet, eigen aard.[14]

---

10 Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 181.

11 *Vide* ook Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 506.

12 M.J.A. van Mourik, 'Economische eigendom en vennootschapsrecht', in: *Economische eigendom. 16e landelijk notarieel studentencongres Leiden, 10 april 1981*, Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap Amsterdam, Ars Notariatus XXIV, Deventer: Kluwer 1981, p. 61. *Vide* bovendien M.J.A. van Mourik, 'Aandelen en nieuw erfrecht', in: *A-T-D. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 316: '[D]at een "aandeel" een *geldvordering* [curs. aut.] voorstelt. (…) De aandeelhouder is een schuldeiser en de BV is de betrokken schuldenaar. Ik weet ook wel dat er met de vordering iets bijzonders aan de hand is, maar dat neemt niet weg dat het een vordering voorstelt.' *Vide* ook M.J.A. van Mourik, 'Noviteiten in de aan de fiscaliteit onderworpen vennootschapspraktijk', in: *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 162 en 166.

13 Blijkens art. 2:87, eerste lid, BW en art. 2:195, vijfde lid, BW kan de overdraagbaarheid van de aandelen worden beperkt, maar niet dusdanig dat de overdracht daarvan (blijvend) onmogelijk of uiterst bezwaarljk wordt.

14 *Vide* J.J. Prinsen, *Converteerbare obligaties. Omzetting van schuld in eigen vermogen* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 79, Deventer: Kluwer 2004, p. 56; *Kamerstukken II* 2008/09, 31058, 6, p. 46 (NV); Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/ 286. *Vide* ook Prinsen, *op. cit.*, p. 58: 'Het aandeel is een recht van de aandeelhouder jegens de NV op (een deel van) haar geplaatste kapitaal.' (voetnoot verwijderd) *Vide* voorts E.Chr. Bos, *Vruchtgebruik op aandelen. Over de grenzen van goederenrecht, erfrecht en vennootschapsrecht* (diss. Maastricht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 84, Deventer: Kluwer 2005, p. 101: '[H]et aandeel zelf wordt (…) als vermogensrecht gekwalificeerd.' *Vide* bovendien S.E. Eisma, 'Definitie van effecten', in: F.H.J. Mijnssen, S. Perrick en W.A.K. Rank (red.), *Geldige effecten. Capita selecta recht van effecten- en geldverkeer. Bundel uitgegeven ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van het Amsterdams Juridisch Genootschap 'Notariële Vereniging'*, Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf, NIBE Bankjuridische Reeks, nr. 39, Amsterdam: NIBE 1999, p. 16: 'Niet in geschil is dat een aandeel een vermogensrecht en dus een goed is in de zin van artikel 3:1 B.W. (…).' *Vide* tevens Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 491 (alsmede p. 674): 'Een aandeel omvat – naast een plicht voor de aandeelhouder tot volstorting ervan (…) – een door de aandeelhouder jegens de vennootschap uit te oefenen recht van eigen aard, dat in beginsel overdraagbaar is (het aandeel valt in het vermogen van de aandeelhouder) en dat kan worden gebracht onder het begrip "vermogensrecht" in art. 3:6 BW en het begrip "goed" in art. 3:1 BW (…).'

Daarnaast is áán het aandeel een tweeërlei rechten verbonden, te weten zeggenschapsrechten, zoals het recht om de algemene vergadering bij te wonen, daarin het woord te voeren en het stemrecht uit te oefenen (*vide* art. 2:117 (227) en art. 2:118 (228) BW), en financiële rechten, zoals het, in beginsel,[15] recht op winst[16] (art. 2:105 (216) BW) en het recht om te delen in het, indien aanwezig, liquidatiesaldo (art. 2:23b, eerste lid, BW[17]),[18] welke laatstbedoelde rechten

Vide buitendien S. Perrick, *Het belang van het vermogensrecht voor de beoefenaar van het vennootschapsrecht* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2012, p. 17, alwaar hij stelde dat volgens art. 3:6 BW aandelen onder de definitie van 'vermogensrechten' vallen. *Vide* daarnaast Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 136: 'Het aandeel is een recht dat behoort tot het vermogen van de aandeelhouder en dat aandeel heeft betrekking op het vermogen van de vennootschap. Men zegt wel dat de aandeelhouders tezamen "economisch eigenaar" zijn van het vermogen van de vennootschap, al moet dit in geval van winstrechtloze aandelen bij een BV worden genuanceerd.'

15 Bij de statuten kan worden bepaald dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding geen recht, of slechts een beperkt recht, geven tot deling in de winst of reserves van de (besloten) vennootschap; *vide* art. 2:216, zevende lid, BW.

16 Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 485 spreekt van '*beschikkingsrecht* [curs. RPJ] op de voor uitkering vatbare winst'.

17 *Vide* echter ook art. 2:23a, vijfde lid, BW, waarin, voor zover hier van belang, is bepaald dat art. 2:23b BW niet van toepassing is op 'vereffening in faillissement'.

18 Evenzo R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss. Maastricht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 116, Deventer: Kluwer 2013, p. 49, zij het met dit verschil dat hij het had over 'gewone' aandelen. Ik wijs in dit verband ook op art. 2:202 BW (*vide* ook art. 2:86a (196a), eerste lid, BW), waarin staat dat de '*aan* [curs. RPJ] het aandeel verbonden rechten' niet kunnen worden uitgeoefend indien hiermee in strijd is gehandeld dat certificaten aan toonder van aandelen niet mogen worden uitgegeven. Volgens G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013/270 worden met die 'rechten' zowel de aan het aandeel verbonden 'zeggenschapsrechten' als de aan het aandeel verbonden 'financiële rechten' bedoeld. Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 339 spreken van 'vergaderrechten' en 'uitkeringsrechten'. *Vide* over de verschillende opvattingen ten aanzien hiervan of dergelijke rechten voortlvoeien uit het aandeel of uit het aandeelhouderschap Kemp 2015, *op. cit.*, p. 139 *et seq.* Aan het door hem aangehaalde voeg ik, zonder te streven naar volledigheid, toe Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 61; C.Æ. Uniken Venema en S.E. Eisma, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht* (Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 1990), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 82; W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Serie studiepockets privaatrecht, deel 50, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 90; W.G. Huijgen, 'Economische eigendom van aandelen: het vennootschapsrecht opzij gezet', *WPNR* 1995/6166, p. 65-66; Van Mourik 2000, *op. cit.*, p. 316; D.F.M.M. Zaman, 'Certificering en modernisering van het ondernemings- en vennootschapsrecht', *TvOB* 2004/5, p. 215; Bos, *op. cit.*, p. 101; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/658; Perrick, *op. cit.*, p. 22; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/319; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 382; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 136-137 en 145; P.H.N. Quist, 'De stichting administratiekantoor in transacties', *WPNR* 2016/7115, p. 577; R.A. Wolf, 'Het certificaat van aandeel in de BV', *WPNR* 2016/7093, p. 97.

jegens de vennootschap uit te oefenen – toekomstige (en voorwaardelijke) – vorderingsrechten,[19] althans vermogensrechten,[20] zijn. Overigens vertegenwoordigt het aandeel een waarde in het economische verkeer.[21]

Tegenover aandelen staat kapitaal. Dat is een vennootschappelijke schuld van eigen aard.[22] Deze (uitstaande) schuld kan de vennootschap gedurende haar bestaan, behoudens in geval van kapitaalvermindering – met terugbetaling – door middel van (a) het intrekken van ingekochte aandelen of (b) het bedrag van aandelen bij statutenwijziging te verminderen (*vide* art. 2:99 (208) BW), niet aflossen;[23] zij kan zulks pas doen na haar eventuele ontbinding en vereffening.[24]

Aandelen en kapitaal kunnen als volgt bij elkaar worden gebracht. Het (maatschappelijk) kapitaal van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap is in (overdraagbare) aandelen verdeeld (*vide* art. 2:64 (175), eerste lid, BW).[25] De vennootschap trekt kapitaal aan door aandelen te plaatsen. Deze vertegenwoordigen

19 In die richting ook, althans naar het lijkt, Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 68; Eisma, *op. cit.*, p. 16; Prinsen, *op. cit.*, p. 59.

20 Op dat spoor zit ook Bos, *op. cit.*, p. 101 en 104. Kennelijk evenzo Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 82.

21 *Vide* Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/ 288; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 674. *Vide* ook Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 75.

22 *Vide* Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/98; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 181. *Vide* ook Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 67, die opmerkte dat 'het aandelenkapitaal in feite een schuld voorstelt jegens de aandeelhouders'. *Vide* voorts Prinsen, *op. cit.*, p. 58: 'Tegenover het bijzondere recht van aandeel staat een *bijzondere schuld* [curs. RPJ] van de NV: het geplaatste kapitaal.' Volgens hem kan het geen kwaad om 'kapitaal' te duiden als vennootschappelijke schuld, waarbij men zich wel moet realiseren dat betaling van die schuld wordt belemmerd door de wettelijke regels omtrent kapitaalbescherming; *vide* Prinsen, *op. cit.*, p. 59. Anders: Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 77-78. Volgens hem is kapitaal juridisch geen schuld. Daartoe is zijns inziens het volgende redengevend: 'Weliswaar hebben de aandeelhouders het tegenover het gestorte kapitaal staande actief bijeengebracht en daarvoor aandeelhoudersrechten gekregen, maar tot deze rechten behoort niet een vordering ter grootte van het gestorte kapitaal. Ook na ontbinding van de vennootschap hebben de aandeelhouders niet een zodanige vordering. In plaats daarvan hebben zij *een vordering* [curs. RPJ] terzake [*sic*] van het overblijvende vermogen "in verhouding tot ieders recht" (art. 2:23*b* [BW]). Deze vordering kan kleiner of groter dan het kapitaalbedrag zijn. Zij kan ook nihil zijn.' Overigens is naar Van Schilfgaardes mening kapitaal bedrijfseconomisch evenmin een schuld.

23 *Vide* Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/98; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 181-182. Laatstgenoemden spreken van een 'onlosbare vennootschappelijke schuld'. *Vide* ook Prinsen, *op. cit.*, p. 59.

24 *Vide* Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/98. *Vide* ook Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 486.

25 De besloten vennootschap heeft, anders dan een naamloze vennootschap, niet standaard een maatschappelijk kapitaal; dat dient in de statuten te zijn bepaald. *Vide* art. 2:175, eerste lid, tweede volzin, BW en art. 2:178, eerste lid, derde volzin, BW.

ieder een bepaald bedrag, te weten de nominale waarde. De som daarvan is het geplaatste kapitaal. [26] De (toekomstige) aandeelhouder neemt deel in dat kapitaal door aandelen te nemen. Bij het nemen daarvan dient hij daarop in beginsel (ten minste) het nominale bedrag[27] – in beginsel: in geld – te storten (*vide* art. 80 (191), eerste lid, BW en art. 2:80a (191a), eerste lid, BW),[28] van welke stortingsplicht diegene niet geheel of gedeeltelijk kan worden ontheven, behoudens het bepaalde in art. 2:99 (208), vierde lid, BW (*vide* art. 2:80, derde lid, BW en art. 2:191, tweede lid, BW).[29] Aldus vormt zich gestort kapitaal. Dit kapitaal maakt deel uit van het eigen vermogen van de vennootschap (*vide* art. 2:373, eerste en tweede lid, BW). Een aandeelhouder *verschaft* dus (gestort) *kapitaal* en draagt daarmee bij aan het eigen vermogen van de vennootschap.[30] Dat kapitaal stelt hij *risicodragend* ter beschikking (hij doet geen schenking!).[31] Het (economische) risico is hierin gelegen dat na ontbinding en vereffening, of in geval van faillissement (*vide* art. 2:23a, vijfde lid, BW), de mogelijkheid bestaat dat de aandeelhouder het op de door hem genomen aandelen gestorte bedrag (zijn vordering) niet dan wel niet volledig terugkrijgt, of, anders gezegd, dat de vennootschappelijke schuld niet, althans niet volledig, kan worden gedelgd,[32] nu hij in

26 *Vide* Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 181 en 183; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 74.

27 In geval van een naamloze vennootschap is het onder bepaalde voorwaarden mogelijk dat een aandeelhouder op de door hem genomen aandelen minder stort dan het nominale bedrag; *vide* art. 2:80, tweede lid, BW. *Vide* ook Van Schilfgaarde 2017, *l.s.c. Vide* verder voetnoot 29 *infra*.

28 Volgens Van Mourik 1988, *op. cit.*, p. 162 krijgt de aandeelhouder voor dat storten een (achtergestelde) vordering terug. Hij is, aldus deze auteur, 'primair een bijzonder soort crediteur'. *Vide* ook Van Mourik 2000, *op. cit.*, p. 316: 'De aandeelhouder is een schuldeiser en de BV is de betrokken schuldenaar. (…) De aandeelhouder deed geen schenking aan de vennootschap. Hij stelde geld, goederen (of goodwill) risicodragend ter beschikking.'

29 Wel is het mogelijk dat, in geval van een nv, wordt bedongen dat eerst (ten minste) 25% wordt gestort en het resterende deel (ten hoogste 75%) pas behoeft te worden gestort nadat de vennootschap dat zal hebben opgevraagd (art. 2:80, eerste lid, laatste volzin, BW). Moet op de genomen aandelen meer worden gestort dan de nominale waarde (men spreekt dan van een 'bedongen agio'), dan dient echter het verschil tussen de vastgestelde uitgiftekoers en die waarde onmiddellijk bij het nemen van de aandelen te worden gestort; *vide* art. 2:80, eerste lid, eerste volzin, BW en H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, in: *T&C Ondernemingsrecht*, art. 2:80 BW, aant. 2 (onder 'Agio'). In geval van een bv kan worden bedongen dat het gehele nominale bedrag of een deel daarvan pas behoeft te worden gestort na verloop van een bepaalde tijd dan wel nadat de vennootschap dat zal hebben opgevraagd (art. 2:191, eerste lid, laatste volzin, BW).

30 *Vide* ook Prinsen, *op. cit.*, p. 58; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 485.

31 *Vide* in dit verband Van Mourik 2000, *op. cit.*, p. 316 als geciteerd in voetnoot 28 *supra*.

32 *Vide* ook Eisma, *op. cit.*, p. 16: 'Wel is waar dat het karakter van aandelen met zich kan brengen dat de vordering uiteindelijk "nihil" oplevert.' *Vide* ook Van Schilfgaarde 2017 als aangehaald in voetnoot 22 *supra*.

de tweede koets rijdt in de zin dat hij kan worden gekarakteriseerd als een postconcurrente crediteur.[33]

In het bovenstaande ben ik uitgegaan van de situatie waarin de nemer van aandelen en de storter daarop een en dezelfde (rechts)persoon zijn. Zulks hoeft echter niet zo te zijn. In dat verband is de toekenning van de enquêtebevoegdheid aan certificaathouders van belang. De eerste aanzet daartoe werd gegeven door de commissie-Verdam. In haar rapport merkte zij dienaangaande het volgende op:

> '(…) De certificaathouder is *economisch kapitaalverschaffer* van de n.v., doch de zeggenschapsrechten welke normaliter aan de kapitaalverschaffing zijn verbonden, worden hem onthouden. Het administratiekantoor heeft de aan het aandeel verbonden zeggenschapsrechten, *doch heeft economisch gezien geen financiële deelneming in de vennootschap*. De inschakeling van een administratiekantoor maakt het mogelijk aan de *economische eigenaren van de aandelen* alle zeggenschap te onthouden en de zeggenschap als aandeelhouder te leggen bij een instituut *dat geen financieel risico loopt*.
> (…)
> De commissie wil echter wel enige voorstellen doen, strekkende om een zekere rechtsband te scheppen tussen de n.v. en de houders van certificaten van haar aandelen. Een contractuele band of een lidmaatschapsverhouding tussen certificaathouder en n.v. moge niet bestaan, *economisch is het de certificaathouder die deelneemt in het kapitaal van de vennootschap*. Dit rechtvaardigt een wettelijke verhouding tussen n.v. en certificaathouder in dier voege dat certificaathouders wettelijk bepaalde bevoegdheden verkrijgen.'[34] (curs. RPJ)

Een van die voorstellen was:

> '4. De commissie meent voorts, dat het aanbevelenswaardig is de certificaathouders op gelijke voet als de aandeelhouders de bevoegdheid te verlenen een verzoek tot het houden van een enquête in te dienen. De certificaathouders zijn, evenals de aandeelhouders, *verschaffers van risicodragend kapitaal*, doch missen, in tegenstelling tot de aandeelhouders, zeggenschap in de n.v.. *Voor de bijzondere bescherming die de mogelijkheid van een enquête biedt, bestaat in hun geval dan ook alle reden* (…).'[35] (curs. RPJ)

---

33 *Vide* W.J. Slagter, 'Juridische en economische eigendom', in: *Slagter over eigendom. Beschouwingen over privaatrecht, vennootschapsrecht en effectenrecht. Feestbundel ter gelegenheid van de 80e verjaardag van prof. mr. W.J. Slagter. Aangeboden op 28 augustus 2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 85; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/98; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 486. *Vide* ook Van Mourik 1988, *op. cit.*, p. 162.

34 *Herziening van het ondernemingsrecht: rapport van de Commissie Ondernemingsrecht, ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie* (rapport van 8 april 1960; voorzitter van commissie: P.J. Verdam), Den Haag: Staatsuitgeverij 1967, p. 16-17.

35 Rapport-Verdam, *op. cit.*, p. 65.

Blijkens de memorie van toelichting volgde het – toen nog: wetsvoorstel – Wijziging van de artikelen 53-54c van het Wetboek van Koophandel (Herziening van het enquêterecht) in hoofdlijnen de voorstellen van de commissie-Verdam,[36] waaronder het toekennen van de enquêtebevoegdheid aan certificaathouders. Haar motivering dienaangaande maakte de minister kennelijk tot de zijne.[37] Dit een en ander heeft uiteindelijk geresulteerd in een wettelijke verankering van de enquêtebevoegdheid ten behoeve van certificaathouders.[38]

Naar mijn idee moet die toekenning ook in samenhang worden gelezen met de opmerking (op dezelfde pagina) van de minister in de memorie van toelichting bij het vorenbedoelde wetsvoorstel, waarin wij het volgende lezen:

> '1. In ons economisch stelsel waarin de produktie in hoofdzaak in particuliere ondernemingen geschiedt, heeft de ondernemer behoefte aan een grote mate van vrijheid: hij immers bepaalt – binnen de perken van het maatschappelijk bestel – welke goederen in zijn onderneming zullen worden voortgebracht en hij kiest de middelen en de werkwijze. *Een hoge mate van vrijheid vereist een hoge mate van verantwoordelijkheidsgevoel tegenover degenen die hun arbeidskracht of vermogen voor het produktieproces in de onderneming beschikbaar stellen*. Mag men aannemen dat in het algemeen de Nederlandse ondernemer deze verantwoordelijkheid juist aanvoelt, dit neemt niet weg, dat een rechtsorde die aan onze economische orde beantwoordt, *de mogelijkheid tot opening van zaken moet verschaffen, wanneer twijfel aan het beleid in een onderneming rijst, en de mogelijkheid tot correctie, wanneer die twijfel gegrond blijkt. Een zodanige waarborg is gelegen in de toepassing van het zgn. enquêterecht, waarvan het onderhavige wetsontwerp een betere regeling beoogt*.' (curs. en onderstreping RPJ)

Uit het vorengaande volgt dat (i) er twee soorten 'verschaffers van risicodragend kapitaal', al dan niet verenigd in een en dezelfde (rechts)persoon, kunnen worden onderscheiden, namelijk de 'juridische kapitaalverschaffer', *i.e.* degene die in formeeljuridische zin (*ex* Boek 2 BW) op de door hem genomen aandelen (moet storten en) stort, en de 'economische kapitaalverschaffer', *i.e.* degene die in economische zin op de genomen aandelen stort, (ii) het een beginsel van enquêterecht is dat aan de economische kapitaalverschaffers, voor zover zij niet tevens juridische kapitaalverschaffers zijn, eveneens de enquêtebevoegdheid toekomt[39] en (iii) het enquêterecht er

36 *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, 3, p. 4 (MvT).

37 *Vide Kamerstukken II* 1967/68, 9596, 3, p. 4-5 en 7. *Vide* ook de conclusie, onder 2.41, van A-G Wesseling-van Gent bij HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart (*Scheipar*).

38 *Vide Stb.* 1970, 411.

39 A-G Timmerman sprak in zijn conclusie, onder 3.6, bij HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze (*Butôt*) van 'een beginsel van enquêterecht (…) dat aan de *verschaffers van risicodragend kapitaal* [curs. RPJ] de enquêtebevoegdheid toekomt'. Dit blijkt volgens hem uit het in de hoofdtekst geciteerde voorstel van de commissie-Verdam en uit het door de wetgever op

(mede) toe strekt om onder bepaalde omstandigheden bescherming te bieden aan degenen die kapitaal – risicodragend, in de zin van financieel risico lopend – aan de vennootschap hebben verschaft.[40] Daar de Hoge Raad het vorenbedoelde onderscheid niet maakte maar slechts generiek sprak van een 'verschaffer van risicodragend kapitaal', houd ik het ervoor dat zowel de juridische kapitaalverschaffer als de economische kapitaalverschaffer binnen het toepassingsgebied van de door hem geformuleerde regel (*vide* § 7.1.1) valt. Niettemin is in de praktijk die regel alleen van belang voor de laatstbedoelde kapitaalverschaffer, omdat (in ieder geval) de eerstbedoelde al enquêtegerechtigd is, mits hij voldoet aan de in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW neergelegde vereisten.

De juridische kapitaalverschaffer is een aandeelhouder; op hem rust immers volgens Boek 2 BW de stortingsplicht. Hij is in beginsel tevens de economisch kapitaalverschaffer. Niettemin kan dat ook, bijvoorbeeld, een certificaathouder zijn. Hoewel deze in economische zin (*de facto*), hetzij nadat de aandeelhouder zelf al aan die plicht heeft voldaan (hij heeft alsdan het te betalen bedrag, zogezegd, voorgeschoten), hetzij in plaats van het door de aandeelhouder zelf te voldoen aan die plicht (er wordt alsdan direct voor de aandeelhouder betaald), het op de genomen aandelen te storten geld verschaft, hetzij direct (aan de vennootschap zelf), hetzij indirect (via de aandeelhouder), en daarmee, economisch gezien, in het vermogen van de vennootschap deelneemt, is en blijft de aandeelhouder degene die daar in formeel-juridische zin (*de iure*) op stort. Maar wat als er (nog) helemaal niet, op welke wijze ook, op de genomen aandelen is gestort of als – na volledig aan de stortingsplicht te hebben voldaan – (certificaten van) aandelen vererven of aan een derde worden geschonken? Kan er dan wel worden gesproken van een *verschaffer* van risicodragend kapitaal?

---

dezelfde voet toekennen van de enquêtebevoegdheid aan certificaathouders als aan aandeelhouders. Hoewel certificaathouders, evenals aandeelhouders, verschaffers zijn van risicodragend kapitaal in economische zin, zijn zij, anders dan aandeelhouders van wie de aandelen niet zijn gecertificeerd, geen verschaffers van risicodragend kapitaal in juridische zin. Als de opmerkingen van de commissie-Verdam in onderling verband en samenhang worden beschouwd, dan volgt daar dan ook uit dat het een beginsel van enquêterecht is dat economische verschaffers van risicodragend kapitaal de enquêtebevoegdheid toekomt. Een nuancering is dus op haar plaats. *Vide* ook zijn conclusie, onder 3.4-3.6, bij HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*).

40 In essentie ook, wat betreft het genoemde onder (iii), M. Schouten, 'Tussen kapitaalverschaffing en speculatie: grenzen aan enquêtebevoegdheid', in: Y. Borrius *et al*. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 152, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 460, alwaar hij schreef dat het enquêtrecht kan worden gezien als een middel voor de investeerder 'om het kapitaal dat hij aan de vennootschap heeft verstrekt, althans de waarde van zijn in verband daarmee verkregen aandeel, te beschermen'. Evenzo HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.5.2 (*Scheipar*) en HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze, r.o. 3.6.3, 2e al. (*Butôt*), waarin de Hoge Raad sprak van het kunnen inroepen van de aan de kapitaalverschaffer door het enquêterecht verleende 'bescherming'.

Aandeel- en certificaathouders zijn, zo lezen wij in het voorstel van de commissie-Verdam (*vide supra*), verschaffers van risicodragend kapitaal, waarbij komt dat het enquêterecht er (mede) toe strekt hun bescherming te bieden. Voor het voldoen aan de kapitaaleis als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdelen b of c, BW deed[41] – en doet – het op de genomen (certificaten van) aandelen gestorte percentage niet ter zake. Daar komt bij dat in de *Butôt*-zaak, waarin door vererving vier kinderen ieder voor 25% deelgenoot werden in een onverdeelde nalatenschap waarvan, onder andere, de certificaten van aandelen in het geplaatste kapitaal van een holding uitmaakten,[42] de Hoge Raad de zo-even genoemde deelgenoten aanmerkte als 'verschaffer van risicodragend kapitaal' ondanks dat zij – naar ik veronderstel – in economische zin geenszins kapitaal aan de vennootschap hadden verschaft; dat was – kennelijk – in het verleden al gedaan.[43] Tegen deze achtergrond meen ik dat de evengeciteerde woorden ruim moeten worden uitgelegd in dezer voege dat daaronder ook valt een (rechts)-persoon die, juridisch gezien, al wel houder is van (certificaten van) aandelen of houder is van een eigen economisch belang anders dan belichaamd in een certificaat van aandeel, maar daar (nog) níét (in)direct op heeft gestort respectievelijk voor

41 A. Plate, *Niet volgestorte aandelen* (diss. Rotterdam), Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 11, Deventer: Kluwer 1974, p. 16. Vóór en ten tijde van de toekenning van de enquêtebevoegdheid aan certificaathouders bestond er in Nederland (nog) geen minimumstortingsplicht in de zin dat *bij het nemen* van de aandelen daarop een bepaald bedrag moest worden gestort; *vide* Plate, *op. cit.*, p. 37. Wel bepaalde art. 36g (oud) WvK dat bestuurders voor hun handelingen hoofdelijk voor het geheel aan derden verbonden waren indien deze waren verricht voordat ten minste 10% op elk – bij de oprichting – geplaatst aandeel was gestort (indien de 10% op alle bij de oprichting uitgegeven aandelen eenmaal was gestort, ontstond geen aansprakelijkheid zijdens de bestuurders wanneer naderhand aandelen werden uitgegeven waarop minder dan dat percentage was gestort). Die minimumstorting vormde geen bestaansvereiste voor de naamloze of besloten vennootschap. Verder waren aandelen waarop minder dan 10% was gestort, door de wet niet verboden. *Vide* over dit een en ander Plate, *op. cit.*, p. 37-38.

42 Verwezen zij naar hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, *JOR* 2009/129, m.nt. G. van Solinge, r.o. 2.3, 2.9, 2.11 en 3.2-3.3 (*Butôt*). Op 26 juli 2001 had Henricus Johannes Butôt (hierna: Butôt sr.) zijn – naar ik aanneem: reeds volgestorte – aandelen in het geplaatste kapitaal van Butôt OG Holding B.V. (hierna: Butôt Holding) overgedragen aan Stichting Administratiekantoor Butôt (hierna: AK Butôt), waartegenover laatstgenoemde aan eerstgenoemde certificaten van aandelen had uitgegeven. De AK Butôt hield alle aandelen in het geplaatste kapitaal van Butôt Holding. Butôt sr. kwam op 2 januari 2007 te overlijden. Hij had vier kinderen, te weten Henricus Johannes Butôt, Benjamin Vasco Johannes Butôt, Lucas Antonius Butôt en Monica Petronella Maria Butôt. Deze vier kinderen werden na zuivere aanvaarding van de nalatenschap van Butôt sr. ieder voor 25% deelgenoot in de onverdeelde nalatenschap, waarvan, onder meer, de certificaten van aandelen in het geplaatste kapitaal van Butôt Holding deel uitmaakten.

43 HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze, r.o. 3.6.3, 2e al. (*Butôt*). *Vide* ook de conclusie, onder 3.6, van A-G Timmerman bij deze beschikking, volgens wie deelgenoten in een nalatenschap waartoe certificaten behoren, kapitaal verschaffen aan de vennootschap.

heeft betaald; hij is eveneens *verschaffer* van risicodragend kapitaal.[44] Worden – na het volledig aan de stortingsplicht te hebben voldaan – (certificaten van) aandelen geschonken aan dan wel geërfd door een derde, dan treedt diegene in de plaats van degene die reeds direct of indirect kapitaal aan de vennootschap ter beschikking heeft gesteld, waardoor die derde voortaan moet worden gekwalificeerd als een kapitaalverschaffer.[45]

7.1.2.2 Economisch belang

In deze paragraaf staat centraal de vraag wat naar mijn mening moet worden verstaan onder een 'eigen economisch belang'.[46] Bewust spreek ik van 'naar mijn mening', omdat mij, eerlijk gezegd, nog steeds niet (geheel) duidelijk is wat de Hoge Raad of de Ondernemingskamer daar nu (precies) onder verstaat. Uit hun jurisprudentie maak ik op dat het vorenbedoelde element niet vastomlijnd is; de invulling ervan hangt (overwegend) af van de concrete feiten en omstandigheden van het geval.[47] Dit komt echter de rechtszekerheid (bepaald) niet ten goede. Het antwoord op de hiervoor opgeworpen vraag ligt naar mijn gevoelen in het certificaat van aandeel. De vraag is dan ook of de enquêteverzoeker die stelt een eigen economisch belang te hebben, in materieel opzicht kan worden beschouwd als een (doorsnee)certificaathouder.[48] Dat is waar het naar mijn idee bij de beantwoording van de gelijkstellingsvraag in het kader van

---

44 Op dat spoor zit ook Bartman 2015, *op. cit.,* p. 47, die van mening is dat het vereiste van risicodragend kapitaal verschaffen 'niet al te letterlijk' moet worden genomen; ook uiterst indirecte en niet zelf gekozen kapitaalverschaffing blijkt daar – onder verwijzing naar de *Butôt*-casus – onder te (kunnen) vallen.

45 *Vide* ook Schouten, *op. cit.*, p. 459-460.

46 Er is het nodige over dit onderwerp geschreven. Ik ga dat allemaal niet herhalen. Verwezen zij naar Spruitenburg 2015, *op. cit.*, p. 461-475; G.P. Oosterhoff, 'Aandelenswaps en enquêtebevoegdheid. Economische belangen op basis van derivaten en de toegang tot het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2016/40, p. 187-195; Oosterhoff 2017, *op. cit.*, *in genere* en *para* 4.3 en hoofdstuk 7 *in specie*; Spruitenburg 2018, *op. cit.*, *para* 3.3; Storm 2018, *op. cit.*, p. 87; M.W. Josephus Jitta, 'Ceci n'est pas une pipe. Dit is geen boekbespreking maar een reactie op "Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang"', *Ondernemingsrecht* 2018/30, p. 179-183; G.P. Oosterhoff, 'A rose by any other name would smell as sweet', *Ondernemingsrecht* 2018/68, p. 399-401; conclusie, i.h.b. onder 3.21, van A-G Timmerman bij HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*).

47 *Vide e.g.* hof Amsterdam (OK) 7 februari 2012, *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman, *AA* 2012/5, m.nt. S.M. Bartman, *JIN* 2012/99, m.nt. P. Haas, r.o. 3.5-3.6 (*Chinese Workers*) in samenhang gelezen met HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk, r.o. 3.6 (*Chinese Workers*); hof Amsterdam (OK) 19 juli 2016, *JOR* 2016/272, m.nt. K. Spruitenburg, *JIN* 2016/197, m.nt. P. Haas, r.o. 3.5-3.6 (*FEIST*); hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *NJ* 2019/134, m.red.aant., *JOR* 2018/93, m.nt. F. Eikelboom, r.o. 3.14 *et seq.* (*Europa Leasing*). *Vide* ook HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten, *AA* 2014/10, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2014/109, m.nt. P. Haas, r.o. 5.2.2 (*Slotervaartziekenhuis*).

48 In die richting kennelijk ook Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 88-89.

art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW in essentie om draait. Op het hier bedoelde belang zal ik thans inzoomen, die gelijkstelling komt in de volgende paragraaf aan bod.

Hierbij zij het volgende vooropgesteld. Blijkens art. 3:1 BW zijn 'goederen' alle zaken (*vide* art. 3:2 BW) en alle vermogensrechten (*vide* art. 3:6 BW), zoals aandelen. Deze kunnen aan één persoon toebehoren, in geval van 'zaken' spreekt men dan van (individueel) 'eigendom' (*vide* art. 5:1, eerste lid, BW) en in geval van 'vermogensrechten' van (individuele) 'gerechtigdheid', maar ook aan meerdere personen, in welk geval men van 'mede-eigendom', of van 'gezamenlijk eigendom' dan wel 'meervoudig eigendom', respectievelijk 'medegerechtigdheid', of van 'gezamenlijke gerechtigdheid' dan wel 'meervoudige gerechtigdheid', spreekt. Het toebehoren van goederen aan meer dan één persoon wordt wel aangeduid als 'goederenrechtelijke pluraliteit'.[49] Indien een pakket (certificaten van) aandelen toebehoort aan één persoon in de zin dat hij daartoe exclusief gerechtigd is, dan is er sprake van (een) 'eenhoofdig aandeelhouder(schap)'. Behoort dat pakket aan meerdere personen toe in de zin dat zij daartoe gezamenlijk gerechtigd zijn, dan is er sprake van (een) 'meerhoofdig aandeelhouder(schap)'. Zulks geldt *mutatis mutandis* ook ten aanzien van de houder van een economisch belang.

Volgens de Hoge Raad moet de enquêteverzoekende risicodragende kapitaalverschaffer een 'eigen' economisch belang in de te enquêteren vennootschap hebben.[50] Maar wat is rechtens als er sprake is van een 'gezamenlijk' belang als evenbedoeld? Laten wij eerst kijken naar een verzoek van aandeelhouderszijde. Artikel 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW spreekt van houders van (certificaten van) aandelen die 'alleen of gezamenlijk' procentueel of nominaal de kapitaaldrempel halen. Met 'gezamenlijk' wordt kennelijk bedoeld twee of meer eenhoofdige houders van (certificaten van) aandelen. Stel nu dat een tweehoofdig houder van (certificaten van) aandelen over een voldoende groot pakket (certificaten van) aandelen beschikt om een enquêteverzoek te mogen doen en een van de twee medegerechtigden in zijn eentje daartoe overgaat. Naar mijn opvatting stuit dit verzoek dan af, althans in beginsel, op de ontvankelijkheid, nu aan de hoedanigheidseis in het hier bedoelde artikel niet is voldaan: die medegerechtigde is alleen geen aandeel- of certificaathouder; die hoedanigheid vormt hij samen met de andere medegerechtigde. Zulk een benadering geldt mijns inziens *mutatis mutandis* ook in de situatie waarin sprake is

49 *Vide* W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 331.

50 HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten, *AA* 2014/10, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2014/109, m.nt. P. Haas, r.o. 5.2.2 (*Slotervaartziekenhuis*).

van een gezamenlijk economisch belang Alsdan zullen alle dragers daarvan (meerhoofdig dragerschap) dus moeten verzoeken om een enquête.[51]

Een tweede vooropstelling betreft het volgende. In zijn *Scheipar*-beschikking stelde de Hoge Raad voor het kunnen gelijkstellen van een economisch rechthebbende op certificaten van aandelen aan een certificaathouder als bedoeld in – thans – art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c. BW (mede) een zeggenschapseis.[52] Met de komst van zijn *Butôt*-beschikking[53] heeft hij die eis (kennelijk) laten vallen.[54] Hij is

51 Ik vind het oordeel van de Hoge Raad in HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze, r.o. 3.6.3 (*Butôt*) waarin hij overwoog dat twee enquêteverzoekers ('X c.s.') een 'eigen' economisch belang hadden, dan ook niet begrijpelijk. Door het overlijden van Butôt sr. gingen de certificaten geheel en al tot de nalatenschap behoren. Nu deze op het moment van indiening van het verzoekschrift nog onverdeeld was, was er te dezen sprake van gezamenlijke gerechtigdheid in dezer voege dat de vier Butôt-kinderen *gezamenlijk* rechthebbenden waren op de tot de (onverdeelde) nalatenschap behorende certificaten van aandelen en ook *gezamenlijk* het economisch belang daarbij hadden. Er was, anders gezegd, sprake van (een) meerhoofdig certificaathouder(schap) respectievelijk meerhoofdig drager(schap). Geen van de Butôt-kinderen had ten tijde van de indiening van het enquêteverzoek dus (al) een *eigen* economisch belang. Aan gelijkstelling werd mitsdien niet toegekomen. Hierop liep het oordeel van zowel de Ondernemingskamer als de Hoge Raad stuk. Niet-ontvankelijkheid had mijns oordeels dan ook moeten volgen. Voor de hierboven genoemde feiten verwijs ik naar hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, *JOR* 2009/129, m.nt. G. van Solinge (*Butôt*).

52 HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.5.2 (*Scheipar*).

53 HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze, r.o. 3.6.3, 2e al. *in fine* (*Butôt*).

54 Evenzo, in stellige of voorzichtige bewoordingen, Brink in zijn noot, onder 3, bij HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze (*Butôt*); Kroeze in zijn noot, onder 4, bij HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze (*Butôt*); conclusie, onder 2.12 (en voetnoot 19), van A-G Vlas bij HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/178, m.nt. A. Doorman, *JIN* 2011/489, m.nt. P. Haas (*TESN*); Bartman in zijn noot, onder 2 en 3, bij hof Amsterdam (OK) 7 februari 2012, *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman, *AA* 2012/5, m.nt. S.M. Bartman, *JIN* 2012/99, m.nt. P. Haas (*Chinese Workers*); Doorman in zijn noot, onder 4, bij hof Amsterdam (OK) 7 februari 2012, *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman, *AA* 2012/5, m.nt. S.M. Bartman, *JIN* 2012/99, m.nt. P. Haas (*Chinese Workers*); H. Koster, 'De econoom in het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2012/5, p. 31-32; Ph.W. Schreurs en L.H.J.C. Hendriks, 'Het enquêterecht voor banken en andere verschaffers van vreemd vermogen', *FIP* 2012/2, p. 45; G. van Solinge, 'Doorbraak van enquêtebevoegdheid in internationale concernverhoudingen', in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce en M. Zilinsky (red.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. dr. P. Vlas ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum als Hoogleraar Internationaal Privaatrecht en Rechtsvergelijking aan de Vrije Universiteit Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2012, p. 201; G. van Solinge, 'Nederlands enquêterecht in internationale concernverhoudingen: *Bermuda Block* of *China Connection*?', *TAO* 2012, nr. 3/4, p. 86; Assink in zijn noot, onder 6, bij HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk (*Chinese Workers*); D.F. Berkhout, 'Enquêtebevoegdheid voor aandeelhouders van buitenlandse vennootschappen', *TOP* 2013/4, p. 134; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1621; conclusie, onder 2.11 (voetnoot 10),

nadien (in ieder geval) niet meer teruggekeerd in zijn beschikkingen inzake *TESN*, *Chinese Workers* of *Slotervaartziekenhuis*.[55] Voorts blijkt uit de *Scheipar*-beschikking dat het niet noodzakelijk is dat tussen de bovenbedoelde rechthebbende en de aandeelhouder een rechtstreekse contractuele band bestaat.[56] Een ander punt is hoe de daarin voorkomende woorden '[i]ndien aan de economische certificaathouder *in zijn verhouding tot* [curs. RPJ] de juridische certificaathouder' moeten worden opgevat.[57] Eist de Hoge Raad daarmee een rechtsverhouding tussen de houder van het economisch belang en de (juridische) certificaathouder, zodat in geval van tussenschakels gelijkstelling als hier bedoeld niet geoorloofd is? Ik denk van niet, althans niet zonder meer.[58] Men verlieze namelijk niet uit het oog dat het in de beschikking

van A-G Vlas bij HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk (*Chinese Workers*); H.E. Boschma en P.G.F.A. Geerts, 'Ondernemingsprocesrecht', *TCR* 2014/1, p. 35; Buijn en Storm, *op. cit.* p. 987; Doorman zijn noot, onder 4, bij HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk (*Chinese Workers*); H. Koster, 'Bespiegelingen over de economische werkelijkheid in het ondernemingsrecht', *WPNR* 2014/7036, p. 993; G.P. Oosterhoff, 'Synthetische belangen en het enquêterecht', in: A.M. Boot, F.G.K. Overkleeft en F.E. Vermeulen (red.), *Wie is de Mol? Liber Amicorum Harmen de Mol van Otterloo*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 130-131; Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 92; Storm 2018, *op. cit.*, p. 83; conclusie, onder 3.11, van A-G Timmerman bij HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*). *Vide* ook de noot, onder 3, van Van Schilfgaarde bij HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze (*Butôt*). Vroom merkte – ten aanzien van de beschikking *a quo* (hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, *JOR* 2009/129, m.nt. G. van Solinge (*Butôt*)) – op dat te dezen sprake lijkt te zijn van een verzuim, aangezien de Ondernemingskamer niet had onderzocht of aan de zeggenschapseis als bedoeld in 's Hogen Raads *Scheipar*-beschikking was voldaan, terwijl zij het enquêteverzoek wél toewees, en dus ook tot ontvankelijkheid van de verzoekers concludeerde. Hij ging ervan uit dat, nu de vorenbedoelde eis mede door de Hoge Raad was opgelegd, de hier bedoelde beschikking van de Ondernemingskamer in cassatie niet in stand zou zijn gebleven. *Vide* E.E.U. Vroom, 'Kroniek Enquêterecht 2009', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 104, Deventer: Kluwer 2010, p. 13.

55 HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/178, m.nt. A. Doorman, *JIN* 2011/489, m.nt. P. Haas (*TESN*); HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk (*Chinese Workers*); HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten, *AA* 2014/10, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2014/109, m.nt. P. Haas (*Slotervaartziekenhuis*).

56 *Vide* voetnoot 52 *supra*.

57 *Ibid.*

58 Josepus Jitta schreef in zijn noot, onder 4, bij HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart (*Scheipar*) dat '[h]oewel de tweede volzin van r.o. 3.5.2. indien men deze letterlijk neemt, omdat deze een eigen verhouding van de economische certificaathouder tot de juridische certificaathouder verlangt, uit lijkt te sluiten dat ook een volgende schakel in de keten gelijk kan worden gesteld aan de certificaathouder als bedoeld in art. 2:346 BW, aanhef en sub b, BW bestaat daarvoor mijns inziens geen goede reden'. *Vide* ook Doormans noot, onder 7, bij hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, *JOR* 2010/

a quo[59] slechts ging om een 100%-certificaathouder (*i.c.* CLL) en twee 50%-houders van het economisch belang bij de gecertificeerde aandelen (*i.c.* Issaurat (= enquête-verzoeker) en Pich), zonder dat daartussen nog een of meer schakels zaten. De cassatierechter heeft zijn oordeel daarop toegesneden, getuige de woorden 'economisch rechthebbende op certificaten van aandelen', 'economische certificaathouder' en 'juridische certificaathouder'.[60] Uit zijn beschikking inzake *Slotervaartziekenhuis*, waarin de Hoge Raad mede verwees naar de *Scheipar*-beschikking, volgt dat de gelijkstelling aan een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW scharniert om het hebben van een (gelijk te kunnen stellen) eigen economisch belang van een risicodragend kapitaalverschaffer.[61] Tegen deze achtergrond komt het mij voor dat óók ingeval er tussen de houder van dit belang en de juridisch houder van (certificaten van) aandelen géén (rechts)verhouding bestaat vanwege een of meer tussenschakels, gelijkstelling voor de toepassing van voormeld artikel mogelijk is.

Welnu, degene die juridisch kapitaalverschaffer is, zal, zoals gezegd, normaliter tegelijkertijd economisch kapitaalverschaffer zijn. Een uitzondering hierop vormt, onder andere, certificering (tegen contanten).[62] In dat geval worden de door de vennootschap uitgegeven aandelen genomen door een, generaliter, stichting administratiekantoor (hierna: STAK),[63] welke daartegenover certificaten van aandelen uitgeeft, hetwelk in de regel, althans niet zelden, aldus geschiedt dat tegenover ieder in

10, m.nt. A. Doorman (*TESN*), die van mening is dat, anders dan in de letterlijke tekst van 's Hogen Raads *Scheipar*-beschikking zou kunnen worden gelezen, de verhouding tussen de juridische certificaathouder en de economische certificaathouder geen rechtstreekse contractuele relatie tussen hen verlangt. Volgens hem is ook een economisch certificaathouder die via meerdere tussenschakels volledig economisch gerechtigd is – naar ik begrijp: tot de onderliggende aandelen – en gerechtigd is tot de uitoefening van vennootschapsrechtelijke bevoegdheden, enquêtegerechtigd, een en ander via – naar ik aanneem – de band van gelijkstelling. Volgens Oosterhoff 2017, *op. cit.*, p. 130, evenals Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 90, eist de Hoge Raad in de hier bedoelde beschikking niet dat er een contractuele band bestaat tussen de certificaathouder en de houder van het economisch belang. Verderop schreef hij dat de formulering van de cassatierechter (zekere) 'stapeling' lijkt toe te staan. *Vide* bovendien de noot, onder 2 (2e al.), van Maeijer bij de *Scheipar*-beschikking van de Hoge Raad; Geerts 2004, *op. cit.*, p. 58.

59 Hof Amsterdam (OK) 7 augustus 2002, *JOR* 2002/193, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/1, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Scheipar*).

60 HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.5.2 (*Scheipar*).

61 HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten, *AA* 2014/10, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2014/109, m.nt. P. Haas, r.o. 5.2.2 (*Slotervaartziekenhuis*).

62 Ook is mogelijk dat de aandeelhouder een of meer aandelen ten titel van beheer aan de STAK overdraagt, welke daartegenover aan de vervreemder van de aandelen certificaten van aandelen daarvan uitgeeft (certificering tegen aandelen); *vide* F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap* (diss. Nijmegen), Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 35, Deventer: Kluwer 1991, p. 16-17 en 169. *Vide* ook Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 520-521. In deze situatie is het de certificaathouder die destijds, voordat de certificering plaatsvond, op de genomen aandelen heeft gestort; *vide* Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 171. Certificering tegen aandelen laat ik verder rusten.

administratie genomen aandeel een certificaat – met dezelfde nominale waarde als dat aandeel – wordt uitgegeven,[64] aan de toekomstige certificaathouders. De van laatstgenoemden voor de certificaten aan de – in beginsel: de STAK – betaalde tegenprestatie zal vervolgens door deze worden aangewend ter storting op de met de certificaten corresponderende aandelen.[65] Aldus heeft de STAK formeel-juridisch op de aandelen gestort, maar in economische zin hebben de certificaathouders dat gedaan.[66]

Een 'certificaat' is een afgeleide van een aandeel in de zin dat het in vermogensrechtelijk opzicht een onzelfstandig karakter vertoont, nu het voor wat betreft (i) zijn voortbestaan, (ii) zijn waarde en (iii) de uitkeringen die erop worden gedaan, afhankelijk is van het onderliggende aandeel (lees: het aandeel waarmee het uitgegeven certificaat correspondeert).[67] Omdat in economische zin aan de zijde van de STAK een tegenprestatie ter zake van de verworven aandelen ontbreekt, is het gerechtvaardigd dat het economische belang (*vide infra*) bij de certificaathouders komt te liggen.[68]

De rechtsverhouding tussen de STAK en de certificaathouders is gebaseerd op een (wederkerige) overeenkomst,[69] waarvan de inhoud pleegt te worden vastgelegd in de – gewoonlijk: eenzijdig door eerstgenoemde opgestelde –[70]

63 *Vide* Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 11 en 196-197; Zaman 2004, *op. cit.*, p. 218; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 524; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 337; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/319; Quist, *op. cit.*, p. 578; Wolf 2016, *op. cit.*, p. 98; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 171 en 261. De STAK beheert de door haar genomen aandelen in het geplaatste kapitaal van een vennootschap. Men drukt dit ook wel aldus uit dat zij die aandelen in 'administratie' neemt; *vide* Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/319. Vandaar de naam stichting '*administratie*kantoor'.

64 *Vide* ook Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 57-58.

65 Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 171. Volgens Van den Ingh 1991, *loc. cit.* (voetnoot 57), is het ook denkbaar dat de certificaathouder de schuld van de STAK tot storting op de door haar genomen aandelen rechtstreeks aan de vennootschap voldoet.

66 Van den Ingh 1991, *l.s.c.* Zie ter zelfder plaatse ook: 'De verhouding tussen AK en certificaathouder valt primair als een beheerverhouding aan te merken. *Essentieel* [curs. RPJ] is daarbij dat hetgeen op het gecertificeerde aandeel is gestort, zo niet in juridische, dan toch in ieder geval in economische zin afkomstig is van de certificaathouder.' *Vide* ook Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 156 en 171-172. *Vide* bovendien Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 261, die sprak van de 'uiteindelijke kapitaalverschaffers'.

67 Van den Ingh 1991, *op.cit.*, p. 74. *Vide* ook Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 57-58. Volgens hen moet er tussen aandelen en certificaten een zeker verband bestaan en dat verband mag niet te ver verwijderd zijn. De certificaten moeten in zekere zin 'vereenzelvigd kunnen worden met de aandelen'. *Vide* mede Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 337, die spraken van een 'duidelijk' verband, dat huns inziens het meest sprekend is indien de aandeelhouder voor elk door hem gehouden aandeel een certificaat uitgeeft.

68 *Vide* Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 171 (in samenhang met p. 74 en 157).

69 *Vide* Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 81 en 88; Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 151, 154, 156 en 167; Zaman 2004, *op. cit.*, p. 216 en 218; Bos, *op. cit.*, p. 171-172; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/661; Wolf 2016, *op. cit.*, p. 98 *Vide* ook Van den Ingh 1991, *op. cit.*,

administratievoorwaarden,[71] hetwelk de voorwaarden zijn waaronder de STAK certificaten (van aandelen) uitgeeft[72] en waarin de rechten en verplichtingen die de evenbedoelde partijen (ten opzichte van elkaar) hebben, worden vastgelegd,[73] welke voorwaarden meestal, los van de verplichting tot het betalen van geld aan de STAK voor de certificaten (*vide supra*), voor de certificaathouder alleen maar rechten scheppen.[74] Door het nemen van die certificaten treden de certificaathouders tot (de bepalingen van) die voorwaarden, en de eventuele daarin aan te brengen wijzigingen, toe, zijn zij daaraan gebonden, waardoor er een verbintenisrechtelijke relatie tussen hen en de STAK ontstaat.[75]

Wie aandelen neemt, beschikt over de volle 'eigendom'[76] daarvan. Deze bestaat uit twee componenten, te weten de juridisch eigendom en de economisch eigendom.[77] De

---

p. 12, 7-18 en 73; Zaman 2004, *op. cit.*, p. 218; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 269 en 273; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/319; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 338. Die overeenkomst wordt wel beschouwd als een 'beheerovereenkomst' of een overeenkomst 'van eigen aard' (*sui generis*).

70 *Vide* Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 50 en 80; Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 154.

71 Op die lijn zit ook Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 12 en 154; Zaman 2004, *op. cit.*, p. 218; Bos, *op. cit.*, p. 172; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 273; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/661; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/319; Van der Heijden en Van der Grinten, *l.s.c.*; Quist, *op. cit.*, p. 578; Wolf 2016, *op. cit.*, p. 98; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 261. *Vide* nader Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 520-524 (alsmede het in voetnoot 121 geciteerde). Op de vraag of de administratievoorwaarden 'algemene voorwaarden' in de zin van afdeling 3 van titel 5 van Boek 6 BW zijn, zal ik niet ingaan. Verwezen zij naar Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 154-155; Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 82; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/664; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 338 (voetnoot 388). Eerstgenoemde vindt van wel, althans in beginsel. Tweedegenoemden zouden dat, bij gebreke van een duidelijke aanwijzing in de tekst van de wet of in de wetsgeschiedenis, niet willen aantonen. Derdegenoemden zijn van mening dat bij certificering van aandelen in (het geplaatste kapitaal van) een besloten vennootschap met een klein aandeelhoudersbestand en een eigen STAK, daar geen sprake van is, maar dat verdedigbaar is dat zulks anders ligt bij de administratievoorwaarden van een algemeen STAK die de certificaten van enkele, veelal beursgenoteerde, vennootschappen beheert. Laatstgenoemden stelden zich op het standpunt dat algemene voorwaarden geen administratievoorwaarden in de zin van art. 6:233 BW zijn ingeval de STAK overeenkomstig die voorwaarden met de aandeelhouder die zijn aandelen aan haar overdraagt, een overeenkomst aangaat.

72 Quist, *op. cit.*, p. 578.

73 In die richting ook Quist, *l.s.c. Vide* mede Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 50 en 80; Zaman 2004, *op. cit.*, p. 218.

74 *Vide* Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 81 en 87-88; Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 156; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/663-664 (*i.f.*). *Vide* ook Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 338.

75 *Ibid*. *Vide* ook Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 50, 80 en 87; Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 156; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 261.

76 In navolging van Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 521 (voetnoot 120) schrijf ik 'eigendom' in dit verband tussen aanhalingstekens, omdat alleen zaken voorwerp van eigendom kunnen zijn. *Vide* ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2013/289.

77 *Vide* over economisch eigendom *in genere* W.G. Huijgen, 'Wat is economische eigendom?', in: A.G. Castermans *et al.* (red.), *De landsadvocaat, voor deze. Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 101-108.

eerstbedoelde eigendom omvat in dit verband de eerdergenoemde aan een aandeel verbonden zeggenschapsrechten en financiële rechten,[78] het recht tot vervreemding[79] en tot bezwaring van de aandelen en het recht op de (economische) waarde ervan.[80] Die waarde omvat in dit verband (1) alle betalingen die uit hoofde van Boek 2 BW door de vennootschap *op* de aandelen worden gedaan, men denke aan (a) de uitkering van winst, zo het gaat om gewone aandelen,[81] (b) de uitkering van (vrije) reserves, (c) de uitkering van het liquidatiesaldo, indien aanwezig, en (d) de uitkering in geval van kapitaalvermindering met terugbetaling,[82] en (2) de betalingen die *voor* de aandelen worden gedaan, men denke aan (a) de (verkoop)opbrengst in geval van vervreemding en (b) de ontvangen prijs in geval van toepassing van de uitkoop- of geschillenregeling.[83] De laatstbedoelde eigendom is het 'economisch belang' (bij de (waarde van de) aandelen). Deze ligt in de evenbedoelde waarde.[84]

78 Terecht merkten Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 55 dan ook het volgende op: 'De formulering: recht op bepaalde rechten verbonden aan een aandeel, suggereert dat de certificaathouder rechtstreeks een recht op een aan een aandeel verbonden recht heeft. Aan een aandeel zijn dividendrechten verbonden. Heeft de certificaathouder recht op het dividend(recht)? Nee, hij heeft jegens het administratiekantoor recht op uitkering van een bedrag, gelijk aan het dividend, dat op de aandelen is betaald.' (onderstreping auteurs)

79 Een aandeel is, in beginsel, voor *overdracht* vatbaar (*vide* art. 3:1 BW *iuncto* art. 3:6 BW *iuncto* art. 3:83 BW *iuncto* art. 2:64 (175), eerste lid, BW). Om dat te kunnen bewerkstelligen dient blijkens art. 3:84, eerste lid, BW aan drie (cumulatieve) vereisten te zijn voldaan, waaronder het vereiste dat de vervreemder *beschikkingsbevoegd*, waarmee wordt bedoeld de bevoegdheid om het goed te kunnen vervreemden (lees: een ander tot rechthebbende maken) of bezwaren, is. Degene die over de juridisch 'eigendom' van een of meer aandelen beschikt, is, in beginsel, privatief beschikkingsbevoegd.

80 *Cf.* Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 55-56. Volgens hem zal het geen bestrijding ontmoeten indien gesteld wordt dat 'het recht van eigendom een band schept tussen een persoon en een object (een zaak) en dat die band *in principe* [curs. aut.] met zich brengt dat aan de eigenaar de (economische) waarde van het betrokken object toekomt'. Naar zijn opvatting kan het bestaan van een economisch eigenaar nimmer tot de conclusie voeren dat 'de juridische eigenaar, met behoud van de band met het object, het recht op de waarde van het goed heeft verloren'. Wie betoogt dat het bij economisch eigendom gaat over een splitsing in 'recht' en 'waarde', heeft het zijns inziens dan ook 'bij het verkeerde eind'.

81 Blijkens art. 2:216, zevende lid, BW kan immers bij de statuten worden bepaald dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding géén, of slechts een beperkt, recht geven op deling in de winst of reserves van de vennootschap. *Vide* ook art. 2:190 BW en art. 2:228, vijfde lid, laatste volzin, BW.

82 *Vide* ook Prinsen, *op. cit.*, p. 59; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 622-623, 576 (alsmede voetnoot 227 (*i.f.*)) en 577.

83 *Vide* ook Uniken Venema en Eisma en Van den Ingh 1991 als aangehaald in voetnoot 96 *infra*.

84 *Cf.* Van Mourik 1981, p. 55: 'De economische dimensie van het recht van eigendom houdt in principe in dat *het belang* bij de betrokken zaak, hetwelk in *de waarde* van het object is gelegen, berust bij de eigenaar.' (curs. auteur) *Vide* ook C.Æ. Uniken Venema, 'Verzelfstandigd economisch belang in recht en praktijk', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.J. Bruisten en A.F. Verdam (red.), *En na de crisis? Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen 1930-2010* (NGB 16e lustrum), Deventer: Kluwer 2010, p. 323, alwaar hij opmerkte dat in het recht van eigendom van enig goed in beginsel het (economisch) belang verondersteld wordt. Het belang, zo vervolgde hij, ligt dikwijls verscholen binnen een subjectief recht.

Certificering van aandelen brengt de afsplitsing van de economisch 'eigendom',[85] oftewel het economisch belang,[86] van de aandelen van de juridisch 'eigendom' daarvan teweeg,[87] in welk geval degene die de aandelen heeft genomen, niet langer

85 Volgens Huijgen 1995a, *op. cit.*, p. 90 en Huijgen 1995b, *op. cit.*, p. 64 is er in geval van certificering, strikt genomen, geen sprake van economisch eigendom, nu aan de certificaathouder niet, ook niet indirect, 'alle rechten en plichten ten aanzien van het aandeel' toekomen. *Vide* ook G.T.M.J. Raaijmakers, 'Synthetische aandelenbelangen in beursvennootschappen', in: *Achter de schermen van beursaandeelhouders* (Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 5 en het door hem in voetnoot 10 aangehaalde. Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 145 is, anders dan Huijgen, van mening dat er geen essentieel verschil is tussen certificering en economische overdracht. Naar mijn opvatting draait het bij (de afsplitsing van) de economisch 'eigendom' van aandelen, oftewel het economisch belang daarbij, naar de kern bezien hierom dat uit hoofde van een overeenkomst de *waarde* van die aandelen *in economische zin* aan een derde toekomt. Uit die overeenkomst vloeit voor diegene een verbintenisrechtelijke aanspraak te dier zake voort. Zeggenschapsrechten noch financiële rechten gaan in een geval als hier bedoeld over; zij blijven berusten bij degene die over de (gecertificeerde) aandelen beschikt. *Vide* mede voetnoot 78 *supra*.

86 Ik beschouw 'economisch eigendom' en 'economisch belang' gemakshalve als synoniemen van elkaar. *Vide* ook A.J.S.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Serie Recht en Praktijk, Ondernemingsrecht, deel ONR8, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 28 (alsmede het schema op p. 31), alwaar hij opmerkte dat het (volledige) economisch belang ook wel, 'minder zuiver', de economisch eigendom wordt genoemd, hetwelk ik deel, nu 'economisch eigendom' suggereert dat er ook twee eigenaars zijn, *quod non*. Anders: Raaijmakers 2007, *op. cit.*, p. 5, die daartussen een verschil lijkt te zien, welk verschil erin ligt, als ik hem goed begrijp, dat in geval van afsplitsing van economisch eigendom de economisch eigenaar 'doorgaans' ook de rechten heeft die aan een aandeel zijn verbonden, terwijl dat in geval van afsplitsing van economisch belang kennelijk niet zo is. Hoewel Uniken Venema 2010, *op. cit.*, p. 339 bij deze redengeving een kanttekening plaatste, kon hij volledig met Raaijmakers instemmen als hij ervoor kiest te spreken over (men leze: van) 'economsich belang' en niet over 'economische eigendom'. *Vide* echter ook Uniken Venema 2010, *op. cit.*, p. 329, *para* 2.5, eerste volzin.

87 In gelijke zin Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/289 en 319; Wolf 2016, *op. cit.*, p. 97. *Cf.* Uniken Venema 2010, *op. cit.*, p. 323 *et seq.* Certificering behelst dus níét een splitsing tussen de aan het aandeel verbonden zeggenschapsrechten en financiële rechten. Al die rechten blijven berusten bij degene die de aandelen heeft genomen, dan wel degene aan wie ze zijn overgedragen. *Vide* ook het in voetnoot 78 *supra* geciteerde. Onjuist, althans onzuiver, acht ik dan ook Huijgen 1995b, *op. cit.*, p. 64; Zaman 2004, *op. cit.*, p. 215; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/658; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/319; Oosterhoff 2016, *op. cit.*, p. 187. *Vide* ook Huijgen 1995a, *op. cit.*, p. 86 en 90; Wolf 2016, *op. cit.*, p. 97. Overigens, en wellicht ten overvloede, wijs ik erop dat als de aandeelhouder aan de certificaathouder een volmacht (*vide* art. 3:60 *et seq.* BW) heeft verleend, daarin níét besloten ligt dat een of meer van de aan de gecertificeerde aandelen verbonden rechten thans toekomen aan laatstgenoemde. *Cf.* Huijgen 1995a, *op. cit.*, p. 65-67 en 86. Immers, in geval van *e.g.* een volmacht voor de algemene vergadering wordt de certificaathouder, de gevolmachtigde, slechts in staat gesteld om op die vergadering de aandeelhouder, de volmachtgever, te *vertegenwoordigen* en aldaar *namens* hem het woord te voeren en stem uit te brengen, waaraan niet afdoet als een (specifieke) steminstructie aan de gevolmachtigde ontbreekt of de volmachtgever zelf is uitgeloten om de aan zijn aandelen verbonden stemrechten uit te oefenen (*vide* art. 2:118a, eerste lid, BW). Verschijnt ter

over de volle 'eigendom' daarvan beschikt, maar over de 'bloot eigendom',[88] waarbij ik mij haast om op te merken dat men de vorenbedoelde (af)splitsing niet letterlijk moet nemen in de zin dat er daardoor twee eigenaars ontstaan; er is er te dezen maar één. De aan de STAK uitgegeven, of overgedragen,[89] aandelen vallen in haar vermogen.[90] Hiermee wordt bedoeld dat zij in goederenrechtelijke zin de 'juridisch eigenaar' van, of, anders gezegd, de 'juridisch rechthebbende op' dan wel 'juridisch gerechtigde tot', die aandelen is.[91] Zij is, kortweg, de 'juridisch aandeelhouder'. De certificaathouders zijn 'economisch eigenaar' van, of, anders gezegd, 'economisch rechthebbende op' dan wel 'economisch gerechtigde tot', die aandelen.[92] Zij zijn, kortweg, de 'economische aandeelhouders'. Hierin ligt besloten dat zij het economisch belang bij de onderliggende aandelen hebben.[93]

algemene vergadering zowel de volmachtgever als de gevolmachtigde, dan is alleen de eerstbedoelde, de aandeelhouder, bevoegd het stemrecht op de aandelen uit te oefenen. In gelijke zin Perrick, *op. cit.*, p. 34 (voetnoot 71). Het verlenen van een 'onherroepelijke' volmacht is niet mogelijk; *vide* Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 145. Anders: Huijgen 1995a, *op. cit.*, p. 67-68; Huijgen 1995b, *op. cit.*, p. 65-66. Ook een privatieve last als bedoeld in art. 7:423, eerste lid, BW, uit hoofde waarvan bedongen kan worden de lasthebber een aan de lastgever toekomend recht 'in eigen naam en met uitsluiting van de lastgever' zal uitoefenen, tot uitoefening van het stemrecht (of van álle aan de aandelen verbonden rechten) is niet mogelijk; *vide* J.M.M. Maeijer, 'Reactie. Economische eigendom van aandelen; het vennootschapsrecht wijkt niet' (reactie op Huijgen 1995b), *WPNR* 1995/6182, p. 338; Perrick, *op. cit.*, p. 34 (voetnoot 71) en het door hem aangehaalde; Van Schilfgaarde 2017, *loc. cit.* Anders: Huijgen 1995a, *op. cit.*, p. 68-69; Huijgen 1995b, *op. cit.*, p. 66; W.G. Huijgen, 'Naschrift', *WPNR* 1995/6182, p. 343. De rechten verbonden aan de aandelen blijven dus (ook alsdan) liggen bij de aandeelhouder (het blijven *zijn* rechten); van afsplitsing daarvan t.g.v. de certificaathouder is geen sprake. Kortom, de *uitoefening* van de hier bedoelde rechten (namens de eigenaar) moet worden onderscheiden van het *toebehoren* ervan. Een en ander kán bij een en dezelfde persoon liggen, maar dat hoeft niet. *Cf.* art. 2:88 (197) BW en art. 2:89 (198) BW. In beginsel ligt het stemrecht op verpande aandelen of aandelen waarop vruchtgebruik is gevestigd, bij de aandeelhouder, maar onder bepaalde omstandigheden kan dat toekomen aan de pandhouder of de vruchtgebruiker, die het *in eigen naam* kan uitoefenen. Hier is sprake van een wettelijke uitzondering.

88 *Vide* ook Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 1-2.

89 *Vide* Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 16 en 17, i.h.b. de laatste al.; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 261.

90 Aldus ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/658; Van Schilfgaarde 2017, *l.s.c.*

91 *Vide* ook Van Schilfgaarde 2017, *l.s.c. Vide* daarnaast Slagter 2005, *op. cit.*, p. 269; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/658; Wolf 2016, *op. cit.*, p. 97. *Vide* tevens Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 52, 79 en 87. *Vide* voorts Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 172-173.

92 Aldus ook Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 172. Kennelijk evenzo Slagter 2005, *op. cit.*, p. 269.

93 *Vide* ook Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 74, alwaar hij opmerkte dat de certificaathouder in economische zin gerechtigd is tot een onderliggend aandeel, reden waarom een certificaat een economisch belang verschaft bij dat aandeel.

De STAK verwerft en administreert (beheert) de aandelen ten titel van beheer, waarmee wordt bedoeld dat zij die aandelen – in beginsel: geheel en al (lees: volledig) – voor rekening en risico[94] van de certificaathouders houdt. Daarin ligt besloten dat hoewel formeel(-juridisch) aan haar, als juridisch aandeelhouder, de waarde van de door haar in administratie gehouden aandelen toekomt in de zin dat zij alle betalingen op of voor die aandelen opstrijkt, al dan niet, wat dat eerste betreft, door het desnodig en desmogelijk uitoefenen van de aan die aandelen verbonden financiële rechten, is zij op grond van de tussen haar en de certificaathouders vigerende overeenkomst als belichaamd in de administratievoorwaarden (*vide supra*) gehouden aan laatstgenoemden, de economische aandeelhouders, een met die waarde overeenstemmend bedrag uit te (doen) keren,[95] zodat in economische zin de waarde van de gecertificeerde aandelen aan hen toekomt, waarbij zich voegt dat de waarde die uiteindelijk aan hen toekomt, niet slechts correspondeert met de waarde van de aandelen op het moment van de certificering (lees: de afsplitsing van de economisch eigendom), maar ook dat een eventuele waardestijging of -daling nadien te hunnen voordele of te hunnen nadele komt.[96] Hierdoor worden de certificaathouders zoveel mogelijk in de positie van de

94 De STAK houdt de in administratie genomen aandelen (geheel en al, d.w.z. volledig) 'voor rekening en risico' van de certificaathouders. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat bij hen het economisch belang bij de gecertificeerde aandelen ligt, en dat eventuele waardevermeerderingen of -verminderingen te hunnen voordele of te hunnen nadele komt. *Vide* ook Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 65-66; Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 15-17; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/658. *Cf.* HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.5.2-3.5.3 (*Scheipar*), waarin de cassatierechter sprak van het 'geheel en al voor rekening en risico' houden van certificaten respectievelijk het hebben van 'het economisch belang'. Daarmee wordt hetzelfde bedoeld. De keuze voor een van beide hangt van de focus af: degene die zijn economisch belang 'overdraagt' of degene aan wie dat is 'overgedragen'. Persoon A houdt (certificaten van) aandelen voor rekening en risico van persoon B en persoon B is houder van het economisch belang bij (de waarde van) de (certificaten van) aandelen.

95 *Vide* ook, in geval van aan de STAK gedane uitkeringen in de vorm van aandelen, voetnoot 99 *infra*.

96 *Vide* ook Mourik 1988, *op. cit.*, p. 167; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/658; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 521. Naar de mening van Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 50-51 is de belangrijkste aanspraak die de certificaathouder jegens de STAK pleegt te hebben, die op 'uitbetaling van een bedrag gelijk aan het bedrag van de door het administratiekantoor als houder van de gecertificeerde aandelen ontvangen uitkeringen, zowel die van winst en reserves als die terzake [*sic*] van kapitaalterugbetaling en liquidatiesaldo, en van de ontvangen opbrengst in geval van vervreemding.' Verderop, op p. 56 (*vide* ook p. 82), lezen wij: 'Een tweede hoofdkenmerk [van een certificaat, toev. RPJ] zie ik in de eis dat de certificaathouder jegens de uitgever van de certificaten aanspraak moet hebben op betaling van een bedrag gelijk aan de opbrengst van de desbetreffende aandelen, waarbij ik "opbrengst" in beginsel in ruime zin zou willen verstaan: niet alleen de vruchten, maar ook de terugbetalingen van kapitaal en vermogen en de opbrengst bij vervreemding.' (Men leze overigens de twee aantekeningen van de auteurs achter dit citaat.) Volgens Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 74 en 157-158 omvat het economisch belang 'in beginsel', allerlei afwijkingen zijn namelijk mogelijk, (1) 'alle' uitkeringen, men denke aan uitkeringen (a) uit winst of reserves, zowel tijdens het bestaan van de vennootschap als na ontbinding ervan, en (b) in verband met kapitaalvermindering, die op het (gecertificeerde) aandeel worden gedaan, althans de waarde van die uitkeringen indien deze worden gedaan in de vorm van aandelen, en (2) in het in de regel alleen

juridisch aandeelhouder (lees: de STAK) gebracht; zij kunnen de waarde van de gecertificeerde aandelen benutten als ware zij zelf juridisch aandeelhouder.[97] Ziedaar de kern van het economisch belang. Kort en goed: de betalingen op of voor de aandelen worden van de vennootschap via de STAK, op grond van een overeenkomst, doorgesluisd naar de certificaathouders. Tweedegenoemde fungeert slechts als doorgeefluik.[98]

In de regel zal in de administratievoorwaarden zijn bepaald dat de STAK álle uitkeringen[99] die op de door haar in administratie (lees: ten titel van beheer) gehouden aandelen worden gedaan, zal innen en onmiddellijk, althans zo spoedig mogelijk, na ontvangst een overeenkomstige uitkering op de certificaten, eventueel onder aftrek van (beheer)kosten,[100] betaalbaar zal stellen aan de certificaathouders,[101] waarvan zij

---

in bepaalde gevallen opeisbaar recht op een aandeel of hetgeen daarvoor in de plaats treedt, waarbij men, wat dat laatste betreft, moet denken aan de opbrengst van de vervreemding door de STAK van de gecertificeerde aandelen aan derden alsook aan de prijs die deze na toepassing van de uitkoop- of geschillenregeling voor de gecertificeerde aandelen ontvangt. *Cf.* Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 57. Naar zijn gevoelen kan een economisch eigenaar 'niets anders hebben dan een verbintenisrechtelijke aanspraak jegens de juridisch eigenaar. De waarde van die aanspraak correspondeert met de waarde van het object van het recht van eigendom. Sterker nog, de aanspraak komt niet slechts overeen met de waarde van het object op het moment van de overeenkomst waarbij de "economische eigendom" in het leven werd geroepen. Nee, ook de waardervermeerdering c.q. -vermindering dient uiteindelijk ten goede te komen aan c.q. ten laste te komen van de economisch eigenaar. In economisch opzicht berust *het belang* [curs. aut.] bij de zaak bij de wederpartij van de juridische eigenaar'.

97 *Vide* ook Van Mourik 1988, *op. cit.*, p. 167; Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 51. *Cf.* Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 57: 'In feite is de man [*i.e.* de economisch eigenaar, toev. RPJ] "economisch belanghebbende als ware hij [juridisch, toev. RPJ] eigenaar".'

98 *Vide* Quist, *op. cit.*, p. 578, alwaar staat dat de statuten van een STAK doorgaans aldus zijn ingericht dat deze, voor wat betreft de uitkeringen, als 'doorgeefluik' fungeert.

99 Uitkeringen kunnen in geld worden gedaan, maar ook in aandelen, zoals bonusaandelen, hetwelk een aandeel is dat ten laste van de reserves wordt uitgekeerd, waardoor die reserve in zoverre – zonder dat een contante storting door de aandeelhouder vereist wordt – duurzaam wordt omgezet in kapitaal, waartoe twee gelijktijdige handelingen worden verricht, te weten (i) de uitkering van reserves en (ii) het doen storten van deze reserves op de nieuw uit te geven aandelen. Er is in deze situatie (dus) geen sprake van uitkering van *winst* op aandelen, maar van uitkering van *reserves* daarop in de vorm van aandelen. *Vide* Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 577. In de administratievoorwaarden zal doorgaans zijn bepaald dat eventuele door de vennootschap aan de STAK op de door deze in administratie genomen aandelen gedane uitkeringen in de vorm van bonusaandelen, bijschrijvingen op aandelen, stockdividenden of dergelijke door de STAK zoveel mogelijk in de vorm van (bijschrijvingen op) certificaten aan de certificaathouders beschikbaar zullen worden gesteld. Die aandelen zal de STAK eveneens ten titel van beheer houden. *Vide* ook Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 158.

100 *Vide* Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 157; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/658; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 339. In de administratievoorwaarden kan (expliciet) bepaald zijn dat de uitkeringen zonder aftrek of berekening van kosten zullen worden uitbetaald.

101 In essentie evenzo Wolf 2016, *op. cit.*, p. 98 en 103. Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 338 schreven dat de certificaathouder jegens de STAK '[s]teeds' het recht zal hebben dat de op het (gecertificeerde) aandeel gedane uitkeringen aan de certificaathouder ten goede komen. Niettemin zijn met behoud van dat uitgangspunt vele varianten mogelijk en komen in de praktijk vele varianten voor, aldus deze auteurs. Volgens Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 159 gaan de uitkeringen op de

aan hen mededeling doet, alsmede dat hun vordering tot uitkering daarvan binnen een bepaald tijdsverloop zal vervallen.[102] Buitendien kán, doorgaans is het doel van de STAK namelijk beperkt tot het *beheren* van de aandelen,[103] hetgeen in sommige administratievoorwaarden aldus is vormgegeven dat daarin (expliciet) is bepaald dat daarvan is uitgesloten het vervreemden ervan of dat de STAK daartoe, onverminderd hetgeen in haar statuten is bepaald, niet bevoegd is,[104] in die voorwaarden zijn

aandelen, al dan niet in gewijzigde vorm, normaal gesproken via de STAK naar de certificaathouders en is het minder gebruikelijk dat deze rechtstreeks door de vennootschap aan hen worden uitgekeerd. Anders: Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 262, volgens wie in de praktijk het dividend meestal rechtstreeks aan de certifcaathouders wordt uitgekeerd. Ik wijs erop dat, hoewel minder gebruikelijk, in de administratievoorwaarden kán zijn bepaald dat de STAK met de vennootschap kan overeenkomen dat dividenden en andere uitkeringen door de vennootschap rechtstreeks aan de certificaathouders zullen worden betaald. *Vide e.g.* art. 4.2 van de administratievoorwaarden van Stichting Administratiekantoor Unilever N.V.

102 *Vide* ook Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 157 (voetnoot 18), die opmerkte dat die hoofdverplichting, houdende dat alle uitkeringen (*vide* nader p. 158) die de STAK op de (door haar in administratie gehouden) aandelen ontvangt, aan de certificaathouders ten goede dienen te komen, eventueel onder aftrek van beheerkosten, normaal gesproken expliciet in de administratievoorwaarden zal zijn opgenomen. *Vide* mede Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 521.

103 Quist, *op. cit.*, p. 578.

104 Volgens Quist, *l.s.c.* is in de statuten van – kennelijk: de STAK – vaak, *inter alia*, bepaald dat zij, anders dan ter decertificering waarbij de aandelen aan de certificaathouders worden overgedragen, niet bevoegd is de gecertificeerde aandelen te vervreemden. Verderop lezen wij echter dat in veel gevallen in de administratievoorwaarden is bepaald dat de STAK in bepaalde gevallen de door haar in administratie genomen aandelen direct mag verkopen en leveren, met dien verstande dat zij de opbrengst daarvan zal uitkeren aan de certificaathouders. Volgens Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/666 wordt in de statuten, of in de administratievoorwaarden, meestal bepaald dat, met uitzondering van decertificering, de STAK de aandelen niet mag vervreemden. Ook daarzonder geldt huns inziens dat de STAK, behoudens uitzonderingen, beschikkingsonbevoegd is, welke stelling zij wellicht hierop doen steunen dat de STAK de gecertificeerde aandelen slechts 'ten titel van beheer' houdt. *Vide* ook A.J. Zonnevylle, 'Biedt het wettelijk pandrecht bescherming aan de certificaathouders bij onbevoegde vervreemding van aandelen door het administratiekantoor?', *V&O* 2002, nr. 7/8, p. 122-125. *Cf.* Perrick, *op. cit.*, p. 17 *et seq.* (alsmede voetnoot 50 en 56); Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 294-295; T.D.J. Oosterink, 'De overdracht van een aandeel in strijd met een blokkeringsregeling', *AA* 2013/3, p. 187-196; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 148-150. Zonder toelichting, die ontbreekt, vermag ik niet in te zien uit welken hoofde de STAK beschikkingsonbevoegd zou zijn. Het goederenrechtelijk uitgangspunt is immers dat de rechthebbende op aandelen – dat is ontegenzeggelijk de STAK – (privatief) bevoegd is daarover te beschikken in de zin van het kunnen vervreemden of bezwaren. Zijn beschikkingsbevoegdheid kan niet bij contractueel beding worden ontnomen, zodat een vervreemdingsverbod geen privatieve (lees: berovende) werking heeft, waarmee wordt bedoeld dat met betrekking tot het goed waarvoor dat verbod geldt, de rechthebbende tegenover derden beschikkingsbevoegd blijft. *Vide* A.L.M. Keirse en Y.E.M. Beukers, in: *GS Vermogensrecht* art. 3:84 BW, aant. 90.1 en 90.3. Indien al zou moeten worden aangenomen dat de goederenrechtelijke overdracht in de zin van art. 3:84, eerste lid, BW niet kan worden gerealiseerd in geval van gecertificeerde aandelen, dan vraag ik mij dan ook af of dat niet veeleer verband houdt met de (on)overdraagbaarheid van het goed zelf (kan dat worden overgedragen?) dan met de beschikkings(on)bevoegdheid van de vervreemder (is deze bevoegd om over het goed te beschikken?). Maar daar zou dan in Boek 2 BW een juridische kapstok voor moeten worden gevonden die een uitzondering maakt op het uitgangspunt dat aandelen in het

bepaald dat de STAK – met toestemming van de van de houder(s) van de daartegenover uitgegeven certificaten – de door haar in administratie gehouden aandelen mag vervreemden, in de zin van verkopen en leveren, aan een derde, *e.g.* de vennootschap in wier geplaatste kapitaal zij die aandelen houdt, een en ander tegen intrekking van de desbetreffende certificaten en onmiddellijke betaling van de verkoopopbrengst aan die certificaathouder(s).[105] Uitgaande van de situatie waarin de STAK haar aandelen níét mag vervreemden, dan beschikken de certificaathouders over het *volledige* economische belang[106] (*vide* ook § 7.1.2.3) bij de gecertificeerde aandelen, indien de administratievoorwaarden bepalen dat, kort gezegd, álle betalingen daarop aan hen ten goede komen. Mag zij die aandelen wél vervreemden, dan is er sprake van een belang als evenbedoeld, indien, kort gezegd, niet alleen alle betalingen *op*, maar ook alle betalingen *voor*, de gecertificeerde aandelen aan hen ten goede komen. In beide situaties is de, met de hier bedoelde aandelen verband houdende, (waarde van de) geldstroom die bij de STAK binnenkomt, immers gelijk aan de (waarde van de) geldstroom die naar buiten (lees: de certificaathouders) gaat.

Certificaathouders hebben een – toekomstig (en voorwaardelijk) – jegens de STAK uit te oefenen verbintenisrechtelijke aanspraak,[107] een vorderingsrecht,[108]

geplaatste kapitaal van een naamloze/besloten vennootschap overdraagbaar zijn (*vide* art. 3:1 BW *iuncto* art. 3:6 BW *iuncto* art. 3:83, derde lid, BW *iuncto* art. 2:64 (175), eerste lid, BW), zij het in sommige gevallen met een daaraan verbonden beperking (*vide* art. 2:87 BW en art. 2:195 BW). Zulk een kapstok zie ik zo een-twee-drie niet.

105 *Vide* ook Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 521.

106 Volgens Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 172 komt het er – naar hij kennelijk bedoelt: bij certificering – op neer dat de certificaathouder het 'volledige' economische belang bij de onderliggende aandelen heeft, hoewel, zo voegde hij er direct aan toe, denkbaar is dat hij slechts een deel daarvan heeft. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/661 stelden dat de rechten van een certificaathouder in de regel dusdanig zullen zijn dat het economisch belang 'grotendeels' bij hem berust. *Vide* ook nr. 658, alwaar zij schreven dat de STAK de aandelen voor rekening van de certificaathouder houdt en dat zulks inhoudt dat laatstgenoemde '*het* [curs. RPJ] financieel-economisch belang' heeft. Tevens wijs ik op Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/319, alwaar zij schreven dat de aan het (gecertificeerde) aandeel verbonden financiële rechten 'volledig' toekomen aan de certificaathouder. Overigen noem ik Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 61-62.

107 In die richting ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/661.

108 Huijgen 1995a, *op. cit.*, p. 90-91; Slagter (deel 1) 2013, *l.s.c.*

waarvan de waarde correspondeert met de waarde, eventuele waardeveranderingen daaronder begrepen, van die aandelen.[109] Het certificaat van aandeel belichaamt deze (obligatoire) aanspraak,[110] dat vorderingsrecht,[111] oftewel het economisch belang,[112] waarvan de inhoud (nader) wordt bepaald in de administratievoorwaarden.[113] Uit dit een en ander volgt dat de certificaathouder een *eigen* – in de zin van: niet-afgeleid – economisch belang bij de achterliggende aandelen heeft; hij is degene die, uit hoofde van de eerdergenoemde overeenkomst, dat belang jegens de STAK geldend kan maken en het, desnodig, ook in rechte kan afdwingen.

Overigens, certificaten zijn, zoals gezegd, vorderingsrechten,[114] althans vermogensrechten,[115] (jegens de STAK). Dergelijke rechten zijn, in beginsel, overdraagbaar (*vide* art. 3:83 BW).[116] Dit impliceert dat de (oorspronkelijke) certificaathouder zijn certificaten – en daarmee zijn economisch belang bij de hier bedoelde aandelen – kan overdragen aan een opvolgend certificaathouder. Wat zich ook laat denken, is dat zij met elkaar een overeenkomst sluiten uit hoofde waarvan eerstgenoemde

109 *Cf.* Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 57. Volgens Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 62 kan de geringe aan een certificaat verbonden zeggenschapsmacht echter leiden tot een discrepantie. Er veronderstellenderwijs van uitgaande dat (i) voor ieder gecertificeerd aandeel één certificaat wordt uitgegeven, (ii) het certificaat dezelfde nominale waarde heeft als het onderliggende aandeel en (iii) het volledige economische belang bij de certificaathouder is komen te rusten, dan zal, naar mijn visie, de aanspraak van de certificaathouder corresponderen met de waarde van de onderliggende aandelen. Die waarde omvat alle betalingen die op of voor die aandelen worden gedaan. Het antwoord op de vraag of er aan een certificaat, naast financiële aanspraken, ook een of meer zeggenschapsrechten zijn verbonden, is niet ter zake doende; de waarde van het certificaat volgt de waarde van 'zijn' aandeel.

110 Volgens Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 61-62 belichaamt het certificaat een 'geheel van aanspraken' jegens het administratiekantoor, welke aanspraken worden geconcretiseerd in de administratievoorwaarden en waarvan de waarde in de praktijk veelal zal overeenstemmen met de waarde van het onderliggende aandeel. *Vide* echter voetnoot 109 *supra*.

111 *Vide* Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 19; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/661.

112 *Vide* Van Mourik 1981, *op. cit.*, p. 61 (alsmede voetnoot 30). *Vide* ook Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 145, alwaar hij schreef dat een certificaat een tegen de aandeelhouder geldend te maken 'contractueel recht [is, toev. RPJ] waarin het economisch belang tot uitdrukking komt'. Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 337 spraken hiervan dat het certificaat een 'schuldplichtigheid' van de aandeelhouder is, welke inhoudt dat deze het aandeel voor rekening van de certificaathouder houdt in de zin dat de daarop gedane uitkeringen ten goede komen aan de certificaathouder.

113 Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 50 en 87-88; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/661.

114 Uniken Venema en Eisma, *op. cit.*, p. 62; Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 76 en 128-129; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 339. *Vide* ook Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 77.

115 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/661; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 523.

116 *Vide* ook Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 129; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/661; Van der Heijden en Van der Grinten, *l.s.c.*

louter de (volledige) economisch 'eigendom' van zijn certificaten aan laatstgenoemde (diegene wordt dan de 'economisch gerechtigde tot' dan wel 'economisch rechthebbende op' certificaten van aandelen, oftewel de 'economisch certificaathouder') 'overdraagt'[117,118] ten gevolge waarvan eventuele betalingen op of voor de gecertificeerde aandelen via twee tussenschakels, namelijk de STAK en de juridisch certificaathouder (*i.e.* de juridisch rechthebbende op de certificaten), omhoog worden gepompt van de vennootschap naar hem, de economisch certificaathouder (*i.e.* de economisch rechthebbende op de certificaten). Aldus komt de (daarmee corresponderende) waarde van die aandelen uiteindelijk aan hem ten goede. Nu hij te dier zake een uit de zo-even genoemde overeenkomst voortvloeiende obligatoire aanspraak jegens de juridische certificaathouder heeft, is er sprake van een eigen economisch belang (*vide* ook § 7.1.2.3). Op een wijze als hierboven bedoeld kan er met dat belang worden geschoven.

Ik borduur nog even op die laatstbedoelde situatie voort. In geval van een juridisch eigenaar en een economisch eigenaar zal laatstgenoemde dat vorderingsrecht jegens eerstgenoemde moeten uitoefenen. Zoals gezegd, kan de economisch eigenaar de economisch eigendom 'overdragen' aan een derde of aan een opvolgend economisch eigenaar. Dit kan geschieden langs de weg van contractsoverneming (*vide* art. 6:159 BW).[119] Als de juridisch eigenaar daar zijn medewerking niet aan heeft

117 Zie over de 'overdracht' – hetwelk ik tussen aanhalingstekens schrijf nu er niets wordt overgedragen in de zin van art. 3:84, eerste lid, BW (*vide* Huijgen 1995a, *op. cit.*, p. 14. *Vide* ook Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 145), er is hier slechts sprake van een bijzonder soort overeenkomst (*vide* Huijgen 1995a, *loc. cit.*) – van economisch eigendom, Huijgen 1995b. *Vide* ook Uniken Venema, *op. cit.*, p. 338, alwaar hij opmerkte dat in de aanduiding overdracht van het economisch belang de term 'overdracht' in een oneigenlijke betekenis wordt gebruikt, nu er in juridische zin in de door hem bedoelde gevallen er (slechts) sprake is van een 'contractueel geregelde toerekening' van bepaalde voor- en nadelen die voortvloeien uit de effecten of goederen. Waar het zijns inziens om gaat, is dat het economisch belang door een transactie als door hem aangeduid bij een ander gaat berusten dan het betrokken eigendomsrecht.

118 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 7 augustus 2002, *JOR* 2002/193, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/1, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Scheipar*); HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart (*Scheipar*). Hetzelfde geldt – uiteraard – evenzeer voor een economische aandeelhouder niet zijnde een certificaathouder. *Vide* in dat verband hof Amsterdam (OK) 9 december 1999, *JOR* 2000/33, *Ondernemingsrecht* 2000/28, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Sito Distributiecentrum*), waarin de Ondernemingskamer overwoog dat nu vaststaat dat de verzoekster de economisch eigendom heeft van 25% van de aandelen in het kapitaal van Sito Distributiecentrum, haar positie daarmee gelijk is te stellen aan die van een houder van certificaten van aandelen. *Vide* voorts hof Amsterdam (OK) 27 juni 2003, *ARO* 2003/113, r.o. 3.7 (*Johnny Hoes*), waarin de Ondernemingskamer niet vermocht in te zien wat, materieel gezien, het verschil is tussen een certificaathouder en een economisch rechthebbende op aandelen.

119 Huijgen 1995b, *op. cit.*, p. 64.

verleend, dan blijft de eerste economische eigenaar zelf jegens hem gebonden (zogenoemde onvolkomen contractsoverneming[120]) en zal de tweede economisch eigenaar het vorderingsrecht jegens de eerste economisch eigenaar moeten uitoefenen.[121] Ingeval de juridisch eigenaar zijn medewerking wél verleent door het, al dan niet bij voorbaat, geven van toestemming tot zo'n contractsoverneming en de eerste economisch eigenaar aldus wordt ontslagen van al zijn verplichtingen (zogenoemde volkomen contractsoverneming),[122] dan valt laatstbedoelde er als het ware geheel tussenuit[123] en zal de tweede economisch eigenaar het vorderingsrecht jegens de juridisch eigenaar moeten uitoefenen.

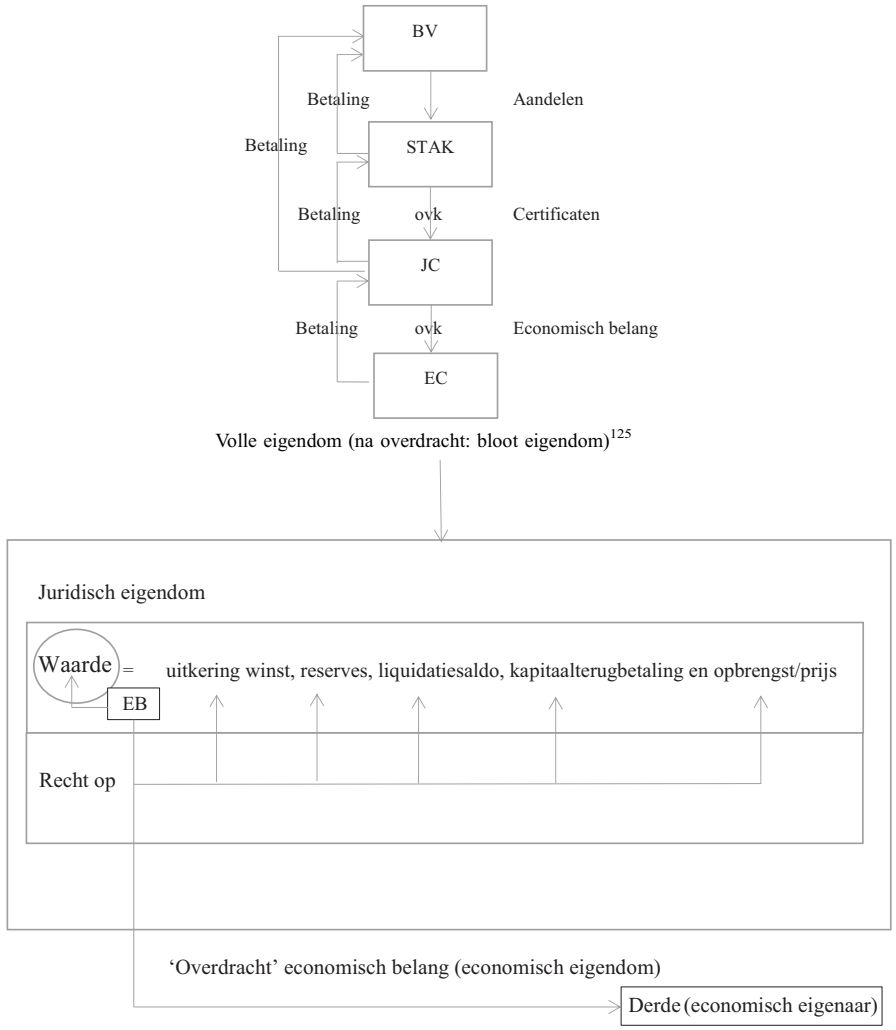
120 Huijgen 1995a, *op. cit.*, p. 14; Huijgen 1995b, *l.s.c.* Het woord 'contractsoverneming' is hier ietwat verwarrend, omdat de rechtsverhouding tussen A en B juist niet rechtsgeldig door B kan worden overgedragen aan C vanwege het ontbreken van de vereiste medewerking van A (*vide* art. 6:159, eerste lid, BW). In deze situatie zijn er derhalve twee rechtsverhoudingen, namelijk (1) die tussen A en B, en (2) die tussen B en C.

121 *Vide* ook Huijgen 1995a, *l.s.c.*

122 Huijgen 1995a, *op. cit.*, p. 14-15; Huijgen 1995b, *l.s.c.*

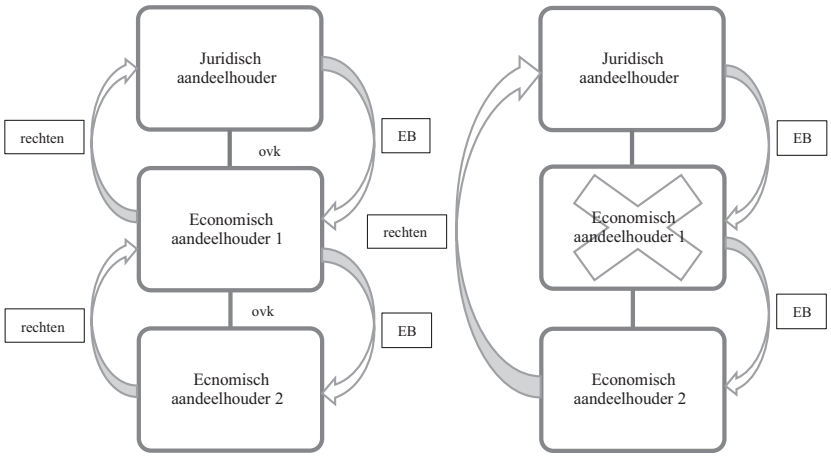
123 Huijgen 1995a, *l.s.c.*

Geschematiseerd[124] kan het vorenstaande – in essentie – aldus worden weergegeven:

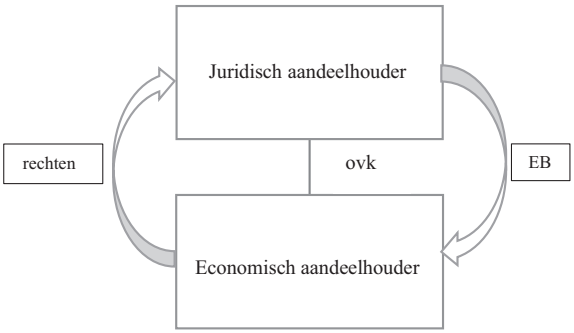


124 'JC' betekent 'jurdisch certificaathouder', 'EC' betekent 'economisch certificaathouder', 'ovk' betekent overeenkomst, 'EB' betekent 'economisch belang' en met 'rechten' bedoel ik 'vorderingsrechten'. Verder zij opgemerkt dat in geval van onvolkomen contractsovername economisch aandeelhouder 1 strikt genomen geen economisch aandeelhouder meer is, aangezien hij zijn economisch belang heeft weggecontracteerd. Bij volkomen contractsovername valt hij, als schakel in de keten, ertussenuit. Overigens ga ik uit van gewone aandelen, en dus niet van aandelen die geen recht geven tot deling in de winst of reserves (*vide* art. 2:216, zevende lid, BW alsook art. 2:190 BW en art. 2:195, eerste lid, tweede volzin, BW).

125 *Cf.* Tervoort, *op. cit.*, p. 28-31.



Onvolkomen contractsoverneming Volkomen contractsoverneming



7.1.2.3 Op één lijn stellen

In deze (slot)paragraaf zal ik ingaan op de vraag (i) wat moet worden verstaan onder 'op één lijn stellen', (ii) of het (eigen) economisch belang volledig moet zijn, (iii) of de juridisch houder van (certificaten van) aandelen, na 'overdracht' van zijn economisch belang, zelf ook enquêtegerechtigd is en (iv) hoe de Ondernemingskamer moet toetsen of, in het licht van de kapitaaleis als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW, de enquêteverzoeker over een voldoende groot economisch belang beschikt om (in zoverre) in zijn verzoek te kunnen worden ontvangen.

Teneinde als verschaffer van risicodragend kapitaal met een eigen economisch belang (bij de waarde van de aandelen) in (het geplaatste kapitaal van) de te enquêteren vennootschap voor de toepassing van art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW gelijk te kunnen worden gesteld aan een houder van (certificaten van) aandelen dient het belang van eerstgenoemde op één lijn te kunnen worden gesteld met dat van een

aandeel- of certificaathouder van die vennootschap. De Hoge Raad sprak van 'gelijkstellen' en van 'op één lijn stellen'. Deze woorden zijn synoniem. Ik versta ze in dit verband aldus dat het gaat om vereenzelviging.[126] Deze techniek komt naar mijn visie hierop neer dat ofschoon de verzoeker formeel gezien niet over de – vereiste – hoedanigheid van een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in het hogergenoemde artikel beschikt,[127] hij materieel gezien, wat draait om het eigen economisch belang van de verzoeker, daarvoor kan doorgaan en mitsdien voor de toepassing van dat artikel – als ware hij een aandeel- of certificaathouder –[128] (even-eens) enquêtebevoegd is (een '*substance over form*'-benadering dus). Hiervoor pleit ook het volgende. In zijn *De Vries Robbé*-beschikking – waaraan hij in zijn *Sloter-vaartziekenhuis*-beschikking[129] niet expliciet refereerde, maar een verwijzing daarnaar wel erin opgesloten ligt, dit gelet hierop dat het navolgende daarin werd herhaald –[130] overwoog de Hoge Raad, voor zover hier van belang, dat (a) de enquêtebevoegdheid alleen toekomt aan degenen aan wie haar in de wet is verleend en (b) de opsomming van de enquêtegerechtigden als bedoeld in art. 2:346 BW

126 Aldus ook, zij het iets voorzichtiger, Bartman 2015, *op. cit.*, p. 47. *Cf.* P.M. Storm, 'Reactie Paul Storm', *WPNR* 2014/7037, p. 1030: 'In deze redenering [die in HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.2, laatst al. (*Landis*), toev. RPJ] is dus sprake van vereenzelviging van moeder en dochter. Daar lijkt het inderdaad verdacht veel op. *De Hoge Raad noemt het "gelijkstelling"* [curs. RPJ].' (voetnoot verwijderd) *Vide* ook de conclusie, onder 3.19, van A-G Timmerman bij HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*). *Vide* bovendien hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, *JOR* 2019/159, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.6, *in fine* (*L'Étoile*), waarin de Ondernemingskamer in dit verband overwoog dat er bij de beoordeling van de ontvankelijkheid onvoldoende grond was de verweersters – niet (het belang van) de verzoekster met een aandeelhouder als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW – met elkaar te 'vereenzelvigen'.

127 Uit art. 2:346, eerste lid, onderdeel b en c, BW kunnen twee vereisten worden afgeleid, te weten (1) een hoedanigheidseis en (2) een kapitaaleis. Bij mijn weten was het Assink in zijn noot (p. 680) bij hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink (*SNS*) die dat als eerste signaleerde.

128 *Cf.* HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/178, m.nt. A. Doorman, *JIN* 2011/489, m.nt. P. Haas, r.o. 3.4.3 (*TESN*).

129 HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten, *AA* 2014/10, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2014/109, m.nt. P. Haas, r.o. 5.2.2 (*Slotervaartziekenhuis*).

130 Zulks geldt ook voor HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk, r.o. 3.5 (*Chinese Workers*). *Vide* ook HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.2 (*Landis*), waarin de Hoge Raad wél expliciet verwees naar zijn *De Vries Robbé*-beschikking.

limitatief is.[131] Zonder een specifieke wettelijke grondslag à la art. 2:88 (197) en 89 (198), vierde lid, BW, die voor anderen dan de in de evenbedoelde artikelen genoemde vruchtgebruiker en pandhouder ontbreekt, zal er gebruik dienen te worden gemaakt van de vereenzelvigingstechniek om aan het vorenbedoelde uitgangspunt vast te kunnen (blijven) houden.[132]

De Hoge Raad sprak in zijn *Slotervaartziekenhuis*-beschikking ook van het op één lijn stellen met 'het *belang* [curs. RPJ] van een aandeelhouder of een certificaathouder van die [te enquêteren, toev. RPJ] vennootschap'.[133] Ik houd het erop dat hij met dat 'belang' doelde op het 'economisch' belang, omdat ingeval het eerstbedoelde belang anders of ruimer moet worden opgevat, nu zou dat belang, bij gebreke van een bijvoeglijk naamwoord, van alles kunnen omvatten, de enige clausulering is immers dat het moet gaan om het belang van een aandeel- of certificaathouder, ik anders niet vermag in te zien hoe twee niet-gelijksoortige belangen met elkaar kunnen worden vereenzelvigd. Dat de Hoge Raad kennelijk het oog had op de gelijkstelling van de economische belangen, wijst ook op dat als het belang van de enquêteverzoeker gelijk kan worden gesteld aan dat van een houder van (certificaten van) aandelen, de enquêteverzoekende 'verschaffer van risicodragend kapitaal' met een 'eigen economisch belang' vervolgens gelijk dient te worden gesteld (er is sprake van een dubbele gelijkstelling) aan een aandeel- of certificaathouder en twee wezenskenmerken van deze is dat hij (1) verschaffer van risicodragend kapitaal is en (2) een eigen economisch belang bij de waarde van de (onderliggende) aandelen heeft, waarbij zij aangetekend dat ik hier uitga van de normaalsituatie: een houder van niet-gecertificeerde aandelen en een certificaathouder die zijn economisch belang niet heeft 'overgedragen' aan een derde.

Om het economisch belang van de verzoeker tot enquête te kunnen vereenzelvigen met dat van een aandeelhouder of een certificaathouder dienen die belangen inwisselbaar voor elkaar te zijn, zij dienen, anders gezegd, identiek te zijn. Een houder van aandelen, daaronder mede begrepen winstrechtloze aandelen, beschikt, in beginsel,[134]

131 HR 1 februari 2002, *NJ* 2002/225, m.nt. van J.M.M. Maeijer (zie *NJ* 2002/226) en *Ondernemingsrecht* 2002/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3 (*De Vries Robbé*).

132 *Vide* ook Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1619: 'Deze techniek van "gelijkstelling" is nodig, omdat (…); er vindt aldus geen ontoelaatbare buitenwettelijke uitbreiding van art. 2:346 lid 1 sub b-c BW plaats, maar een binnenwettelijke verfijning van de daarin gehanteerde begrippen 'aandeelhouder' en 'certificaathouder'. *Vide* voorts P. Ingelse, 'Is de Ondernemingskamer "anders"?', *Ondernemingsrecht* 2013/87, p. 446: 'Als je "gelijkstelt met", neem je voor het afwijkende toch juist geen uitzondering aan, maar strijk je de afwijking glad, met hetzelfde resultaat?'

133 HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten, *AA* 2014/10, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2014/109, m.nt. P. Haas, r.o. 5.2.2, 2e al. (*Slotervaartziekenhuis*).

134 Uitzondering vormt, bijvoorbeeld, de situatie waarin de aandelen zijn gecertificeerd.

over het volledige economisch belang daarbij. Hetzelfde geldt voor een certificaathouder; ook deze zal in de regel – naar ik veronderstel – het volledige economisch belang bij de waarde van (een deel van) de (onderliggende) aandelen in het geplaatste kapitaal van een vennootschap houden, reden waarom deze twee situaties tot uitgangspunt moeten worden genomen bij de beoordeling van de enquêtebevoegdheid als bedoeld in de hogergenoemde beschikking van de Hoge Raad. In dit licht dient mijns inziens het (aan bepaalde aandelen gekoppelde) economisch belang van de bovenbedoelde enquêteverzoeker eveneens volledig te zijn,[135] dat, met andere woorden, de aandelen (uiteindelijk) geheel en al voor rekening en risico van de enquêteverzoeker worden gehouden.[136] Genoegzaam voor de hier bedoelde gelijkstelling is dus niet als zijn economisch belang louter bestaat uit een (toekomstig) 'recht' op dividenden;[137] de met de waarde van álle opbrengsten op en betalingen voor de

135 Oosterhoff 2016, *op. cit.*, p. 190-191 komt via een andere redenering tot hetzelfde resultaat als ik. Zijns inziens wordt met 'verschaffer van risicodragend kapitaal' bedoeld de partij voor wiens rekening en risico bestaande (certificaten van) aandelen worden gehouden en het vereiste dat de aandelen voor rekening en risico van de economisch gerechtigde worden gehouden, impliceert dat deze het 'gehele' economische belang bij de onderliggende (certificaten van) aandelen 'moet' houden. In Oosterhoff 2017, *op. cit.*, p. 142 (in essentie herhaald op p. 338) lezen wij: 'Uit het oordeel dat enquêtebevoegdheid toekomt aan de partij voor wiens rekening en risico de aandelen of certificaten worden gehouden (Scheipar, Butôt, TESN) dan wel aan de verschaffer van risicodragend kapitaal (Butôt, Chinese Workers, Slotervaartziekenhuis) valt af te leiden dat de houder van het economisch belang *het gehele belang* [curs. RPJ] bij het onderliggende aandeel of certificaat dient te hebben. *Een gedeeltelijk belang lijkt onvoldoende, zij het dat de omstandigheden van het geval, waar de Hoge Raad in de Slotervaartziekenhuisbeschikking de aandacht voor vraagt, tot een andere conclusie kunnen leiden* [curs. RPJ].' Volgens Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 407 dient de enquêteverzoeker, in het kader van de gelijkstelling, aan te tonen dat '(1) de aandelen of certificaten van de gerekwestreerde vennootschap voor zijn rekening en risico worden gehouden, en (2) dat hij een vorderingsrecht of vermogensrecht heeft ten aanzien van de opbrengsten en/of het aandeel (certificaat)'. *Vide*, met betrekking tot dat laatste, ook de in voetnoot 141 *infra*.

136 In HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.5.2 (*Scheipar*) stelde de Hoge Raad voor een geslaagd beroep op gelijkstelling (mede) de eis dat de juridische certificaathouder de certificaten 'geheel en al' voor rekening en risico van de economische certificaathouder moeten worden gehouden (die laatste moet dus het volledige economisch belang hebben). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, *JOR* 2019/159, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.6 (*L'Étoile*), waarin de Ondernemingskamer overwoog dat niet gezegd kon worden dat enig deel van de aandelen in L'Étoile Holland 'economisch voor rekening en risico' van de enquêteverzoekster werden gehouden.

137 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 19 juli 2016, *JOR* 2016/272, m.nt. K. Spruitenburg, *JIN* 2016/197, m.nt. P. Haas, r.o. 3.5-3.6 (*FEIST*), waarin een van de door de Ondernemingskamer opgesomde omstandigheden in het kader van een succesvolle gelijkstelling betrof dat 'volgens de aandeelhoudersovereenkomst (zie 2.9) de door EDG van FEIST te ontvangen dividenden rechtstreeks aan de aandeelhouders van EDG in de verhouding van hun aandelenbezit zullen worden betaald (zie 2.9)', en hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *NJ* 2019/134, m.red.aant., *JOR* 2018/93, m.nt. F. Eikelboom, r.o. 3.17 en 3.19 (*Europa Leasing*), waarin de Ondernemingskamer in het kader van een vruchteloze gelijkstelling liet meewegen dat '[o]mtrent een structurele aanspraak van P. van der Horst jegens Europa Leasing (via Proma) ter zake van dividenduitkeringen is niets komen vast te staan. P. van der Horst heeft wel gesteld (verzoekschrift sub 34) dat op enig moment dividend aan

aandelen corresponderende waarde dient ten goede te komen aan de enquêteverzoeker. Uitsluitend dan vertoont zijn belang een zodanig sterke gelijkenis met dat van een (gemiddeld) aandeel- of certificaathouder dat gelijkstelling geïndiceerd is. Aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van het geval, zoals het soort aandelen waaraan dat belang (uiteindelijk) is gekoppeld en gemaakte (contractuele) afspraken tussen de enquêteverzoeker en een ander uit de keten (*vide* de twee figuren *infra*), zal dat moeten worden uitgemaakt.

Verder dient het te gaan om een 'eigen' (= niet-afgeleid) economisch belang; het hebben van 'een (afgeleid)' belang is voor gelijkstelling niet voldoende.[138] Het eerstgenoemde belang versta ik als volgt.[139] De (juridisch) aandeelhouder heeft recht op de waarde van de door hem gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van een vennootschap. Dat recht valt uiteen in een aantal subrechten en die waarde is opgebouwd uit een aantal subwaardes. Ik verwijs naar de illustratie in § 7.1.2.2 (*in fine*). Zowel die rechten als die waardes komen toe aan de (juridisch) gerechtigde tot de aandelen. Als diegene zijn eigen economisch belang door middel van een overeenkomst (of anderszins) volledig heeft 'overgedragen' (heeft 'weggecontracteerd'[140]) aan een derde, niet zijnde een certificaathouder, die is immers uit hoofde van art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW rechtstreeks enquêtegerechtigd, dan betekent zulks niet meer dan dat zij een contractuele afspraak hebben gemaakt op

---

hem uitgekeerd zou worden, maar toen dat niet gebeurde (maar hem gelden ten titel van lening zijn verstrekt) heeft hij zich niet op een aanspraak als vorenbedoeld beroepen, althans niet gesteld of gebleken is dat hij dat vervolgens heeft gedaan'. *Vide* ook Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 100-101, 111, 115-116 en 118.

138 In (kennelijk) gelijke zin A-G Vlas in zijn conclusie, onder 2.14, bij HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/178, m.nt. A. Doorman, *JIN* 2011/489, m.nt. P. Haas (*TESN*).

139 Er zij aan herinnerd dat ik in (het begin van) § 7.1.2.2 schreef dat mij niet (geheel) duidelijk is wat de Hoge Raad of de Ondernemingskamer onder zulk een belang verstaat. Het is niet vastomlijnd. Om die reden geef ik hier puur mijn eigen opvatting weer. Deze – de rechtszekerheid ten goede komende – opvatting is allicht een stuk enger dan de – naar het lijkt: ruime(re) – opvatting van de voornoemde rechtscolleges ter zake. Ik verwijs naar Oosterhoff 2017, *op. cit.*, p. 142, die na een analyse van de relevante jurisprudentie te dezen het volgende opmerkte: 'Waar op basis van de Scheipar, Butôt- en TESN-beschikkingen kon worden aangenomen dat de tussenschakel *een vorderingsrecht of vermogensrecht ten aanzien van de opbrengsten en/of het onderliggende aandeel of certificaat zou moeten behelzen, lijkt dat gelet op de beschikkingen inzake Chinese Workers en Slotervaartziekenhuis toch niet noodzakelijk* [curs. RPJ]. Immers, een belang gehouden via een andere vennootschap levert geen vorderingsrecht op ten aanzien van de opbrengsten en/of het onderliggende aandeel of certificaat (maar slechts ten aanzien van, kort gezegd, uitkeringen zoals vastgesteld door de aandeelhoudersvergadering uit de voor uitkering vatbare winst of reserves). Gelet op de beschikkingen in Scheipar, Butôt en TESN vormt zo'n vorderingsrecht mogelijk wel een extra reden het belang van de economisch belanghouder op één lijn te stellen met dat van een aandeelhouder. Het verband behoeft evenmin zeggenschap voor de houder van het economische belang mee te brengen, al is denkbaar dat indien sprake is van (enige vorm van) zeggenschap dit wel sneller tot de conclusie leidt dat het belang op één lijn kan worden gesteld met dat van een aandeelhouder.' (voetnoten verwijderd) *Vide* ook voetnoot 141 *infra*.

140 *Cf.* voetnoot 145 *infra*.

grond waarvan er zijdens laatstgenoemde een jegens eerstgenoemde uit te oefenen (toekomstig) vorderingsrecht ontstaat ter zake van de met de waarde van zijn aandelen in het geplaatste kapitaal van de vennootschap corresponderende waarde, daaronder begrepen alle waardestijgingen en -dalingen. De hier bedoelde aandeelhouder is contractueel verplicht de met de waarde van alle uitkeringen op en betalingen voor zijn aandelen overeenstemmende waarde ten goede te doen komen aan die derde. Als dus te dien aanzien de enquêteverzoeker een vorderingsrecht toekomt,[141] dan heeft hij een 'eigen' economisch belang. Het louter hebben van verwachtingen dienaangaande is niet voldoende.[142]

Het is denkbaar dat niet de economisch aandeelhouder, niet zijnde een certificaathouder, of een economisch certificaathouder een enquêtezaak bij de Ondernemingskamer aanbrengt, maar dat de juridisch houder van (certificaten van) aandelen dat doet. Dit doet de vraag opdoemen of hij daartoe bevoegd is. In haar *Willem III*-beschikking overwoog de Ondernemingskamer dat een STAK uit eigen hoofde, waarmee zij kennelijk bedoelt op grond van de door die stichting in administratie genomen aandelen in het geplaatste kapitaal van de te enquêteren vennootschap,[143] bevoegd is tot het doen van een enquêteverzoek.[144] Zulks acht ik juist. De juridisch houder van (certificaten van) aandelen blijft enquêtegerechtigd in geval van 'overdracht' van zijn economisch belang bij de waarde van (een deel van) de aandelen in de

141 In die richting ook Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 407, die (mede), in het kader van gelijkstelling, de eis stelt dat de verzoeker tot enquête 'een vorderingsrecht of vermogensrecht heeft ten aanzien van de opbrengsten en/of het aandeel (certificaat)'. Ook A-G Timmerman sprak in zijn conclusie, onder 3.27, bij HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*) onder meer hiervan dat 'de aandelen voor zijn rekening en risico worden gehouden en hij een *vorderingsrecht* [curs. RPJ] op de opbrengst van die stukken heeft (de gelijkstellingsbenadering)'. *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, *JOR* 2010/10, m.nt. A. Doorman, r.o. 3.18 (*TESN*): 'Anderzijds brengt het voorgaande mee dat Mark *op vervulling van die verwachting, net als Anthony, geen in rechte te handhaven aanspraak heeft* [curs. RPJ]. Voor het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop hij die opbrengsten ontvangt/zal kunnen ontvangen respectievelijk deze voor hem (kunnen) worden aangewend is, zo is gebleken, Mark afhankelijk van de discretion van BTCL en/of de Protector. Dit betekent naar het oordeel van de Ondernemingskamer dat Mark *weliswaar een – groot (economisch) – belang bij (de opbrengst uit) de aandelen in Global en Castor respectievelijk (uit) de aandelen in TESN heeft, maar, anders dan een economisch rechthebbende, geen in rechte te handhaven vorderingsrecht op die revenuen en/of het onderliggende vermogen (jegens de juridisch rechthebbende) heeft* [curs. RPJ]. Het gaat hier – naar Nederlands recht, hier van belang voor de door Mark gewenste gelijkstelling – dan ook niet *om een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW* [curs. RPJ]. *Vide* daarnaast hof Amsterdam (OK) 26 maart 2019, *ARO* 2019/100, r.o. 3.5 (*Hillfresh*), waarin de Ondernemingskamer overwoog dat de verzoekster evenmin een recht in de zin van art. 3:6 BW had op de opbrengsten van bepaalde aandelen. Zij zette haar redenering voort door te overwegen dat daarom niet gezegd kon worden dat de enquêteverzoekster met betrekking tot die aandelen een zodanig eigen economisch belang had dat het op één lijn kon worden gesteld met het belang van een houder van (certificaten van) aandelen van de verweerster.

142 *Cf.* voetnoot 141 *supra*.

143 Evenzo, zij het wat kernachtiger uitgedrukt, Geerts 2004, *op. cit.*, p. 56.

144 Hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, rekestnr. 468/99, *JOR* 2000/99, r.o. 3.4 (*Willem III*).

te enquêteren vennootschap, nu hij over de – vereiste – hoedanigheid van een aandeel- of certificaathouder beschikt en art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW niet, naast het moeten voldoen aan de daarin opgenomen kapitaaleis, van hem verlangt dat hij ten tijde van de indiening van zijn enquêteverzoek beschikt over het (volledige) economisch belang als evenbedoeld, dat hij, anders gezegd, de door hem gehouden aandelen (geheel en al) voor rekening en risico van zichzelf houdt.[145] Ook de parlementaire toelichting bij dat artikel biedt daaraan geen steun. Integendeel, hoewel bezien is of de enquêteregeling moest worden beperkt tot (certificaten van) aandelen die voor eigen rekening worden gehouden, heeft de minister van Veiligheid en Justitie daar – in het voetspoor van de commissie-vennootschapsrecht –[146] van afgezien, omdat het 'houden voor eigen rekening' naar zijn oordeel onvoldoende duidelijkheid biedt en de ontvankelijkheid van de houders van (certificaten van) aandelen alsdan afhankelijk

145 Hoewel Oosterhoff 2016, *op. cit.*, p. 193-194 eveneens van oordeel is dat de aandeelhouder zonder economisch belang enquêtebevoegd blijft naast de houder van het economisch belang, is zijns inziens het enquêtebevoegd zijn of blijven van (mede) een aandeelhouder mogelijk overbodig. Niettemin, zo lezen wij verderop, kan een aandeelhouder in zijn optiek groot belang hebben bij die bevoegdheid, dit met het oog op de effectieve uitoefening van de aandeelhoudersrechten. *Cf.* Van Solinges noot, onder 2, bij hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, *JOR* 2009/129, m.nt. G. van Solinge (*Butôt*): 'Volgens de OK is de strekking van die bepaling dat de toegang tot het enquêterecht openstaat voor degenen die het kapitaal aan de vennootschap verschaffen. Dat kunnen ook, zoals in dit geval, de economisch gerechtigden tot de certificaten (de deelgenoten) zijn; *de juridisch gerechtigde (de onverdeelde nalatenschap) is dan niet enquêtegerechtigd* [curs. RPJ].' *Vide* ook Olden en Borgart hun noot bij HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart (*Scheipar*): 'De vraag is voorts of "dubbele certificering" ertoe leidt dat zowel de economische certificaathouder als de juridische certificaathouder een enquêteverzoek mag doen. Wat zou het belang van de juridische certificaathouder nog kunnen zijn bij een enquêteverzoek? *Ik zou menen dat de juridische certificaathouder door het "wegcontracteren" van zijn economische belang bij de onderliggende aandelen én zijn (toch al minimale) zeggenschap geen certificaathouder meer is* [curs. RPJ]. In de overweging van de Hoge Raad dat "strekking van het enquêterecht met zich mee [brengt] dat de daardoor aan de kapitaalverschaffer verleende bescherming door de economische certificaathouder kan worden ingeroepen" moet het woord 'uitsluitend' worden ingelezen. In deze opvatting zijn alleen de aandeelhouder en de economische tot de aandelen gerechtigde tot het indienen van het verzoek bevoegd.' *Vide* bovendien Raaijmakers 2007, *op. cit.*, p. 40, naar wiens mening het juist lijkt dat 's Hogen Raads gelijkstelling, kennelijk die in zijn *Scheipar*-beschikking, niet moet worden opgevat als een uitsluiting van de juridisch rechthebbende op de (certificaten van) aandelen. *Vide* daarnaast Van Schilfgaardes noot, onder 5, bij HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze (*Butôt*). *Vide* ten slotte Brinks noot, onder 11, bij deze beschikking.

146 Standpunt commissie-vennootschapsrecht, daterend van 19 oktober 2010, inzake het voorontwerp tot aanpassing van het enquêterecht, p. 1.

wordt van de contractuele vormgeving door partijen.[147] Overigens heeft de juridisch aandeel- of certificaathouder een in rechte te respecteren belang als zijn rechten worden geschonden of veronachtzaamd dan wel men zich anderszins niet met inachtneming van art. 2:8, eerste lid, BW jegens hem gedraagt.[148]

Resteert de vraag hoe de Ondernemingskamer de enquêtebevoegdheid van een verzoeker die onder verwijzing naar 's Hogen Raads *slotervaartziekenhuis*-beschikking stelt dat zijn economisch belang gelijk kan worden geteld aan dat van een houder van (certificaten van) aandelen en om die reden, voor de toepassing van art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW, met een aandeel- of certificaathouder gelijk dient te worden gesteld, moet beoordelen, een en ander mede gezien het kapitaalvereiste als bedoeld in voormeld artikel. Ik stel mij deze toetsing aldus voor. Gesteld of gebleken dient te zijn dat er tussen de enquêteverzoeker en een juridisch of economisch houder van (een deel van de) (certificaten van) aandelen (*vide* de twee figuren *infra*) een (volmaakte) overeenkomst[149] tot stand is gekomen waaruit blijkt dat (a) de enquêteverzoekende partij degene is aan wie (uiteindelijk) het economisch belang bij de waarde van (een deel van) de aandelen in de te enquêteren vennootschap is overgedragen in de zin dat aan hem uit hoofde van die overeenkomst het (on)middellijk jegens de juridisch aandeelhouder (*vide* de illustraties in § 7.1.2.2 (*in fine*)) uit te oefenen vorderingsrecht toekomt ten aanzien van de met de waarde van de evenbedoelde aandelen corresponderende waarde (zonder zulk een vorderingsrecht geen eigen economisch belang) en, zo ja, (b) of het economisch belang in zijn geheel is 'overgedragen' in de zin dat in de eerdergenoemde overeenkomst is bepaald dat degene met wie deze is gesloten, dat kan met de juridisch aandeelhouder zelf zijn, maar ook met een (andere) economisch aandeelhouder (*vide* de illustraties in § 7.1.2.2 (*in fine*)), een met de waarde van álle uitkeringen op en betalingen voor de (in)direct gehouden aandelen overeenstemmende waarde (uiteindelijk) ten goede moet doen komen aan de enquêteverzoeker.[150]

147 *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 28 (MvT). *Vide* ook Oosterhoff 2016, *op. cit.*, p. 194, alwaar hij – na de uitlatingen van de minister – schreef dat als een certificaathouder zijn volledige economisch belang heeft overgedragen, er naar zijn opvatting weinig reden lijkt te bestaan voor handhaving van zijn enquêtebevoegdheid. In de wet zou volgens hem opgenomen kunnen worden dat de certificaathouder slechts gerechtigd is tot de indiening van een enquêteverzoek indien hij het economisch belang bij de onderliggende aandelen houdt, ofschoon deze oplossing afbreuk zou doen aan de (gemakkelijk hanteerbare) hoofdregel. Een praktische oplossing voor sprekende gevallen lijkt, aldus Oosterhoff, te kunnen worden gevonden in de art. 3:303 BW-toets.

148 *Vide* ook Oosterhoff 2016, *l.s.c.*; Spruitenburg 2018, *op. cit.*, *para* 3.3.6.2, i.h.b. p. 122.

149 Ik ga hier uit van een contractuele rechtsverhouding, aangezien deze het meest voor de hand ligt. Mogelijkerwijs zijn er meer of andere.

150 Anders: Spruitenburg 2015, *op. cit.*, p. 463 en 474 (herhaald in Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 407), die, voor het kunnen gelijkstellen met een houder van (certificaten van) aandelen, twee voorwaarden stelt: (1) het houden van (certificaten van) aandelen voor eigen rekening en risico en (2) het hebben van een vorderingsrecht ten aanzien van de opbrengst van de (certificaten van) aandelen. Naar mijn opvatting behoeft de verzoeker slechts dat laatste te stellen, en bij (gemotiveerde) betwisting

Is het genoemde onder (a) en (b) voldaan, dan is sprake van een eigen en volledig economisch belang zijdens de verzoeker. Dit belang kan vervolgens gelijk worden gesteld aan dat van een (doorsnee)aandeelhouder of van een (doorsnee)certificaathouder, waarmee de voorwaarde is vervuld om de enquêteverzoeker gelijk te stellen aan een houder van (certificaten van) aandelen. Deze laatste is echter niet zonder meer enquêtegerechtigd, zoals blijkt uit bovengenoemd artikel. Zulks geldt mijns inziens, mede gelet op de ingrijpende aard van een eventueel te gelasten enquête en de eventuele ten vervolge daarop te treffen (onmiddellijke) voorzieningen,[151] evenzeer voor een verzoeker als hier bedoeld. Maar hoe weet de Ondernemingskamer of het economisch belang voldoende groot is om enquêtegerechtigd te zijn? Anders gezegd: hoe drukt zij het economisch belang van de aan een houder van (certificaten van) aandelen gelijkgestelde uit in een percentage of nominaal bedrag als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW? Het lijkt mij het meest praktisch om de vraag of deze over een voldoende groot economisch belang beschikt, op te laten lossen in de vraag of de juridisch aandeelhouder die zijn economisch belang ((in)direct) aan hem heeft 'overdragen', over een voldoende groot kapitaalbelang in de zin van evenbedoeld artikel beschikt; dat economisch belang is immers gekoppeld aan de door hem gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van de te enquêteren vennootschap.[152] Is dat het geval, dan kan de verzoeker in zoverre in zijn verzoek worden ontvangen.

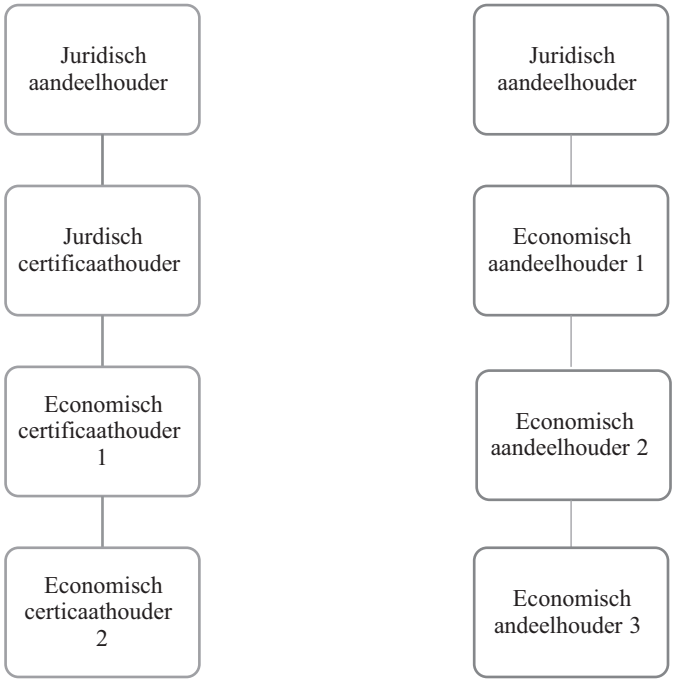
---

aannemelijk te maken, nu daarmee, indien succesvol, de eerste voorwaarde, wat niets anders betekent dan het hebben van een eigen economisch belang, vervuld is. De vorderingsrechten ten aanzien van de doorbetaling van, bijvoorbeeld, dividend bewijzen juist dat het economisch belang bij de verzoeker aanwezig is, waarbij men zich realisere dat het economisch belang, zoals de naam al aangeeft, een 'belang' is en niet een, voor overdracht vatbaar, goed in de zin van Boek 3 BW. De tussen de (juridisch) houder van (certificaten van) aandelen en de houder van het economisch belang gesloten overeenkomst – waarin zij jegens elkaar (in rechte afdwingbare) verbintenissen op zich hebben genomen, wat zijdens eerstgenoemde de doorbetaling van de met de waarde van de (certificaten van) aandelen corresponderende waarde is en zijdens laatstgenoemde is dat de betaling van de prijs voor de 'overdracht' van het economisch belang (men denke aan het (nominale) bedrag dat voor een certificaat moet worden betaald) – belichaamt het economisch belang.

151 *Vide* HR 18 november 2005, *NJ* 2006/173, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/295, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2006/10, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.4.1 (*Unilever*); *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 25, p. 13; HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/286, m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 3.6.2 (*Emba*); hof Amsterdam (OK) 19 juni 2015, *ARO* 2015/168, r.o. 3.7 (*HIT*).

152 *Cf.* HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze, r.o. 3.6.3 (*Butôt*), waarin de Hoge Raad overwoog dat waar X *c.s.* (de enquêteverzoekers) 'tezamen voldoen aan de in art. 2:346 aanhef en onder b, BW bedoelde minimumeisen, (…) zij gezamenlijk een voldoende economisch belang [hebben, toev. RPJ] op grond waarvan zij bevoegd zijn het verzoek in te dienen'.

Hierbij moet worden aangetekend dat er een keten aan verschillende enquêteverzoekers kan ontstaan. Bijvoorbeeld deze twee:



Uitgaande van de situatie waarin uitsluitend een van deze schakels een enquêteverzoek doet, dan leidt zulks tot het volgende. Zowel de juridisch aandeelhouder als de juridisch certificaathouder ontleent zijn enquêtebevoegdheid rechtstreeks aan bovenvermeld artikel en kan derhalve, indien aan de daarin bedoelde kapitaaleis wordt voldaan, (in zoverre) in zijn verzoek worden ontvangen. Economisch houder van (certificaten van) aandelen 1 moet daarentegen, ingeval hij het volledige economisch belang bij de aandelen in het geplaatste kapitaal van de te enquêteren vennootschap heeft weggecontracteerd aan economisch houder van (certificaten van) aandelen 2 of 3, niet-ontvankelijk worden verklaard. Hoewel er normaliter sprake is van 'of-of' in plaats van 'en-en' in de zin dat slechts één partij houder van het economisch belang is,[153] opent de contractsvrijheid de mogelijkheid dat economisch

153 In ietwat andere zin Oosterhoff 2016, *op. cit.*, p. 194, volgens wie uiteindelijk maar één partij het economische belang heeft.

houder van (certificaten van) aandelen 1 en economisch houder van (certificaten van) aandelen 2 overeenkomen dat het economisch belang tussen beide wordt verdeeld in de zin van, bijvoorbeeld, dat de eventuele verkoopopbrengst van het aandeel aan de ene partij toekomt en gedane dividenduitkeringen aan de andere partij. Nu zij alsdan tezamen het gehele economisch belang houden, dienen zij ook tezamen het enquêteverzoek in te dienen om op basis van de hogerbedoelde beschikking aan een (houder van) certificaten gelijk te worden gesteld en om vervolgens, indien deze voldoet aan de eerderbedoelde kapitaaleis, in hun verzoek te kunnen worden ontvangen. Doet deze situatie zich niet voor, dan zal slechts economisch houder van (certificaten van) aandelen 2 of 3, als (uiteindelijk) houder van het volledige economisch belang, uit dien hoofde bevoegdelijk een enquêteverzoek kunnen indienen.

Maar stel dat meerdere schakels uit de hierboven weergegeven ketens verzoeken om een enquête. Wat is dan rechtens? Bij de bepaling of de kapitaaldrempel als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW wordt gehaald, zijn dubbeltellingen van aandelen en de daartegenover staande certificaten niet toegestaan.[154] Het belang van de enquêteverzoekende juridisch aandeelhouder en dat van de enquêteverzoekende juridisch certificaathouder, beide in de zin van voormeld artikel, worden dus niet, in geval van een gezamenlijk verzoek, bij elkaar opgeteld teneinde te bepalen of zij tezamen, procentueel of nominaal, aan de kapitaaleis voldoen. Voor een economisch houder van (certificaten van) aandelen dient mijns inziens hetzelfde te gelden.[155] Stel dat de vennootschap een geplaatst kapitaal van maximaal € 22,5 miljoen heeft, de juridisch houder van (certificaten van) aandelen vertegenwoordigt daarvan 5% en het (volledige) economisch belang van de economisch houder van (certificaten van) aandelen wordt gefixeerd op eveneens 5%, dat belang ligt immers bij, is afgesplitst van, de door de juridisch aandeelhouder gehouden aandelen, dan volgt uit het voorgaande dat zij in geval van een gezamenlijk enquêteverzoek niet de 10%-drempel als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b, BW halen; zij blijven steken op 5%.

Ook is het denkbaar dat zowel de juridisch aandeelhouder als de juridisch certificaathouder als de economisch certificaathouder een eigen enquêteverzoek indient. Wie is (zijn) dan enquêtebevoegd? De Ondernemingskamer zou die vraag langs de volgende lijnen kunnen beantwoorden. Het moment van indiening van het enquêteverzoek (dat is het 'peilmoment') is beslissend bij de vaststelling of voldaan wordt aan de kapitaaleis als bedoeld in het meergenoemde artikel.[156] Stel dat het verzoekschrift

154 *Vide* (daarover) Van den Ingh 1991, *op. cit.*, p. 254; Geerts 2004, *op. cit.*, p. 56 (voetnoot 32) en 62; F.J.P. van den Ingh, 'Certificaathouder en enquêterecht', *TvOB* 2004/5, p. 228; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/738; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1601 en 1618-1619; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 987; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 801; Storm 2018, *op. cit.*, p. 82.

155 Evenzo, naar ik begrijp, Oosterhoff 2016, *op. cit.*, p. 193.

156 Dit kan worden afgeleid uit HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/286, m.nt. R.G.J. de Haan, r.o. 3.6.1-3.6.2 (*Emba*). Hierbij zij opgemerkt dat het daarin niet ging om de indiening van een enquêteverzoek door één verzoeker, maar om de volgende materie. Twee (of meer) verzoekers kunnen gezamenlijk een

van de juridisch aandeelhouder als eerste ter griffie is ingekomen, hij 10% van het geplaatste kapitaal van de te enquêteren vennootschap vertegenwoordigt, dat kapitaal is gemaximeerd op € 22,5 miljoen, tegenover ieder aandeel van die juridisch aandeelhouder is slechts één certificaat met dezelfde nominale waarde uitgegeven en het economisch belang is gekoppeld aan, afgesplitst van, die aandelen. Nu de juridisch aandeelhouder als eerste het verzoek heeft ingediend, wordt het wettelijk minimumkapitaal, *in casu* 10%, weggestreept (van zijn aandelenbelang afgetrokken). Omdat de juridisch aandeelhouder in dit voorbeeld geen overwaarde heeft, komt het kapitaal van de juridisch certificaathouder zowel als dat van de economisch certificaathouder op 0% uit. Mitsdien kunnen zij niet in hun respectieve verzoeken worden ontvangen.

Stel nu dat de juridisch aandeelhouder 30% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt en alle overige uitgangspunten blijven onveranderd. Wederom wordt het minimaal verlangde kapitaal (*i.e.* 10%) weggestreept. In dit geval heeft de juridisch

enquêteverzoek indienen, bijvoorbeeld als zij zelfstandig niet over nominaal of procentueel voldoende (certificaten van) aandelen beschikken. Maar wat is rechtens als de andere verzoeker voordat de Ondernemingskamer een eindbeschikking heeft gegeven (lees: al dan niet een onderzoek heeft gelast), zijn verzoek, voor zover dat mede namens hem was ingediend, op de voet van art. 283 Rv intrekt (lees: het verzoek verminderd tot *nihil*), waartoe hij zonder toestemming van de andere procespartij kan overgaan, zodat (i) de intrekkende verzoeker in zijn verzoek niet-ontvankelijk wordt verklaard en (ii) de overgebleven verzoeker zelf niet meer de kapitaaldrempel als neergelegd in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW haalt? Alsdan moet niet-ontvankelijkheid van laatstgenoemde volgen. Ik neem de visie van A-G Timmerman over en maak die tot de mijne (aldus moet kennelijk de *Emba*-beschikking worden uitgelegd). Deze houdt in dat de Ondernemingskamer op het moment van haar beslissing eerst moet beoordelen welke verzoekers zij *ex nunc* ter bepaling van de hier bedoelde kapitaaleis in aanmerking neemt en pas daarna dient zij met betrekking tot die verzoekers te beoordelen of deze ten tijde van de indiening van het enquêteverzoek (*ex tunc*) voldeden aan de voornoemde eis; *vide* de conclusie, onder 4.16, van A-G Timmerman bij HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/286, m.nt. R.G.J. de Haan (*Emba*) alsmede zijn conclusie, onder 3.5, bij HR 30 maart 2012, *NJ* 2012/423, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2012/142, m.nt. B. Winters (*ASMI*). In laatstgenoemde conclusie merkte hij tevens op dat een passage van de voorlaatste volzin in r.o. 3.6.2 van 's Hogen Raads *Emba*-beschikking (*vide supra*) niet anders kan worden gelezen dan dat de Hoge Raad de vraag welke verzoeker in aanmerking moet worden genomen, *ex nunc* beantwoordde. *Vide* ook Spruitenburg 2018, *op. cit.*, *paras* 5.3 en 5.5. Zij concludeerde (op p. 151, herhaald op p. 409) het volgende: 'Een aandeelhouder en certificaathouder, de economisch gerechtigde tot aandelen of certificaten en de pandhouder of vruchtgebruiker van aandelen of certificaten *dient in ieder geval op het moment van de indiening van het verzoekschrift* [curs. RPJ] aan de kapitaalseisen van art. 2:346 BW te voldoen. Dit betekent echter niet dat aan omstandigheden die zich *na* [curs. aut.] het moment van de indiening voordoen geen betekenis toekomt. Er zijn in dat geval twee situaties te onderscheiden.' Die twee situaties (*vide* p. 151-152 en 410-411) zijn: (1) het gezamenlijk indienen van een enquêteverzoek en (2) de afname van het belang na de indiening ervan. Ten aanzien van het genoemde onder (1) merkte zij op dat het peilmoment voor ontvankelijkheid niet veranderd is (p. 152 en 410). *Cf.* hof Amsterdam (OK) 16 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1936, r.o. 3.5.

aandeelhouder dan een overwaarde van 20% (*i.e.* zijn aandelenbelang van 30% minus de benodigde 10% voor het kunnen doen van een enquêteverzoek). Deze kan vervolgens worden gebruikt voor de art. 2:346, eerste lid, onderdeel b, BW-beoordeling van het als tweede ter griffie binnengekomen verzoekschrift. Ook hier wordt de evengenoemde overwaarde verminderd met 10%. Blijft er nog een overwaarde van 10% over. Dit is voor de derde verzoeker precies voldoende om de kapitaaldrempel als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b, BW te halen. *Ergo*: alle drie de verzoekers zijn enquêtebevoegd. Aldus beschouwd doen dubbeltellingen zich in deze situatie niet voor.

Deze zijn mijns inziens gelijkelijk in voormelde zin bevoegd. Dit betekent dat als de juridisch certificaathouder of de economisch certificaathouder als eerste het enquêteverzoek had ingediend, ook dan uitsluitend het moment van indiening beslissend was geweest. De juridisch aandeelhouder neemt dus ten opzichte van hen geen bevoorrechte positie in in de zin dat ondanks het feit dat het verzoek van een van de twee eerdergenoemden reeds eerder ter griffie was ingekomen, de Ondernemingskamer zijn verzoek, indien gedaan, altijd als eerste zou moeten beoordelen in voege als hierboven bedoeld. Zulks leidt ertoe dat als, bijvoorbeeld, een juridisch aandeelhouder een 20%-aandelenbelang in de te enquêteren vennootschap heeft en de verzoeken van de juridisch certificaathouder en de economisch certificaathouder eerder te haren griffie zijn binnengekomen, er geen sprake meer is van overwaarde: voor de juridisch certificaathouder wordt namelijk van dat belang 10% (certificaten van die aandelen) weggestreept en voor de economisch certificaathouder wordt eveneens 10% (eigen economisch belang bij de waarde van die aandelen) weggestreept, met als gevolg dat – nu dubbeltellingen, zoals gezegd, niet zijn toegestaan – eerstgenoemde buiten de boot valt in de zin dat zijn enquêteverzoek stukloopt op de ontvankelijkheid.

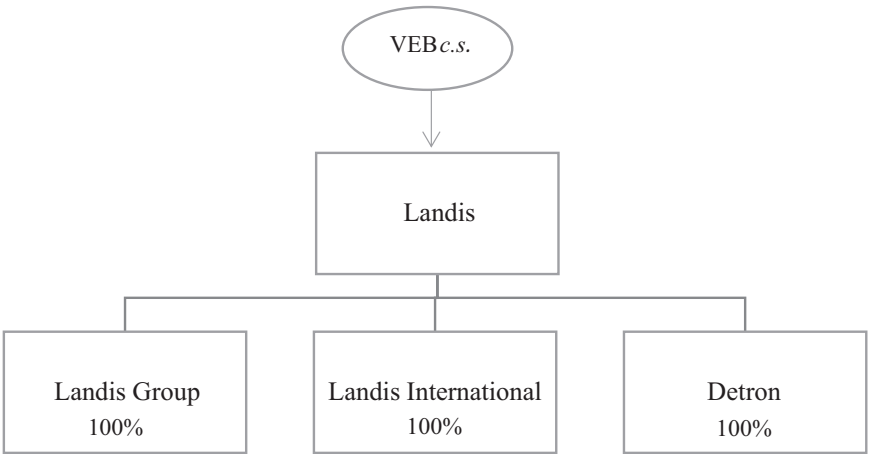
7.1.3 (Deel van) vaste rechtspraak

7.1.3.1 Landis[157]

VEB *c.s.* verzocht om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Landis Group N.V. (hierna: Landis) en haar 100%-dochtermaatschappijen Landis Group B.V.

157 Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*); HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*).

(hierna: Landis Group), Landis Group International B.V. (hierna: Landis International) en Detron Group B.V. (hierna: Detron). Landis' groepsstructuur zag er als volgt uit:



In hun verweer wezen de belanghebbenden erop dat VEB *c.s.* geen aandeelhouder van de laatstgenoemde vennootschappen was en dat niet was aangegeven waarom van vereenzelviging van de vorenbedoelde dochtermaatschappijen met Landis kon worden gesproken. Ter terechtzitting motiveerde de VEB *c.s.* uitvoerig waarom haar enquêteverzoek voor inwilliging in aanmerking kwam. Daartoe voerde zij onder andere aan dat Landis, Landis Group, Landis International en Dertron tezamen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden en dat er, wat de samenstelling van hun respectieve besturen betrof, sprake was van een vrijwel volledige personele unie. De belanghebbenden hadden dit geheel onbesproken gelaten. Tegen deze achtergrond, alsmede in het licht hiervan dat hetgeen de VEB *c.s.* had aangevoerd, het verzoek voldoende schraagde, bepaalde de Ondernemingskamer dat het onderzoek mede betrekking had op de eerdergenoemde dochtermaatschappijen. Hierover werd in cassatie geklaagd.

7.1.3.1.1 Wetsgeschiedenis

Omdat de Hoge Raad zijn oordeel voor een belangrijk deel deed steunen op de wetsgeschiedenis, zal ik, alvorens op dat oordeel in te gaan, eerst de relevante wetsgeschiedenis behandelen. Aangevangen zal worden met een bespreking van het

SER-advies 1989, waarin (mede) werd ingegaan op de draagwijdte van art. 2:346, aanhef en onderdeel b, BW en art. 2:347, aanhef en onderdeel b, BW (thans samengeperst in art. 2:347 BW)[158] in concernverhoudingen. Vervolgens komt de parlementaire geschiedenis ter zake van de Wet van 8 november 1993 tot wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête aan bod,[159] voor zover daarin werd voortgeborduurd op hetgeen in dat advies aan de orde was gesteld. Tevens zal ik aandacht besteden aan opinies in de literatuur over het van aandeelhouderszijde uitlokken van een enquête in concernverhoudingen.

SER-advies 1989

In het SER-advies 1989 werd voor het eerst ingegaan op de uitleg van het enquêterecht in concernverhoudingen.[160] Men zal daarin echter tevergeefs zoeken naar opvattingen over de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in dat verband. Hoewel de SER in het vorenbedoelde advies het belang van houders van (certificaten van) aandelen om te kunnen verzoeken om een concerngenotenenquête onderkende, heeft hij bewust de focus op de enquêtebevoegdheid van verenigingen van werknemers in concernverhoudingen gelegd, aangezien met betrekking tot de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverhoudingen er – kennelijk – in de praktijk géén problemen merkbaar waren geworden.[161]

> Dit argument overtuigt niet. Immers, dat vóór of tijdens het schrijven van het desbetreffende advies er in de praktijk nog geen problemen merkbaar waren geworden ten aanzien van de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverhoudingen, liet onverlet dat de SER zich in dat advies al had kunnen buigen over de vraag of die problemen zich alsnog in de toekomst hadden kunnen aandienen, alsmede had hij

158 *Vide* daaromtrent onder andere SER-advies 1989, p. 6; *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 13 (MvT).

159 *Stb.* 1993, 597.

160 SER-advies 1989, p. 6-15.

161 *Vide* SER-advies 1989, p. 8: 'De raad heeft er zich rekenschap van gegeven dat de in voorgaande paragraaf aan de orde gestelde vraagpunten in wezen deel uitmaken van een probleem dat niet alleen de werknemers en hun organisaties aangaat *maar ook andere belanghebbenden, met name de aandeelhouders* respectievelijk de leden van de rechtspersonen bedoeld in artikel [2:]344: *ook voor hen kan het van belang zijn enquêtes te kunnen vragen bij concern-genoten van* [*sic*] *"hun" rechtspersoon*. Meer algemeen gesteld gaat het om de vraag naar de werking van het enqueterecht in concern-verhoudingen [*sic*]. *In dit advies heeft de raad er echter van afgezien die ruimere vraag ten principale te behandelen. De raad achtte het voldoende de vraagstelling te beperken tot de situaties waarin in de praktijk problemen merkbaar zijn geworden*. Mede aanleiding daartoe was de overweging dat de raad het bezwaarlijk oordeelde thans problemen van concern-rechtelijke [*sic*] aard aan de orde te stellen: dit zou onvermijdelijk zijn geweest wanneer de raad zich zou hebben gezet aan een behandeling van bedoelde ruimere vraagstelling.' (curs. en onderstr. RPJ)

daartoe, in geval van bevestigende beantwoording van die vraag, al mogelijke oplossingen kunnen aandragen. Voorts kan betwijfeld worden of er zich toen in de praktijk niet al van zulke problemen voordeden.

Zo overwoog de Ondernemingskamer in haar *Oostrum*-beschikking[162] – naar aanleiding van een enquêteverzoek van een houder van aandelen – dat het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Oostrum's Algemene Beleggingsmaatschappij (Oostrum General Investment Company) B.V. 'zich tevens zal hebben uit te strekken over het beleid en de gang van zaken van die deelnemingen, waarin zij de zeggenschap heeft'. Een soortgelijke overweging vinden wij terug in haar *Vermeulen Epe*-beschikking,[163] waarin zij – wederom naar aanleiding van een enquêteverzoek van een houder van aandelen – overwoog dat het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Erven S.A. Vermeulen Epe B.V. 'zich tevens zal hebben uit te strekken tot het beleid en de gang van zaken van genoemde dochtervennootschappen'. Nu noch de verzoekers in de voormelde zaken verzochten om een concerngenotenenquête, noch in de dicta van de voormelde beschikkingen een onderzoek werd bevolen naar het beleid en de gang van zaken van die deelnemingen respectievelijk dochtervennootschappen, noch de onderzoeker op de voet van art. 2:351, tweede lid, BW door de Ondernemingskamer (op voorhand, zoals zij in latere beschikkingen ook wel – zij het: *contra legem* – deed)[164] werd gemachtigd, houd ik het ervoor dat de Ondernemingskamer met die overwegingen bedoelde dat in de bevolen onderzoeken mede aandacht moest worden besteed aan het gevoerde beleid van de desbetreffende enquêtesubjecten 'ten aanzien van' laatstgenoemden.[165]

De *Catharina Adriana*-zaak zag er anders uit dan de eerdergenoemde zaken.[166] Daarin werd immers (i) verzocht – door een houdster van aandelen – om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Catharina Adriana B.V. 'en haar deelnemingen', (ii) door de Ondernemingskamer overwogen dat het verzoek onder (i) voor toewijzing vatbaar was en (iii) blijkens het dictum van die beschikking een onderzoek bevolen conform het genoemde onder (i) en (ii). Echter, daar in de beschikking een onderscheid werd gemaakt tussen '100%-dochters', 'dochtervennootschappen' en 'dochterondernemingen' enerzijds en 'deelnemingen' anderzijds, onder die deelnemingen rederijen en personenvennootschappen vielen, deze geen subject van enquête konden worden noch kon hun beleid en gang van zaken mede onderwerp zijn van de enquête, denk ik dat ook te dezen de Ondernemingskamer zal hebben bedoeld dat het onderzoek zich mede diende

162 Hof Amsterdam (OK) 3 januari 1977, rekestnr. 2/76, *NJ* 1977/342, *TVVS* 1977, p. 55-56 (*Oostrum*).
163 Hof Amsterdam (OK) 26 januari 1978, rekestnr. 6/77, *TVVS* 1978/8, p. 251-252, m.nt. C.A. Boukema (*Vermeulen Epe*).
164 *Vide* voetnoot 328 *infra*.
165 *Vide* ook P. van der Vlis, 'Het dakje op de ê van het enquêterecht', in: G.J. Niezen, M.J.G.C. Raaijmakers, A.J.S.M. Tervoort (red.), *Ongebonden recht bedrijven*, Deventer: Kluwer 2000, p. 315.
166 Hof Amsterdam (OK) 21 september 1978, rekestnr. 4/78, *NJ* 1979/403, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1979/1, p. 36-37 (*Catharina Adriana*).

> uit te strekken naar het door Catharina Adriana B.V. 'ten aanzien van' haar deelnemingen gevoerde beleid.[167]
>
> Juist vanwege de onduidelijkheid over de vraag hoe de hierboven besproken uitspraken moesten worden verstaan, had de SER er mijns inziens toe moeten brengen ook de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverhoudingen in het advies te betrekken, temeer omdat hij (i) die uitspraken in zijn eigen advies al ter sprake bracht, en hij dus met de inhoud daarvan bekend was, (ii) ten aanzien van twee ervan opmerkte dat niet geheel duidelijk was hoe bepaalde toevoegingen van de Ondernemingskamer moesten worden verstaan en (iii) ten aanzien van één uitspraak concludeerde dat de Ondernemingskamer een x-aantal dochtervennootschappen subject van enquête had gemaakt.[168]

In het bovenbedoelde advies stond dan ook de vraag centraal in hoeverre – naar de SER zal bedoelen: of en, zo ja, in hoeverre – een vereniging van werknemers bevoegd is, of bevoegd zou moeten zijn, een enquête te verzoeken bij concerngenoten van de rechtspersoon in wiens onderneming personen werkzaam zijn die bij haar als lid zijn aangesloten, waarbij de SER zich 'vooral' richtte op een tweetal situaties.[169] De tweede daarvan betrof het geval waarin het beleid van een dochtermaatschappij, in wier onderneming leden van een vereniging van werknemers werkzaam zijn, onder invloed van de moedermaatschappij staat, hetgeen de vraag deed rijzen in hoeverre – naar er zal worden bedoeld: of en, zo ja, in hoeverre – de vereniging van werknemers aan de artikelen 2:346 en 347 (oud) BW (telkens

167 In gelijke zin Uniken Venema 1996, *op. cit.*, p. 214 (voetnoot 58); Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/736. Evenzo, wat betreft hof Amsterdam (OK) 3 januari 1977, rekestnr. 2/76, *NJ* 1977/342, *TVVS* 1977, p. 55-56 (*Oostrum*) en hof Amsterdam (OK) 21 september 1978, rekestnr. 4/78, *NJ* 1979/403, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1979/1, p. 36-37 (*Catharina Adriana*), SER-advies 1989, p. 9 en anders SER-advies 1989, p. 9 wat betreft hof Amsterdam (OK) 26 januari 1978, rekestnr. 6/77, *TVVS* 1978/8, p. 251-252, m.nt. C.A. Boukema (*Vermeulen Epe*), nu hij daarin opmerkte dat 'de OK ook het beleid van de dochtervennootschappen als zodanig tot voorwerp van de enquête [had, toev. RPJ] gemaakt'. *Vide* ook de noten, beide keren onder 3, van Boukema bij de laatstgenoemde beschikkingen. *Vide* bovendien Van der Vlis, *l.s.c.*, alwaar hij opmerkte dat de slotsom van de discussie over in hoeverre het onderzoek zich mede kon uitstrekken tot groepsmaatschappijen lijkt te zijn dat 'zelfs wanneer de OK bij toewijzing van een rekest uitdrukkelijk spreekt van een onderzoek naar de rechtsperoon en haar [*sic*] dochtervennootschappen of deelnemingen, dit moet worden verstaan als een onderzoek naar het beleid van de rechtspersoon *ten aanzien van die dochters of deelnemingen* [curs. RPJ], en niet het beleid van die vennootschappen zelf', een en ander mede onder verwijzing naar de eerstgenoemde OK-beschikkingen.

168 *Vide* SER-advies 1989, p. 9 en het aldaar aangehaalde.

169 SER-advies 1989, p. 7.

onder b) de bevoegdheid ontleent, of zou moeten ontlenen, een enquête te verzoeken naar het beleid van laatstgenoemde ten aanzien van eerstgenoemde ingeval zij in de onderneming van de moedermaatschappij geen werkzame personen onder haar leden telt.[170] De SER onderkende dat in die situatie zich omstandigheden kunnen voordoen waarin het onbevredigend is wanneer het beleid van de moedermaatschappij niet in een enquêteprocedure kan worden betrokken, bepaaldelijk ook wat eventuele in art. 2:356 BW genoemde voorzieningen betreft, waarbij hij dacht aan die gevallen waarin (het bestuur van) een dochtermaatschappij *de iure* of *de facto* (nagenoeg) geen eigen verantwoordelijkheid draagt / kan dragen voor de funeste (gevolgen van de) invloed die de moedermaatschappij uitoefent op de gang van zaken bij (lees: van) de dochtermaatschappij, in welke gevallen een enquête bij laatstgenoemde ter zake van dat beleid (en die gevolgen) veelal, aldus, nog steeds, de SER, geen reële zin hebben, daar (a) gewoonlijk van wanbeleid van (organen van) die dochtermaatschappij zelf geen sprake is en (b) de enquête niet of nauwelijks de moedermaatschappij zou kunnen raken, noch rechtstreeks, noch zijdelings.[171]

De SER doelde op gevallen waarin een moedermaatschappij een dusdanig dominerende invloed op haar dochtermaatschappij uitoefent, of heeft uitgeoefend, dat laatstgenoemde daardoor feitelijk in financieel opzicht zowel als in economisch opzicht in een positie van (nagenoeg) volledige afhankelijkheid ten opzichte van eerstgenoemde verkeert – in welk geval de moedermaatschappij een bijzondere financiële verantwoordelijkheid ten opzichte van haar dochtermaatschappij heeft, welke met name hierin tot uiting kan komen dat eerstgenoemde in voorkomende gevallen laatstgenoemde in financieel opzicht moet bijstaan omdat anders het voortbestaan van die dochtermaatschappij, en daarmee de werkgelegenheid van haar werknemers, in gevaar kan komen – en zij desondanks nalaat die financiële hulp te bieden.[172]

Hij wilde evenwel niet de conclusie trekken dat het noodzakelijk is om – in dit soort gevallen, dus in gevallen van financiële verkommering – bij wijze van wetswijziging uitdrukkelijk aan verenigingen van werknemers de bevoegdheid toe te kennen een enquête bij de moedermaatschappij te kunnen verzoeken, nu naar zijn opvatting aangenomen kan worden dat – in de hier bedoelde (uitzonderlijke) gevallen – het veelal toch wel mogelijk zal zijn om met behulp van de thans vigerende enquêteregeling tot een oplossing voor verenigingen van werknemers te komen.[173] De SER acht het namelijk – onder verwijzing naar hof Amsterdam (OK) 16 april 1987, *NJ* 1988/183 (*Stolk*) – in die gevallen aannemelijk dat moet worden geconcludeerd

170 *Ibid*. De situatie waarin binnen een concern één concerngenoot fungeert als de formele werkgever van al het bij de andere concerngenoten werkzame personeel, ten aanzien waarvan zich de vraag liet stellen hoe in zulk een geval de enquêtebevoegdheid zijdens een vereniging van werknemers moest worden uitgelegd, laat ik buiten beschouwing.

171 SER-advies 1989, p. 13-14.

172 SER-advies 1989, p. 14.

173 *Ibid*. *Vide* ook J.M.M. Maeijer, 'Nogmaals: uitbreiding van het enquêterecht', *De NV* 1992, p. 118.

dat de moedermaatschappij tezamen met haar dochtermaatschappij de betrokken onderneming in stand houdt, in welk geval de vereniging van werknemers die in de onderneming van de dochtermaatschappij werkzame personen onder haar leden telt, mede bevoegd is een enquête te verzoeken bij de moedermaatschappij.[174]

> De SER merkte op dat de Ondernemingskamer in haar *Stolk*-beschikking immers 'uitdrukkelijk' de mogelijkheid had erkend dat een onderneming door twee of meer concerngenoten gezamenlijk in stand wordt gehouden. Zulks volgt echter mijns achtens niet, althans niet zonder meer, uit die beschikking. De verzoekster stelde dat de werknemers werkzaam waren in de door Chartering tezamen met de overige verweersters in stand gehouden onderneming.[175] Met betrekking tot die stelling overwoog de Ondernemingskamer dat '[f]eiten of omstandigheden, die de conclusie rechtvaardigen dat de door verzoekster bedoelde Vervoersbondleden werkzaam zijn in een door Chartering tezamen met een of meer der overige verweersters gedreven onderneming (…) gesteld noch bleken [zijn, toev. RPJ], *zodat reeds daarom het standpunt van de Vervoersbond dat hij bevoegd is een enquête bij verweersters sub 1, 2, 4 en 5 te verzoeken onjuist is* [curs. RPJ]'.[176] In het licht van de woorden 'reeds daarom' kan niet, althans niet zonder meer, worden gezegd dat zij de hogergenoemde mogelijkheid 'uitdrukkelijk' had erkend.[177] De Ondernemingskamer kwam daar immers niet meer aan toe omdat het vorenbedoelde standpunt al hierop afstuitte dat feiten of omstandigheden gesteld noch gebleken waren. Zij liet de mogelijkheid dat een onderneming door twee of meer concerngenoten tezamen in stand wordt gehouden, dus in het midden.[178] Hooguit zou men uit het vorengeciteerde kunnen afleiden dat de Ondernemingskamer het niet principieel (juridisch) onmogelijk achtte dat een onderneming door twee of meer concerngenoten in stand wordt gehouden.

Volgens de SER biedt die uitspraak daarmee uitzicht op een oplossing voor de eerdergenoemde tweede situatie.[179] Deze oplossing luidt aldus: als een dochtermaatschappij door de invloed van de moedermaatschappij in een positie van financiële afhankelijkheid ten opzichte van die laatste verkeert, dan kan, de overige omstandigheden in aanmerking nemende, de onderneming van die dochtermaatschappij – en dan komt de oplossing – geacht worden mede door die moedermaatschappij in stand te worden gehouden, met als consequentie dat een vereniging van werknemers die in die onderneming werkzame personen onder haar leden telt, bevoegd is een enquête te verzoeken naar, onder andere, het financiële beleid van de moedermaatschappij ten

174 SER-advies 1989, p. 10 en 14.
175 Hof Amsterdam (OK) 16 april 1987, *NJ* 1988/183, r.o. 2.2 (*Stolk*).
176 Hof Amsterdam (OK) 16 april 1987, *NJ* 1988/183, r.o. 2.3 (*Stolk*).
177 In die richting ook Storm 2018, *op. cit.*, p. 110.
178 *Vide* ook A.G. van Solinge, 'Uitbreiding van het enquêterecht', *De NV* 1992, p. 30.
179 SER-advies 1989, p. 14.

aanzien van haar dochtermaatschappij.[180] De (juridische) mogelijkheid van zulk een verzoek acht de SER alleszins plausibel, alsmede meent hij dat het huidige enquêterecht voor verenigingen van werknemers voldoende ruimte biedt om in de hier bedoelde gevallen het beleid van de moedermaatschappij rechtstreeks in een enquête te betrekken.[181]

Bij dit een en ander plaats ik de volgende opmerking. In de door de SER aangedragen oplossing voor de tweede situatie werd gesproken van een 'dochter [die, toev. RPJ] onder invloed van de moeder in een positie van financiële afhankelijkheid ten opzichte van de moeder verkeert'.[182] Eerder sprak hij echter van gevallen 'waarin een moeder een dusdanig dominerende invloed uitoefent of heeft uitgeoefend op de dochter dat deze daardoor feitelijk – financieel *en economisch* [curs. RPJ] – in een positie van *(nagenoeg) volledige* [curs. RPJ] afhankelijkheid ten opzichte van de moeder verkeert'.[183] Ook sprak de SER van gevallen 'waarin (het bestuur van) een dochter juridisch of feitelijk geen of nagenoeg geen eigen verantwoordelijkheid draagt (kan dragen) voor de funeste (gevolgen van de) invloed welke de moeder uitoefent op de *gang van zaken* [curs. RPJ] bij de dochter'.[184] Bovendien sprak hij van 'het *beleid* [curs. RPI] van de dochter-rechtspersoon (…) [die, toev. RPJ] onder invloed staat van het beleid van de moeder-rechtspersoon'.[185] Als ik het vorengaande in onderling verband en samenhang beschouw, dan vermoed ik dat de oplossing van de SER voor de tweede situatie ziet op gevallen waarin de moedermaatschappij een dusdanig dominerende invloed op het beleid en/of de gang van zaken van een dochtermaatschappij uitoefent, of heeft uitgeoefend, dat deze daardoor feitelijk in een positie van (nagenoeg) volledige financiële en/of economische afhankelijkheid ten opzichte van de moedermaatschappij verkeert.[186]

Wijziging en aanvulling enquêteregeling

Tijdens de behandeling van het – toen nog: wetsvoorstel – Wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête kwam het hierboven besproken SER-advies aan de orde, ook ditmaal zonder aandacht te besteden aan de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverhoudingen. De toenmalige staatssecretaris van Justitie, Kosto, kon zich verenigen met de SER zijn (ruime) interpretatie van de enquêtebevoegdheid van verenigingen van werknemers in concernverhoudingen als oplossing voor de hierboven besproken tweede situatie.[187]

180 *Ibid*.
181 SER-advies 1989, p. 14-15.
182 SER-advies 1989, p. 14.
183 *Ibid*.
184 SER-advies 1989, p. 13.
185 SER-advies 1989, p. 7.
186 *Vide* ook Maeijer 1992, *op. cit.*, p. 118.
187 *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 13-14 (MvT); *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 6, p. 6 (MvA).

Volgens hem zou een interpretatie van art. 2:347 BW in de zin dat onder omstandigheden onder de daarin bedoelde rechtspersoon mede mag worden begrepen de rechtspersoon die als moedermaatschappij het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon in wiens onderneming personen werkzaam zijn die bij een enquêteverzoekende vereniging van werknemers als lid zijn aangesloten, geheel of in belangrijke mate bepaalt, volkomen beantwoorden aan de bedoeling die de wetgever met het enquêterecht voor ogen heeft gehad, welke interpretatie niet in strijd komt met de letter van de wet en in ieder geval in overeenstemming kan worden geacht met de geest van die wet.[188] De staatssecretaris was dan ook van mening dat de wet (lees: art. 2:347 BW) voor zulk een vereniging van werknemers ruimte biedt om mede een enquête te verzoeken bij de vorenbedoelde moedermaatschappij en dat er geen noodzaak was de wet op dat punt te verduidelijken.[189] Overigens merkte hij op dat het advies van de SER niet uitputtend is en dat zeker denkbaar is dat de rechtspraak van de Ondernemingskamer zich verder ontwikkelt.[190] Laatstgenoemde zal – zo versta ik de staatssecretaris – van geval tot geval moeten beoordelen in welke situaties en onder welke omstandigheden een vereniging van werknemers die in de onderneming van een dochtermaatschappij werkzame personen onder haar leden telt, op de voet van art. 2:347 BW bevoegd is mede een enquête uit te lokken bij de moedermaatschappij.[191]

Bij dit een en ander plaats ik de volgende kanttekeningen. Ten eerste lijkt de staatssecretaris in zijn interpretatie van art. 2:347 BW de verhouding tussen de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij ruimer te hebben omschreven dan de SER door te spreken van een moedermaatschappij die het 'beleid en de gang van zaken'[192] van haar dochtermaatschappij 'geheel of in belangrijke mate'[193] bepaalt in stede van een moedermaatschappij die 'een dusdanig dominerende invloed' op haar dochtermaatschappij uitoefent, of heeft uitgeoefend, dat deze daardoor 'feitelijk – financieel en economisch – in een positie van (nagenoeg) volledige afhankelijkheid'

188 *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 10 (MvT). *Vide* ook *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 10-11 (MvT); *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 6, p. 6 (MvA). De leden van de enquêteverzoekende vereniging van werknemers zijn blijkens art. 2:347 BW werkzaam in de 'onderneming' van de rechtspersoon. De uitlating van de staatssecretaris heb ik daarmee in overeenstemming gebracht.

189 *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 6, p. 6 (MvA).

190 *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 14 (MvT).

191 *Ibid*.

192 In *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 6, p. 6 (MvA) sprak de staatssecretaris enkel van 'beleid'.

193 In *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 10 (MvT), *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 14 (MvT) en in *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 6, p. 6 (MvA) sprak de staatssecretaris van 'belangrijke mate', terwijl hij in *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 14 (MvT) (mede) van 'zeer sterke mate' sprak. Een inhoudelijk verschil werd naar mijn indruk niet beoogd.

ten opzichte van haar verkeert.[194] Het lijkt erop dat de staatssecretaris de laatstbedoelde verhouding naar de eerstbedoelde heeft vertaald. Daarop wijst:

> 'Dat geldt in het bijzonder ook voor de *tweede situatie* [curs. RPJ] die in het SER-advies aan de orde wordt gesteld en die betreft het geval dat het beleid en de gang van een dochter geheel of in zeer sterke mate wordt bepaald door de moedermaatschappij [curs. RPJ].'[195]

en

> '*De tweede in het aanvullende SER-advies onder ogen gezien concernsituatie* [curs. RPJ] betreft die waarin leden van een vakorganisatie werkzaam zijn in de onderneming van een dochtermaatschappij wier beleid geheel of in belangrijke mate wordt bepaald door een moedermaatschappij [curs. RPJ]. Laat de moeder de dochter verkommeren [curs. RPJ], dan zou het enquêterecht in de eerste plaats bij die moeder moeten kunnen worden toegepast, omdat waarschijnlijk daar de oorzaak moet worden gevonden voor de slechte gang van zaken bij de dochteronderneming.'[196]

In de vergadering van de Tweede Kamer lijkt de staatssecretaris de hier bedoelde verhouding echter in restrictievere bewoordingen te omschrijven:[197]

> 'Het gaat erom of er situaties denkbaar zijn waarin de moeder- en de dochtermaatschappij *zo nauw met elkaar zijn verweven, dat niet meer van gescheiden organisaties kan worden gesproken* [curs. RPJ] maar dat moet worden aangenomen dat er sprake is van één onderneming die door beide wordt gedreven. Die vraag beantwoordt zowel de SER als de commissie bevestigend. (…) De SER en de commissie, blijkens haar rapport, verschillen wellicht alleen van mening als het gaat om de vraag wanneer er *zo'n verwevenheid* [curs. RPJ] is.'[198]

Het antwoord op de vraag of er sprake is van één onderneming die door de moeder- en haar dochtermaatschappij gezamenlijk wordt gedreven, wordt, in tegenstelling tot de staatssecretaris zijn eerdere omschrijving, waarin het, kort gezegd, ging om vergaande beleidsbepaling zijdens de moedermaatschappij met betrekking tot het beleid van haar dochtermaatschappij, in de bovenvermelde omschrijving bepaald door, kort gezegd, vergaande verwevenheid tussen de moeder- en haar dochtermaatschappij.[199]

---

194 *Vide* ook Uniken Venema 1996, *op. cit.*, p. 221.
195 *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 14 (MvT).
196 *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 6, p. 6 (MvA).
197 Evenzo Uniken Venema 1996, *l.s.c.*
198 *Handelingen II* 1992/93, 65, p. 4667. *Vide* ook *Handelingen II* 1992/93, 65, p. 4670.
199 *Cf. Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 9-10 (MvT). Dit sluit aan bij de door de SER – buiten de context van de door hem besproken tweede situatie – gedane opmerking 'dat de figuur van het gezamenlijk drijven van een onderneming binnen concern-verband [*sic*] zich *met name* [curs. RPJ] kan voordoen wanneer sprake is van een *vergaande financieel/organisatorische integratie van de betrokken concern-genoten* [*sic*] [curs. RPJ]'; *vide* SER-advies 1989, p. 10.

Mij is niet geheel duidelijk hoe dit een en ander nu moet worden verstaan. De SER verstaat onder het begrip 'onderneming' als bedoeld in, thans, art. 2:347 BW 'de organisatie welke door de rechtspersoon in stand wordt gehouden'.[200] Passen wij dat toe op de laatstgenoemde uitlating van de staatssecretaris, dan zou deze inhouden dat er niet meer gesproken kan worden van gescheiden *ondernemingen*, maar van één onderneming, die door de moeder- en haar dochtermaatschappij (gezamenlijk) wordt gedreven. Zulks tendeert, op het eerste gezicht, naar concernvorming, waarvoor noodzakelijk is dat twee of meer rechtspersonen organisatorisch met elkaar zijn verbonden, als voorwaarde voor het mede kunnen uitlokken van een enquête bij de moedermaatschappij. Dat zou echter, op het tweede gezicht, niet te rijmen zijn met de eerdere uitlatingen van de staatssecretaris, noch met het door hem aangehaalde SER-advies, waarin duidelijk meer wordt verlangd dan een loutere concernband.

Tegen deze achtergrond bedoelde de staatssecretaris – naar ik vermoed, zeker is dat namelijk niet – dat het, voor het *ex* art. 2:347 BW bevoegdelijk (mede) in de enquête kunnen betrekken van een moedermaatschappij, moet gaan om situaties waarin sprake is van een (hele) hechte/dichte concernrelatie. Kenmerkend daarvan is namelijk, over het algemeen, een hoge(re) graad van verwevenheid tussen de (organisaties van de) moeder- en haar dochtermaatschappij en een vergaande(re) beleidsinmenging zijdens de moedermaatschappij dan wanneer de dochtermaatschappij meer op afstand staat, dat er sprake is van een losse(re) concernrelatie. Deze twee kenmerken hangen (nauw) met elkaar samen in de zin dat ten behoeve van een vergaande mate van beleidsbepaling een hoge mate van verwevenheid nodig zal zijn en, omgekeerd, als van zulk een verwevenheid sprake is, het in de rede ligt dat er dan ook meer en intensievere beleidsbemoeienis plaats zal vinden. Aldus beschouwd kunnen de uitlatingen van de staatssecretaris met elkaar worden verenigd zonder tegenstrijdig met elkaar te zijn, dit onder de paraplu van een (hele) hechte/dichte concernrelatie.

Ten tweede interpreteerde de staatssecretaris art. 2:347 BW, voor zover hier van belang, aldus dat onder omstandigheden 'onder rechtspersoon mede mag worden begrepen de rechtspersoon die als moedermaatschappij het beleid en de gang van zaken in de rechtspersoon waar de leden van de een enquête verzoekende vakorganisatie werkzaam zijn'.[201] De woorden 'onder rechtspersoon mede mag worden begrepen' wijzen op gelijkstelling, of, zo men wil, vereenzelviging.[202] Deze juridische techniek is hier nodig. Immers, in het bovengenoemde artikel wordt gesproken van 'de

200 SER-advies 1989, p. 12.

201 *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 10 (MvT).

202 *Vide* in dit verband ook Maeijer 1992, *op. cit.*, p. 118, alwaar Maeijer, de toenmalige voorzitter van de SER-commissie die het SER-advies 1989 heeft geschreven, sprak van 'vereenzelviging' tussen twee rechtspersonen. *Vide* bovendien in dit verband A.C. Zweedijk, 'Bevoegdheidsdoorbraak bij het verzoeken van een concernenquête', *V&O* 2005, nr. 5, p. 83, die eveneens sprak van 'vereenzelviging'. Of er nu wordt gesproken van 'onder rechtspersoon mede mag worden begrepen', 'vereenzelvigen' of van 'gelijkstellen', is niet zo van belang, nu daarmee hetzelfde wordt bedoeld, althans zulks op hetzelfde neerkomt.

onderneming van de rechtspersoon', naar wiens beleid en gang van zaken de vereniging van werknemers een enquête wil doen instellen.[203] Zoals eerder gezegd, drijft de moedermaatschappij in de regel niet zelf een onderneming. Dat zij mogelijkerwijs in vergaande mate het beleid van haar dochtermaatschappij bepaalt, maakt niet dat de eventuele onderneming 'van' de dochtermaatschappij eveneens 'van' haar moedermaatschappij is. Kennelijk was de SER een andere mening toegedaan, de schakel van gelijkstelling ontbreekt namelijk in zijn advies, maar ook het in voorkomend geval samen *drijven* of *in stand houden* van een onderneming maakt mijns oordeels het voorgaande niet anders. Ook alsdan wordt bijgevolg níét aan de voorwaarde van art. 2:347 BW voldaan: er is géén sprake van een 'onderneming van' de (mede) te enquêteren moedermaatschappij, waarin personen werkzaam zijn die bij de enquêteverzoekende vereniging van werknemers als lid zijn aangesloten. Denkelijk realiseerde de staatssecretaris zich dat eveneens. Vandaar dat door hem de gelijkstellingstechniek van stal werd gehaald. Deze komt er te dezen naar de kern bezien op neer dat als de moedermaatschappij mede de onderneming van haar dochtermaatschappij in stand houdt, zij gelijk kan worden gesteld aan een rechtspersoon als bedoeld in voormeld artikel.

Ten slotte zij gewezen op het volgende. De interpretatie van art. 2:347 BW in concernverhoudingen scharniert uiteindelijk hierom – dat is de oplossing, de rechtvaardiging voor gelijkstelling – dat de moedermaatschappij geacht kan worden de onderneming van haar dochtermaatschappij, waarin personen werkzaam zijn die bij de enquêteverzoekende vereniging van werknemers als lid zijn aangesloten, mede in stand te houden.[204] In dat verband releveer ik deze uitlating van de staatssecretaris:

> 'De SER heeft in zijn advies twee specifieke concern-situaties [*sic*] behandeld. Het advies is op dit punt niet uitputtend. Het is zeker denkbaar dat de rechtspraak van de ondernemingskamer zich verder ontwikkelt. In welke situaties en onder welke omstandigheden zulks mogelijk zal zijn is een vraag die van geval tot geval moet worden beoordeeld in concrete zaken die aan de ondernemingskamer worden voorgelegd. De wetgever kan daarop niet vooruitlopen.'[205]

203 Ten aanzien van art. 2:346, aanhef en onderdeel b, (oud) en art. 2:347, aanhef en onderdeel b, (oud) BW, die ietwat anders geredigeerd waren dan het huidige art. 2:347 BW (*vide* voor de oude redactie SER-advies 1989, p. 6), merkte de SER reeds op dat '[z]onder twijfel (…) met "onderneming" gedoeld [wordt] op de onderneming van de rechtspersoon naar wier beleid de vakorganisatie een enquete gewenst acht'; *vide* SER-advies 1989, p. 12.

204 *Vide* SER-advies 1989, p. 14; *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 10 en 14 (MvT); *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 6, p. 6 (MvA). *Vide* voor kritiek daarop Van Solinge 1992, *op. cit.*, p. 30, waarbij S.J. Witteveen, 'Het wetsvoorstel inzake de uitbreiding van het enquêterecht', *TVVS* 1993, p. 94 zich aansloot. *Vide* daartegen Maeijer 1992, *l.s.c.* Het gezamenlijk drijven van de onderneming is nog steeds het uitgangspunt; *vide Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 9 (MvT).

205 *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 14 (MvT).

Hieruit volgt dat (a) het geval waarin de moedermaatschappij het beleid en de gang van zaken van haar dochtermaatschappij geheel of in belangrijke (zeer sterke) mate bepaalt, slechts *een* situatie betreft waarin sprake is van het gezamenlijk in stand houden van een onderneming en deswege gelijkstelling geïndiceerd is, er kunnen er meer of andere zijn, en (b) het uiteindelijk aan de Ondernemingskamer wordt overgelaten om dat in het concrete aan haar voorgelegde geval uit te maken. Zoals gezegd, denk ik dat het, globaal gezegd, moet gaan om situaties waarin sprake is van een (hele) hechte/dichte concernrelatie. Alsdan kan de moedermaatschappij door een vereniging van werknemers tot voorwerp van enquête worden gemaakt.

7.1.3.1.2 Literatuur

Noch in het SER-advies 1989, noch in de daaropvolgende reactie van de staatssecretaris is stilgestaan bij de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverband. Betekent zulks dat het zonder wetswijziging van kapitaalverschafferszijde niet mogelijk is een enquête uit te lokken bij een andere concerngenoot dan 'zijn' eigen? En is het hebben van de hier bedoelde bevoegdheid wenselijk? In de literatuur is hierop ingegaan. Ik doe een greep daaruit. Aan mijn eigen opvatting geef ik lucht in de volgende paragraaf.

Boukema en Dorresteijn constateren dat, hoewel ook minderheidsaandeelhouders van de dochtermaatschappij en van de moedermaatschappij belang kunnen hebben bij het instellen van een onderzoek bij de moedermaatschappij respectievelijk de dochtermaatschappij, de concernrechtelijke uitleg beperkt is gebleven tot de enquêtebevoegdheid van een vereniging van werknemers.[206]

Ofschoon volgens Schutte-Veenstra, indien de OK een vereniging van werknemers bevoegd acht een enquête uit te lokken bij concerngenoten van de rechtspersoon in wiens onderneming personen werkzaam zijn die bij haar als lid zijn aangesloten, zulk een bevoegdheid ook toe zou behoren te komen aan (minderheids)aandeelhouders van zowel de moedermaatschappij als haar dochtermaatschappij, betwijfelde zij of dat te realiseren valt via een interpretatie van de wettekst of dat daarvoor een wetswijziging nodig is.[207]

Naar de mening van Slagter kan, indien het gestelde wanbeleid plaatsvindt bij een dochtermaatschappij maar de aandeelhouders slechts aandelen in het geplaatste kapitaal van de moedermaatschappij houden, niet om een onderzoek bij die dochtermaatschappij worden verzocht, omdat de verzoekende aandeelhouders in haar geplaatste kapitaal geen aandelen houden.[208] Volgens hem is hier bovendien sprake

206 C.A. Boukema en A.F.M. Dorresteijn, 'Het enquêterecht in ontwikkeling', *TVVS* 1994/7, p. 171.

207 J.N. Schutte-Veenstra, 'Vijfentwintig jaar Ondernemingskamer', *De NV* 1996, p. 181.

208 W.J. Slagter, '25 Jaar Ondernemingskamer', in: W.J. Slagter *et al.* (red.), *25 jaar ondernemingskamer. de betekenis van de OK voor ondernemend Nederland*, sinzheimer cahiers, deel 11, 's-Gravenhage: Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1996, p. 14.

van een ongelijke behandeling van de vereniging van werknemers als verzoekster en van aandeelhouders als verzoekers, nu eerstgenoemde zich wél mag beklagen over wanbeleid bij een andere groepsmaatschappij dan die in wier onderneming zij werkzame personen onder haar leden telt.[209]

Van Solinge is de mening toegedaan dat zowel uit een oogpunt van het werknemersbelang als uit een oogpunt van het belang van kapitaalverschaffers concernverhoudingen ten onrechte ongeregeld zijn gebleven.[210] Als het redelijk is dat uit het eerstbedoelde oogpunt het beleid van de concernleiding ten aanzien van een groepsmaatschappij via een enquêteprocedure wordt getoetst, dan is dat naar zijn opvatting evenzeer redelijk dat zulks geschiedt uit het laatstbedoelde oogpunt.[211] Hij bepleitte daarom een uitbreiding van de bevoegdheid van kapitaalverschaffers, en wel in die zin dat ook het beleid van een dochter- of groepsmaatschappij in het onderzoek kan worden betrokken.[212] Witteveen sloot zich daarbij aan.[213]

In de visie van IJsselmuiden volgt uit art. 2:345 BW en art. 2:346 BW, in samenhang gelezen, dat een houder van (certificaten van) aandelen een onderzoek kan uitlokken naar het beleid en de gang van zaken van binnen de rechtspersoon waarvan de verzoeker houder van (certificaten van) aandelen is, en dat de Ondernemingskamer niet, in de eerste fase van het geding, voordat een onderzoeker is benoemd, een andere rechtspersoon dan de evenbedoelde in het onderzoek kan betrekken, hetgeen zijns inziens bevestiging vindt in art. 2:351, tweede lid, BW.[214]

Volgens Uniken Venema werd in het SER-advies (1989) zonder enige toelichting aangenomen dat er met betrekking tot enquêtes zijdens aandeelhouders geen behoefte bestaat aan een mogelijkheid van een bevoegdheidsdoorbraak en dat uit dien hoofde ervan werd afgezien de vraag naar de werking van het enquêterecht in concernverhoudingen aan hun kant ten principale te behandelen, in welke zienswijze tijdens de aansluitende parlementaire discussie geen verandering kwam.[215] Naar zijn mening is echter aan aandeelhouderszijde wel degelijk behoefte aan de mogelijkheid van een bevoegdheidsdoorbraak.[216] Niettemin zijn, aldus Uniken Venema, de mogelijkheden om door interpretatie van de geldende wettelijke bevoegdheidsregeling tot een redelijke oplossing te komen veel groter in geval van enquêtes zijdens verenigingen van werknemers dan in geval van enquêtes zijdens aandeelhouders, nu in de wettelijke bepaling ter zake van de enquêtebevoegdheid van eerstgenoemden als bepalend criterium het vereiste wordt gehanteerd dat de vereniging van

209 *Ibid.*
210 Van Solinge 1992, *op. cit.*, p. 32.
211 *Ibid.*, p. 30.
212 *Ibid.*, p. 30-31.
213 Witteveen, *op. cit.*, p. 94-95.
214 Noot, onder 2, bij hof Amsterdam (OK) 17 maart 1994, *TVVS* 1994, p. 164-166, m.nt. Th.S. IJsselmuiden (*Janssen Pers*).
215 Uniken Venema 1996, *op. cit.*, p. 222-223.
216 *Ibid.*, p. 222-224.

werknemers 'in de onderneming van de rechtspersoon werkzame personen onder haar leden telt', terwijl in de wettelijke bepaling ter zake van de enquêtebevoegdheid van laatstgenoemden als bepalend criterium wordt gehanteerd een vereiste dat ziet op het houden van (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een bepaalde vennootschap, waardoor op basis van de wettekst het veel bezwaarlijker is om – zonder steun in de wet – een ruime interpretatie te aanvaarden in de zin dat het houden van aandelen in het geplaatste kapitaal van vennootschap A mede zal gelden als het houden van aandelen in het geplaatste kapitaal van de met deze vennootschap nauw verbonden vennootschap B.[217] Een wetswijziging is volgens Uniken Venema gewenst.[218] Hierdoor kan zijns inziens tevens de ongelijke behandeling van verenigingen van werknemers en aandeelhouders, houdende dat een bevoegdheidsdoorbraak wél mogelijk is zijdens verenigingen van werknemers maar níét zijdens aandeelhouders, worden opgeheven.[219]

Naar Winters opvatting leidt de door de SER voorgestane oplossing, houdende dat de moedermaatschappij wordt geacht de onderneming van haar dochtermaatschappij mede in stand te houden, tot de ongerijmdheid dat verenigingen van werknemers wél een enquête bij de moedermaatschappij kunnen uitlokken, maar minderheidsaandeelhouders van de dochtermaatschappij níét, omdat in art. 2:346, aanhef en onderdeel a, (oud) BW het begrip 'onderneming' niet voorkomt.[220]

In Geerts' optiek leiden de voornoemde auteurs uit de omstandigheid dat de SER de concernproblematiek hoofdzakelijk vanuit werknemersoogpunt heeft behandeld, ten onrechte af dat werknemers onder omstandigheden wél om een onderzoek bij een concernvennootschap mogen verzoeken, maar aandeelhouders níét.[221] Zijns inziens blijkt uit de wetsgeschiedenis dat werknemers en aandeelhouders op gelijke wijze behandeld dienen te worden.[222] Volgens Geerts is het standpunt van Uniken Venema, houdende dat in het SER-advies zonder enige toelichting is aangenomen dat er van aandeelhouderszijde geen behoefte bestaat aan een mogelijkheid van een bevoegdheidsdoorbraak en uit dien hoofde ervan is afgezien de vraag naar de werking van het enquêterecht in concernverhoudingen ten principale te behandelen, niet juist, omdat in dat advies wel degelijk het belang van aandeelhouders bij zo'n bevoegdheidsdoorbraak is erkend.[223]

Hierbij voegde zich, aldus Geerts, dat in het SER-advies (1989) nergens een aanknopingspunt kan worden gevonden waaruit afgeleid zou kunnen worden dat de SER dergelijke door aandeelhouders verzochte onderzoeken – naar hij zal bedoelen:

217 *Ibid.*, p. 225.
218 *Ibid.*, p. 225 en 231.
219 *Ibid.*, p. 226.
220 Winter, *op. cit.*, p. 195.
221 Geerts 2004, *op. cit.*, p. 118.
222 *Ibid.*
223 *Ibid.*, p. 119.

de door aandeelhouders gedane verzoeken om (mede) een onderzoek bij concerngenoten van de rechtspersoon in wiens geplaatste kapitaal zij aandelen houden – niet zou willen toelaten, hetgeen zijns inziens bevestigd lijkt te worden door een artikel van Maeijer, de toenmalige voorzitter van de SER-commissie die het SER-advies 1989 heeft geschreven,[224] welk artikel[225] Geerts aldus aanhaalt:

> '[Wij moeten, toev. RPJ] "respect hebben voor de eigen identiteit van een rechtspersoon, waarvan ons rechtssysteem ook uitgaat. Maar vereenzelviging tussen twee rechtspersonen met het oog op de toepassing van een bepaalde norm is onder zeer uitzonderlijke omstandigheden denkbaar. Zo ook bij het enquêterecht. Normaal moet worden aangeknoopt bij de rechtspersoon-vennootschap die in de enquêteprocedure wordt betrokken. Slechts onder uitzonderlijke omstandigheden moet op deze regel een uitzondering worden aanvaard". Voor die uitzonderlijke gevallen moet – aldus nog steeds Maeijer – de rechter een oplossing bieden en niet de wetgever: aan het "aanduiden van het uitzonderlijk geval (of de gevallen) in de wet zelf bestaat geen behoefte".'[226] (voetnoot verwijderd)

Nadien merkte hij op dat Maeijer (i) geen onderscheid maakt tussen werknemers en aandeelhouders en evenmin tussen concernonderzoeken die door aandeelhouders van een moedervennootschap verzocht worden en concernonderzoeken die door aandeelhouders van een dochtervennootschap worden verzocht en (ii) van mening is dat ook in het geval dat aandeelhoudersbelangen in het geding zijn, naar geldend (enquête)recht onder bijzondere omstandigheden plaats is voor een bevoegdheidsdoorbraak.[227]

Volgens Geerts zijn beide zienswijzen niet in tegenspraak met het SER-advies – welk advies ruimte laat voor het door Maeijer verdedigde standpunt – en is het precies 'deze gedachte', waarmee Geerts kennelijk (mede) doelde op de laatste volzin uit het bovengeciteerde, die terugkomt in de memorie van toelichting bij de wet Wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête, waarin de staatssecretaris, het zij herhaald, het volgende opmerkte:[228]

> 'De SER heeft in zijn advies twee specifieke concern-situaties [*sic*] behandeld. Het advies is op dit punt niet uitputtend. Het is zeker denkbaar dat de rechtspraak van de ondernemingskamer zich verder ontwikkelt. In welke situaties en onder welke omstandigheden zulks mogelijk zal zijn is een vraag die van geval tot geval moet worden beoordeeld in concrete zaken die aan de ondernemingskamer worden voorgelegd. De wetgever kan daarop niet vooruitlopen.'[229]

---

224 *Ibid.*
225 Maeijer 1992, *op. cit.*, p. 118.
226 Geerts 2004, *op. cit.*, p. 120.
227 *Ibid.*
228 *Ibid.*
229 *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 14 (MvT).

Kortom, Geerts is van oordeel dat, gelet op het SER-advies en de wetsgeschiedenis, naar geldend enquêterecht aandeelhouders, onder bijzondere omstandigheden, bevoegd zijn tot het verzoeken om een onderzoek bij concerngenoten van de vennootschap in wier geplaatste kapitaal zij aandelen houden.

7.1.3.1.3 Oordeel Hoge Raad

De *iudex ad quem* startte zijn redenering met het – onder verwijzing naar HR 1 februari 2002, *NJ* 2002/225, m.nt. J.M.M. Maeijer (zie *NJ* 2002/226), *Ondernemingsrecht* 2002/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3 (*De Vries Robbé*) – in herinnering brengen dat de enquêtebevoegdheid alleen toekomt aan degenen aan wie zulks in de wet is verleend en dat de opsomming van enquêtegerechtigden als bedoeld in art. 2:346 BW limitatief is.[230] Voorts overwoog hij dat zulks evenwel nog niet betekende dat het onderdeel terecht was voorgesteld, omdat dat afhing van het antwoord op de vraag 'of in het zich hier voordoende geval van 100%-dochtermaatschappijen *onder houders van aandelen of certificaten van aandelen als bedoeld in art. 2:346 BW mede te begrijpen zijn houders van aandelen of certificaten van aandelen in de moedermaatschappij* [curs. RPJ]'.[231] In dat verband verwees de Hoge Raad naar de in het SER-advies 1989 neergelegde beschouwingen van de SER over, kort gezegd, de bevoegdheid van een vereniging van werknemers tot het uitlokken van een enquête bij een andere concerngenoot om vervolgens, voor zover hier van belang en kort gezegd, de staatssecretaris' interpretatie van art. 2:347 BW te citeren alsook diens opmerking dat in het voornoemde advies de SER twee specifieke concernsituaties heeft behandeld en dat advies op het hier bedoelde punt niet uitputtend is.[232] Over het deel tot aan de wetsgeschiedenis merk ik alvast het volgende op.

De Hoge Raad sprak – in navolging van de staatssecretaris – van het 'onder (…) mede te begrijpen zijn'. Het aldus, in bedekte termen, geformuleerde wijst op, althans komt neer op, gelijkstellen dan wel vereenzelvigen.[233] Zulks kan ook moeilijk anders

230 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.2 (*Landis*).

231 *Ibid.*

232 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.3 (*Landis*).

233 Evenzo, naar ik begrijp, Bartman 2005, *op. cit.*, p. 553-555 en 557; Storm 2014b, *op. cit.*, p. 1030. *Vide* ook de noot, onder 4, van Van den Ingh bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*). Hij sprak van 'vereenzelviging'. *Vide* voorts L. Timmerman, 'Der Ring des Nibelungen en het ondernemingsrecht', *WPNR* 2014/7037, p. 1027, waarin hij opmerkte dat

worden verstaan. Immers, uit art. 2:345, eerste lid, BW in samenhang gelezen met art. 2:346, aanhef en onderdeel b, (oud) BW (thans: art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW) volgt dat een houder van (certificaten van) aandelen slechts bevoegd is een enquête uit te lokken bij de vennootschap in wier geplaatste kapitaal hij (direct) procentueel of nominaal voldoende (certificaten van) aandelen houdt (bij een enkelvoudige vennootschap dus). In een onder die vennootschap hangende 100%-dochtermaatschappij houdt hij geen (certificaten van) aandelen. Teneinde (i) die aandeelhouder van de moedermaatschappij desondanks enquêtegerechtigd te achten ten aanzien van die dochtermaatschappij en (ii) tegelijkertijd vast te houden aan het in zijn beschikking inzake *De Vries Robbé* geformuleerde – en in de onderhavige beschikking herhaalde – uitgangspunt met betrekking tot de kring der enquêtegerechtigden diende de Hoge Raad gebruik te maken van de vorenbedoelde gelijkstellings- of vereenzelvigingstechniek. Strijd met dat uitgangspunt doet zich alsdan niet voor, of – om met Slagter te spreken – 'er vindt aldus geen ontoelaatbare buitenwettelijke uitbreiding van art. 2:346 lid 1 sub b-c BW plaats'.[234] De Hoge Raad stelde in de

men in de *Landis*-beschikking van 'vereenzelviging' van de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij zou kunnen spreken. *Vide* ook zijn conclusie, onder 3.19, bij HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*), alwaar hij schreef dat de Hoge Raad in zijn *Landis*-beschikking de 'vereenzelviging' baseert op de economische werkelijkheid. *Vide* tevens C.E.J.M. Hanegraaf, 'Het enquêterecht en de economische werkelijkheid', *Bb* 2019/32, p. 142, naar wiens mening de Hoge Raad in dezen overging tot vereenzelviging. Anders: Maeijer in zijn noot, onder 4, bij de voormelde beschikking. Hij is – bij nader inzien – van mening dat te dezen niet kan worden gesproken van vereenzelviging. Ziekman, *op. cit.*, p. 395, Geerts 2006, *op. cit.*, p. 14-15 (hetzelfde standpunt staat in P.G.F.A. Geerts, 'Ondernemingsprocesrecht', *TCR* 2005, nr. 3, p. 90), en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/739 zitten ook op die lijn. Volgens Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 160 kan men de hier bedoelde beschikking zo lezen 'dat de aandeelhouders (certificaathouders) van de moedervennootschap onder bepaalde omstandigheden voor de toepassing van art. 2:346 BW gelijkgesteld kunnen worden met die van de dochtervennootschap'. Naar mijn opvatting kunnen, in geval van een op een dochtermaatschappij gericht enquêteverzoek, houders van (certificaten van) aandelen van een moedermaatschappij onder bepaalde omstandigheden gelijk worden gesteld aan een aandeel- of certificaathouder als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW. Men mag dit voor mijn part ook vereenzelviging noemen; ik vermag niet in te zien waarom die term alleen gebruikt zou mogen worden met betrekking tot rechtstpersonen. *Vide* ook Hanegraaf 2019c, *loc. cit.*, die vereenzelviging zowel mogelijk acht tussen twee verschillende rechtspersonen als tussen een rechtspersoon en een natuurlijk persoon.

234 Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1619. Volgens hem is sprake van een 'binnenwettelijke verfijning van de daarin gehanteerde begrippen "aandeelhouder" en "certificaathouder"'. *Vide* ook Bartman 2005, *op. cit.*, p. 553: 'Met de Landis-beschikking heeft de Hoge Raad daarom wel degelijk een – vanuit de dochtervennootschap beschouwd – nieuwe categorie aan het rijtje van verzoekgerechtigden in art. 2:346 jo. 2:347 BW toegevoegd, namelijk de aandeelhouders in haar moedermaatschappij. Dit is strijdig met eerdere rechtspraak van de Hoge Raad waarin bedoelde opsomming nadrukkelijk als limitatief is aangemerkt, *tenzij men moeder en dochter in dezen als één en dezelfde rechtseenheid beschouwt (= vereenzelviging). En dat is dan ook precies wat de Hoge Raad heeft gedaan* [curs. RPJ].' (voetnoot verwijderd) *Vide* daarnaast Storm 2018, *op. cit.*, p. 112, die opmerkte dat sedert *Landis* een volle dochtermaatschappij 'een reële aandeelhoudster, de moeder, en "virtuele aandeelhouders", de reële aandeelhouders van de moeder. Voor "virtueel" moet men blijkbaar ook "echt" lezen'. Zweedijk, *op. cit.*, p. 83 en 85 houdt er een andere opvatting op na.

voorliggende zaak dus in wezen de vraag centraal of – anders dan de staatssecretaris, die twee rechtspersonen, namelijk de moeder- en haar dochtermaatschappij, aan elkaar gelijkstelde –[235] een houder van (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een moedermaatschappij, voor, mij dunkt, de toepassing van voornoemd artikel,[236] gelijk kan worden gesteld aan een houder van (certificaten van) aandelen als daarin bedoeld.

Onze cassatierechter zette zijn redenering voort met de overweging dat nu kapitaalverschaffers en werknemers, wat hun toegang tot het enquêtemiddel betreft, zoveel mogelijk gelijk dienen te worden behandeld,[237] er geen grond bestaat de hogergenoemde opvattingen van de regering (lees: het kabinet), in de persoon van de staatssecretaris van Justitie, die erop neerkomen dat de wet ruimte biedt voor wat in de literatuur wel wordt aangeduid als een 'bevoegdheidsdoorbraak' en dat het in de eerste plaats aan de Ondernemingskamer is om zo nodig aan de ontwikkelingen op dat punt vorm te geven, niet ook tot uitgangspunt te nemen bij de beantwoording van de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden houders van (certificaten van) aandelen van de moedermaatschappij bevoegd zijn een op een 100%-dochtermaatschappij gericht enquêteverzoek in te dienen, waarbij volgens de Hoge Raad tevens het uitgangspunt moet zijn dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat het bij de toepassing daarvan uiteindelijk vooral aankomt op de economische werkelijkheid, een en ander onder verwijzing naar HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht*

235 *Cf.* 's Ondernemingskamers *L'Étoile*-beschikking in voetnoot 126 *supra*. Bartman 2005, *op. cit.*, p. 553-555 en 557, Storm 2014b, *op. cit.*, p. 1030, Timmerman 2014a, *op. cit.*, p. 1027 en Hanegraaf 2019c, p. 142 hadden het – in de context van de *Landis*-zaak – (mede) over vereenzelviging van de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij(en). Geerts 2006, *op. cit.*, p. 15 merkte ten aanzien van de *Landis*-zaak op dat als men al van (een vorm van) vereenzelviging zou kunnen of willen spreken, er dan veeleer sprake is van een vereenzelviging van aandeelhouders. Volgens Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 161 is er geen sprake van vereenzelviging van de moedervennootschap en dochtervennootschap. Dit acht ik juist; de Hoge Raad sprak in r.o. 3.3.2, 2e al. immers (twee keer!) van 'houders van aandelen of certificaten van aandelen'. Van vereenzelviging van rechtspersonen, of, zo men wil, van enquêtesubjecten, was dus geen sprake.

236 *Vide* ook Bartman 2005, *op. cit.*, p. 555.

237 *Vide* ook de conclusie, onder 2.15, van A-G Timmerman bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*). Hij vermocht niet in te zien waarom in het hier bedoelde opzicht aandeelhouders anders dienen te worden behandeld dan vakorganisaties. *Vide* ook Geerts 2004, *op. cit.*, p. 118, alwaar hij – zonder verwijzing – opmerkte dat uit de wetsgeschiedenis 'blijkt' dat werknemers en aandeelhouders op gelijke wijze dienen te worden behandeld.

2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.5.2 (*Scheipar*).[238] Hierbij plaats ik de volgende kanttekeningen.

Anders dan de Hoge Raad blijkens deze (apodictische) overweging meent, kunnen, zoals ik de zaak inzie, de opvattingen bij monde van de staatssecretaris als geciteerd in het midden van r.o. 3.3.3, waaruit de Hoge Raad kennelijk afleidde dat 'de wet ruimte biedt voor wat in de literatuur wel wordt aangeduid als "een bevoegdheidsdoorbraak"' (r.o. 3.3.4), en aan het slot van r.o. 3.3.3, waaruit de Hoge Raad kennelijk opmaakte dat het 'in de eerste plaats aan de ondernemingskamer is om – zonodig [*sic*] – aan de ontwikkelingen op dat punt [*i.e.* de bevoegdheidsdoorbraak] vorm te geven' (r.o. 3.3.4), níét tot uitgangspunt worden genomen bij de beantwoording van de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden houders van (certificaten van) aandelen, kort gezegd, (mede) bevoegd zijn tot het uitlokken van een enquête bij een andere concerngenoot dan 'hun eigen', nu kapitaalverschaffers en werknemers ter zake weliswaar gelijk zouden móéten worden behandeld, hetwelk zou kunnen worden opgehangen aan de opmerking van de SER dat het ook voor aandeelhouders van belang kan zijn enquêtes te kunnen vragen bij concerngenoten van 'hun' rechtspersoon,[239] maar zij volgens het geldende recht niet gelijk kúnnen worden behandeld.[240] Dit laat zich als volgt toelichten.

Er zij om te beginnen aan herinnerd dat in het SER-advies 1989 noch in de memorie van toelichting/antwoord bij of tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer van de wet Wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête in is gegaan op de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverhoudingen; slechts de enquêtebevoegdheid van een vereniging van werknemers *ex* art. 2:347 BW is in dat verband aan de orde geweest. In dat artikel komt het (kern)begrip 'onderneming' voor. Bedacht is – dat is het, door de Hoge Raad in zijn beschouwingen weggelaten, kardinale punt; in die sleutel werd de

238 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.4 (*Landis*).

239 SER-advies 1989, p. 8.

240 A-G Timmerman merkte in zijn conclusie, onder 2.15, bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*) op dat de staatssecretaris de rechter als het ware heeft uitgenodigd 'tot een soort van extensieve uitleg van de wettelijke enquêteregeling in verband met concernsituaties'. Dit is echter te algemeen en miskent de specifieke context van zijn uitlating. De staatssecretaris heeft het, kort gezegd, aan de rechter (lees: de Ondernemingskamer) overgelaten om – in de context van de enquêtebevoegdheid van een vereniging van werknemers *ex* art. 2:347 BW in concernverhoudingen – te bepalen in welke siuaties nog meer sprake kan zijn van het gezamenlijk drijven van één onderneming door de moeder- en haar dochtermaatschappij en het uit dien hoofde (eveneens) kunnen uitlokken van een enquête bij die moedermaatschappij.

uitleg van art. 2:347 BW in concernverhoudingen geplaatst –[241] om het aldus te interpreteren dat onder bepaalde omstandigheden de moedermaatschappij geacht kan worden de onderneming van haar dochtermaatschappij mede in stand te houden. Alsdan kan die moedermaatschappij gelijk worden gesteld aan een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:347 BW. Gevolg hiervan is dat ook te haren aanzien een vereniging van werknemers een enquête kan uitlokken. In art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW komt het vorenbedoelde begrip evenwel niet voor; daarin wordt als bepalend criterium gehanteerd het houden van (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een vennootschap. De twee bovengenoemde wetsartikelen zijn dus wezenlijk verschillend geredigeerd.[242] Hier wreekt zich het feit dat de SER de focus op de draagwijdte van art. 2:346, aanhef en onderdeel b, (oud) BW en art. 2:347, aanhef en onderdeel b, (oud) BW in concernverhoudingen legde en niet mede op art. 2:346, aanhef en onderdeel a, (oud) BW en art. 2:346, aanhef en onderdeel a, (oud), BW (thans ineengeperst in art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW) in dat verband.[243]

Naast de wetsgeschiedenis beriep de Hoge |Raad zich op de economische werkelijkheid,[244] welk beroep, naar het lijkt, moet worden geplaatst in de context van de teleologische wetsinterpretatie (*vide* de woorden 'dat de *strekking* [curs. RPJ] van het enquêterecht meebrengt dat'). Hierbij zij vooropgesteld dat het enquêtemiddel voor de vennootschap een (zeer) ingrijpend middel[245] is en de bevoegdheid daartoe mitsdien een solide juridische basis vergt. Naar de letter der wet[246] (lees: art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW *iuncto* art. 2:345, eerste lid, eerste volzin,

241 Men zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 10 en 14 (MvT); *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 6, p. 6 (MvA); *Handelingen II* 1992/93, 65, p. 4667. *Cf. Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 9 (MvT).

242 Naar ik begrijp evenzo Storm 2018, *op. cit.*, p. 112.

243 Eerder had Winter, *op. cit.*, p. 195 (voetnoot 64) zich al in woorden van die strekking uitgelaten.

244 *Vide* ook C. de Groot, 'Een doorbraak in de concernenquête', *O&F* 2005, nr. 69, p. 22; Geerts 2006, *op. cit.*, p. 10; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1626.

245 *Vide e.g.* hof Amsterdam (OK) 19 juni 2015, *ARO* 2015/168, r.o. 3.7 (*HIT*), waarin de Ondernemingskamer overwoog dat 'een enquête – al of niet gecombineerd met onmiddellijke voorzieningen – een zwaarwegend middel is dat tot een aanzienlijke belasting voor de vennootschap, zowel in financieel als in procedureel opzicht, zal leiden'. *Vide* ook Geerts 2004, *op. cit.*, p. 46, alwaar hij sprak van een 'zwaar wapen'.

246 Assink spreekt van de 'glasheldere letter van art. 2:346 BW (oud)'; *vide* B.F. Assink, 'De "economische werkelijkheid" in het Nederlandse ondernemingsrecht', *WPNR* 2014/7037, p. 1035. Ook Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 999 en Storm 2018, *op. cit.*, p. 110 zijn de mening toegedaan dat de in art. 2:346 BW opgenomen voorwaarden voor de enquêtebevoegdheid duidelijk, en strikt, zijn. Voorts noem ik M.J. Kroeze, 'Kroniek van het vennootschapsrecht', *NJB* 2007, afl. 35, p. 2228, volgens wie de Hoge Raad in zijn *Landis*-beschikking een ruime uitleg aan art. 2:346 BW gaf, nu '[n]aar de letter van de wet' aandeelhouders van een moedermaatschappij geen enquête kunnen uitlokken bij een dochtermaatschappij.

BW), en daarbij indachtig het overwogene in 's Hogen Raads eerdergenoemde *De Vries Robbé*-beschikking,[247] is een houder van (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een moedermaatschappij niet (mede) bevoegd tot het uitlokken van een enquête bij een 100%-dochtermaatschappij daarvan, omdat hij in dier geplaatste kapitaal géén (certificaten van) aandelen houdt. Indirecte aandeel- of certificaathouders zijn dus niet enquêtegerechtigd.[248] Voorts zijn in de wetsgeschiedenis géén aanknopingspunten te vinden dat zij dat desondanks naar de geest der wet wel zouden zijn. Bovendien lenen de opmerkingen van de staatssecretaris omtrent de enquêtebevoegdheid van een vereniging van werknemers in concernverhoudingen zich niet voor analoge toepassing.[249] Tegen deze achtergrond kan naar mijn gevoelen

247 HR 1 februari 2002, *NJ* 2002/225, m.nt. van J.M.M. Maeijer (zie *NJ* 2002/226), *Ondernemingsrecht* 2002/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3 (*De Vries Robbé*).

248 *Vide* ook Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 999; Storm 2018, *op. cit.*, p. 110. Terecht merkte Timmerman 2014a, *op. cit.*, p. 1027 op dat in het wettelijk systeem een aandeelhouder alleen bij de eigen vennootschap om een onderzoek kan verzoeken. Op die lijn zit ook IJsselmuiden; *vide* zijn noot, onder 2, bij hof Amsterdam (OK) 17 maart 1994, *TVVS* 1994, p. 164-166, m.nt. Th.S. IJsselmuiden (*Janssen Pers*). *Vide* in die richting ook M.R. Mok, 'De activistische rechter en het ondernemingsrecht', in: *A-T-D. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 307; F.J.P. van den Ingh, 'Enquête in concernverhoudingen', *JOR plus* 2002, p. 7; de noot, onder 2, van Josephus Jitta bij hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); F.J.P. van den Ingh, 'Enquête in concernverhoudingen II', *JOR plus* 2003, p. 55; Storm 2005, *op. cit.*, p. 98; L.A. van Amsterdam en A.M. van Amsterdam, *De Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer en het Nederlandse ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 21. Hoewel ook Dorresteijn van oordeel is dat aandeelhouders naar de letter der wet slechts een enquête kunnen uitlokken bij 'hun eigen' vennootschap, acht hij – indachtig *substance over form* – de concerngenotenenquête niet in strijd met de wet; *vide* Dorresteijn 2004, *op. cit.*, p. 12-14. *Cf.* Assink 2014, *op. cit.*, p. 1033. Volgens Van Solinge 2012a, *op. cit.*, p. 202 en Van Solinge 2012b, *op.cit.*, p. 87 'lijkt' art. 2:345 sub b BW (naar hij zal bedoeld hebben: art. 2:346 sub b BW) aan het doorbreken naar de dochtermaatschappij(en) in de weg te staan, nu daarin tot uitgangspunt wordt genomen dat het verzoek komt van de houder van (certificaten van) aandelen die rechtstreeks kapitaal verschaffen aan de vennootschap die voorwerp van onderzoek zal zijn. Hetzelfde standpunt, inclusief foutieve verwijzing, maar exclusief onderbouwing, staat in Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/739. *Vide* ook Van den Ingh zijn noot, onder 1, bij hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*). *Vide* voorts Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 996; Storm 2018, *op. cit.*, p. 106. *Vide* bovendien Geerts 2004, *op. cit.*, p. 115. *Cf.* M.J.G.C. Raaijmakers (m.m.v. G.T.M.J. Raaijmakers en W.J.M. van Veen), *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 668, die opmerkte dat art. 2:344 BW in enkelvoudige termen speekt over de rechtspersonen waarop het enquêterecht van toepassing is, niet over hun status van moeder- of dochtermaatschappij.

249 Raaijmakers 2017, *op. cit.*, p. 670 merkte op dat de Hoge Raad de grondslag verbrede met een processueel gelijkheidsbeginsel – kennelijk daarbij doelend op zijn overweging dat kapitaalverschaffers en werknemers, wat hun toegang tot het enquêterecht betreft, zoveel mogelijk gelijk dienen te worden behandeld – dat lijkt te berusten op een 'manke analogie met de positie van vakorganisaties'.

in casu het gebruik van toverformules als '(doel en) strekking van het enquêterecht'[250] en 'de economische werkelijkheid'[251] geen uitkomst (meer) bieden.

Ten overvloede wijd ik nog een paar woorden aan 's Hogen Raads verwijzing naar zijn *Scheipar*-beschikking.[252] Daarin zag de economische werkelijkheid er, kort gezegd, aldus uit dat de verzoeker formeel geen certificaathouder was, maar materieel gezien wel in de zin dat hij houder was van een eigen en volledig economisch belang bij de waarde van de helft van de aandelen in het geplaatste kapitaal

250 *Cf.* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink, r.o. 3.18 (*SNS*) en de noot, onder 6, van Bulten hierbij.

251 *Vide* daarover de noot, onder 4, van Van den Ingh bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*), die niet erg onder de indruk is van 's Hogen Raads beroep op de economische werkelijkheid. *Vide* voorts Bartmans noot, onder 4, bij hof Amsterdam (OK) 7 februari 2012, *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman, *AA* 2012/5, m.nt. S.M. Bartman, *JIN* 2012/99, m.nt. P. Haas (*Chinese Workers*), alwaar hij schreef het voor juristen toch wat 'wankele beroep op de economische werkelijkheid'. *Cf.* Koster 2014, *op. cit.*, p. 998: 'Ik vind de benadering van de economische werkelijkheid in het enquêterecht een positieve ontwikkeling. Het voorkomt een te starre uitkomst. *Het beginsel van de economische werkelijkheid kan het recht bijbuigen, opdat het weer aansluit op wat het recht zou moeten inhouden* [curs. RPJ]. Het is daarmee mijns inziens een waardevolle benadering van het recht.' Assink 2014, *op. cit.*, p. 1042 (voetnoot 54) ziet de economische werkelijkheid in de door hem bedoele zin 'niet als "een juridisch tovermiddel" of een "heilsleer", maar als een functioneel begrip dat het ondernemingsrecht verrijkt'. *Vide* in kritische zin J.M. Blanco Fernández, 'De rechter en de economische werkelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2015/21, p. 129: 'Zo verstaan is de economische werkelijkheid net zo dienstig als elk ander hulpmiddel dat kan helpen om analogieën vast te stellen. Maar ik zie meer beperkingen dan mogelijkheden in het gebruik van dit middel. Deze beperkingen hangen samen met de onbestemdheid van de categorie "economische werkelijkheid". De categorie mist de noodzakelijke concreetheid om er een zinnige toepassing aan te kunnen geven. De stelling dat het bij de toepassing van het enquêterecht "uiteindelijk" "vooral" aankomt op de economische werkelijkheid heeft veel weg van een gemeenplaats. Niemand zal betwisten dat het vennootschapsrecht een realiteit normeert die een nadrukkelijk economisch karakter heeft en dat in zoverre de economische werkelijkheid in belangrijke mate bepalend is voor de normen die haar ordenen, net zoals de maritieme of de polemische werkelijkheid bepalend is voor het zee- of het oorlogsrecht. Deze onbestemdheid kan leiden tot onbegrensdheid in de toepassing van het middel. *De economische werkelijkheid kan verworden tot een allesverklarende formule om positief recht opzij te zetten* [curs. RPJ].' *Vide* voorts S.M. Bartman en F.J.P. van den Ingh, 'De economische werkelijkheid in het ondernemingsrecht, meer in het bijzonder in het enquêterecht. Een e-maildialoog', in: D. Busch en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels koers. Liber Amicorum Prof.mr.drs. C.M. Grundmann-van de Krol*, Serie Onderneming en Recht, deel 79, Deventer: Kluwer 2013, p. 46, waarin Van den Ingh opmerkte dat hij tegen het gebruik van de economische werkelijkheid als 'juridisch tovermiddel' is. Verder noem ik Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 162, naar wier mening de term 'economische werkelijkheid' niets minder betekent dan de omstandigheden van het geval. Tot slot breng ik onder de aandacht de conclusie van A-G Timmerman, onder 3.18, bij HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*), alwaar hij, voor zover hier van belang, uitte dat de extensieve wetsuitleg met een beroep op de economische werkelijkheid in de *Landis*-leer 'duidelijk [is] ingebed in de bedoeling van de wetgever', *quod non*, meen ik.

252 HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.5.2 (*Scheipar*).

van de te enquêteren vennootschap (een economisch certificaathouder). In die omstandigheden bracht – en brengt – de strekking van het enquêterecht mee dat de enquêteverzoeker gelijk kan worden gesteld aan een certificaathouder als bedoeld in art. 2:346 BW.[253] Zulks is evident een '*substance over form*'-benadering. Met juistheid werd de verzoeker in het onderhavige geval enquêtegerechtigd geacht. Immers, de kern van het certificaathouderschap is het dragen van een (eigen) economisch belang. Dit wordt belichaamd in de certificaten van aandelen. Als de verzoeker niet over die stukken beschikt, en deswege niet de hoedanigheid van een certificaathouder heeft, maar hij kan aantonen dat het vorenbedoelde belang door de juridisch certificaathouder aan hem is weggecontracteerd, dan bestaat er geen goede grond hem het enquêtemiddel te ontzeggen.

In de *Landis*-zaak waren de enquêteverzoekers – daar ga ik hier veronderstellenderwijs van uit – als (louter) aandeelhouders van Landis, de moedermaatschappij, echter geen houders van (mede) het (volledige) economisch belang bij de waarde van (een deel van) de aandelen in het geplaatste kapitaal van Landis Group, Landis International en Detron, drie volle dochtermaatschappijen van Landis. (Een moedermaatschappij houdt, uitzonderlijke gevallen daargelaten, de aandelen in het geplaatste kapitaal van haar dochtermaatschappij(en) niet (geheel en al) voor rekening en risico van degenen die in haar geplaatste kapitaal de aandelen houden, maar voor rekening en risico van zichzelf.[254]) Aangezien de enquêteverzoekers géén economisch aandeelhouders van de voornoemde dochtermaatschappijen waren, had een analoge toepassing van het overwogene in de *Scheipar*-beschikking geen soelaas geboden.

Gelet op het bovengemelde, had de Hoge Raad naar mijn inzicht moeten oordelen dat – naar geldend recht – houders van (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een moedermaatschappij niet bevoegd zijn tot het uitlokken van een

253 De Hoge Raad stelde ook nog een zeggenschapseis, maar deze is in latere rechtspraak niet meer teruggekeerd.

254 *Vide* ook Raaijmakers 2017, *op. cit.*, p. 670. *Vide* buitendien Doormans noot, onder 9, bij HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk (*Chinese Workers*), waarin hij opmerkte dat juist door de zelfstandige positie van de tussenschakel niet eenvoudig kan worden gezegd dat het zijn van aandeelhouder in een moedervennootschap ook ertoe leidt dat de aandelen die deze in haar dochtermaatschappijen houdt, (economisch) voor zijn rekening en risico worden gehouden. *Vide* tevens zijn noot, onder 8, bij deze beschikking.

enquête bij een dochtermaatschappij indien zij in haar geplaatste kapitaal niet eveneens aan de kapitaaleis als neergelegd in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW voldoen.[255] Een wetswijziging was geïndiceerd.[256]

Een ander punt waar ik nog bij stil wil staan betreft het volgende. De Hoge Raad sprak van het tot uitgangspunt nemen van de opvattingen van de regering bij de beantwoording van, kort gezegd, de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden aandeel- of certificaathouders van een moedermaatschappij enquêtegerechtigd zijn met betrekking tot 'een *(100%)* [curs. RPJ] dochtermaatschappij'.[257] De reden daarvoor zou hierin kunnen liggen dat (a) in het voorliggende geval sprake was van (drie) 100%-dochtermaatschappijen of (b) hij de bevoegdheidsdoorbraak heeft willen beperken tot dergelijke dochtermaatschappijen. Ik denk dat eerste, nu de Hoge Raad in de rechtsoverweging ervoor sprak van 'in het zich hier voordoende geval van 100%-dochtermaatschappijen' en in de rechtsoverweging erna van 'Landis en haar drie 100% dochtermaatschappijen'.[258] Hoe dit ook zij, gelet op de formulering van de

255 *Vide* ook C.E.J.M. Hanegraaf, 'SNS, een drama in drie bedrijven. Derde Bedrijf: de concernenquête bij SNS Bank in het licht van de Landis-beschikking', *Bb* 2019/48, p. 211, naar wiens mening 'een deugdelijke wettelijke basis voor de concernenquête' ontbreekt. A-G Timmernan voerde in zijn conclusie, onder 2.16, bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*) nog aan dat hij ervan overtuigd is dat 'als de wetgever het enqueterecht [*sic*] opnieuw zou opzetten, hij een regeling voor de concerngenotenenquete [*sic*] zou treffen'. Dit argument heeft geen overtuigingskracht. Los ervan dat het, mede gelet op de verstrekkendheid van zulk een regeling, helemaal niet zeker is of de wetgever daartoe zou overgaan, gaat het er te dezen niet om wat in de toekomst al dan niet wettelijk zou kúnnen maar om wat nu wettelijk kán.

256 Anders dan Geerts, bepleitte Olden ook al een wetswijziging; *vide* P.D. Olden, 'Boekbespreking', *Ondernemingsrecht* 2004/151, p. 407. Hetzelfde geldt voor Josephus Jitta; *vide* zijn noot, onder 4, bij hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*), alsmede wijs ik op M.W. Josephus Jitta, 'Enkele gedachten over het formele enquêterecht; is het efficiënt wanneer de dienstmaagd moeder wordt?', in: *Het recht van enquête onderzocht* (Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 33 (voetnoot 68). Verder noem ik Van der Vlis 2000, *op. cit.*, p. 316-317, naar wiens mening de wet uitdrukkelijk de mogelijkheid tot het, kort gezegd, van aandeelhouderszijde kunnen verzoeken om een concerngenotenenquête zou moeten bieden (even later, op p. 317, schreef hij dat het 'wenselijk' is in de wet de mogelijkheid te creëren om te kunnen verzoeken om een onderzoek bij (een of meer) dochtermaatschappijen). *Vide* ook Mok 2000, *op. cit.*, p. 306-307; H.M. de Mol van Otterloo, 'De enquêteprocedure; gedachten over wetswijzigingen', in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 82, Deventer: Kluwer 2005, p. 187 *et seq*.

257 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.4 (*Landis*).

258 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.2 (laatste al.) en 3.3.5 (*Landis*).

laatste zinsnede van de eerste volzin van rechtsoverweging 3.3.4, kan uit het tussen haakjes gezette percentage in mijn ogen in ieder geval niet, althans niet zonder meer, met behulp van een *a contrario*-redenering uit worden afgeleid dat houders van (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een moedermaatschappij géén enquête zouden mogen verzoeken bij een dochtermaatschappij als de moedermaatschappij in haar geplaatste kapitaal een kleiner belang dan 100% houdt.[259]

's Hogen Raads redenering mondde uit in de overweging houdende dat de economische werkelijkheid 'in dit geval', die in de *Scheipar*-zaak zag er anders uit (*vide supra*), inhield dat Landis en haar drie 100%-dochtermaatschappijen tezamen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden en dat er sprake was van een vrijwel volledige personele unie tussen hun besturen, waarin besloten lag dat binnen die dochtermaatschappijen geen sprake was van enige zelfstandige beleidsbepaling en -voering zijdens het bestuur ten opzichte van de moedermaatschappij, en dat derhalve het beleid en de gang van zaken van de evengenoemde dochtermaatschappijen de belangen van de enquêteverzoekers als aandeelhouders van Landis evenzeer en op gelijke wijze raakten als het beleid en de gang van zaken van Landis zelf, in welk licht de *iudex a quo* met juistheid had

259 Anders: Maeijer in zijn noot, onder 3, bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*); M. Koelemeijer, 'Rechtspraak. Civiel recht', *TvOB* 2005/3, p. 114. *Vide* ook Spanjaard zijn noot, onder 22, bij deze beschikking, waarin hij opmerkte dat '[u]it het feit dat in r.o. 3.4.4 van de beschikking van de Hoge Raad wordt gesproken van "(100%) dochtermaatschappij" – met het percentage tussen haakjes -, zou men kunnen afleiden dat de Hoge Raad de deur op een kier heeft willen zetten en de hint heeft willen geven dat genoemde 100%-relatie geen ijzeren vereiste is. Zeker is dit echter niet'. Ook aarzelend is De Mol van Otterloo, *op. cit.*, p. 189. Naar Geerts' 2006, *op. cit.*, p. 12 opvatting mag de conclusie dat alleen bij een 100%-dochtermaatschappij een onderzoek kan worden gelast, niet worden getrokken. Voor hem staat nog lang niet vast dat zulks in andere gevallen (lees: in de gevallen waarin een moedermaatschappij minder dan 100% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van haar dochtermaatschappij houdt) niet zou kunnen. Om die reden zou hij niet van een 'ijzeren vereiste' willen spreken. Integendeel, volgens Geerts 2006, *op. cit.*, p. 13 staat die deur nog wijd open. Dit een en ander staat ook in Geerts 2005, *op. cit.*, p. 89-90. Brink is kennelijk ook de mening toegedaan dat in geval van een minder groot aandelenbezit dan 100% het mogelijk is om een concerngenoot in een enquête te betrekken. Wel is zijns inziens voorstelbaar dat in zulk een geval er niet zal zijn voldaan aan de eis dat er sprake moet zijn van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding. *Vide* M. Brink, 'De concernenquête revisited', *TvOB* 2007/3, p. 93. Overigens vermeld ik Ziekman, *op. cit.*, p. 394, waarin hij opmerkte dat het moet gaan om een 100%-dochtermaatschappij. Dit – wat Ziekman noemt: het eerste criterium – lijkt Ziekman, gelet op hetgeen hij op p. 393 onder de zinsnede 'Deze economische werkelijkheid hield in dat' opsomde, te hebben gehaald uit r.o. 3.3.5 van 's Hogen Raads *Landis*-beschikking. Echter, in die rechtsoverweging ging het, waar De Mol van Otterloo, *op. cit.*, p. 189 terecht al op wees, om een feitelijke vaststelling, zodat daaruit niet kan worden afgeleid dat slechts bij een 100%-dochtermaatschappij om een onderzoek kan worden verzocht.

geoordeeld, zoals in haar oordeel besloten lag, dat de vorenbedoelde verzoekers mede enquêtegerechtigd waren ten aanzien van de bovenbedoelde dochtermaatschappijen.[260] Hierover merk ik het volgende op.

In r.o. 3.3.2, twee alinea, overwoog de Hoge Raad dat of het onderdeel (= nr. 2, dat bestond uit vier klachten, waarvan de klachten 2.1-2.3 als eerste werden behandeld, nu zij de in cassatie centraal staande kwestie betroffen; *vide* r.o. 3.3.1) terecht was voorgesteld, afhing van, zo breng ik in herinnering, het antwoord op de vraag of onder houders van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346 BW 'mede te begrijpen zijn' houders van (certificaten van) in (het geplaatste kapitaal van) de moedermaatschappij. Hoewel het antwoord daarop niet wordt geëxpliciteerd in r.o. 3.3.5, ligt, gezien de laatste volzin van die rechtsoverweging, waarin wij lezen dat de onderdelen 2.1, 2.2 en 2.3 faalden, een bevestigende beantwoording daarin besloten in dezer voege dat, in mijn woorden, de enquêteverzoekers als aandeelhouders van Landis, de moedermaatschappij, gelijk konden worden gesteld aan een aandeelhouder als bedoeld in art. 2:346 BW en bijgevolg (in zoverre) in hun verzoek konden worden ontvangen.

De sleutel tot die gelijkstelling ten aanzien van een vereniging van werknemers op de voet van art. 2:347 BW is het gezamenlijk in stand houden van een onderneming. Bij gebreke van het begrip 'onderneming' in art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW moest de Hoge Raad een andere oplossing verzinnen. Gekozen is – in navolging van A-G Timmerman –[261] voor een 'raken'-vereiste.[262] Zulks is, in het licht van het hogergenoemde woord 'derhalve',[263] het (beslissende) criterium waaraan in het hier bedoelde verband getoetst moet worden,[264] bij de vervulling waarvan de enquêteverzoekende partij gelijk kan worden gesteld aan een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW. Duidelijkheidshalve zij erop gewezen dat het hier – anders dan de indruk die wordt gewekt bij

260 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).

261 *Vide* zijn conclusie, onder 2.15, bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*). *Vide* ook Geerts 2004, *op. cit.*, p. 121; Olden 2004, *op. cit.*, p. 406-407; Geerts 2006, *op. cit.*, p. 11.

262 Volgens mij was het P. Ingelse, 'Mede-ondernemen en concernenquête', *TAO* 2012, nr. 1, p. 32 die dat als eerste zo noemde.

263 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).

264 Evenzo Van den Ingh in zijn noot, onder 4 (laatste al.), bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*); Geerts 2006, *op. cit.*, p. 11, zij het in voorzichtige zin; Bartman in zijn noot, onder 4, bij hof Amsterdam (OK) 7 februari 2012, *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman, *AA* 2012/5, m.nt. S.M. Bartman, *JIN* 2012/99, m.nt. P. Haas (*Chinese Workers*); Ingelse 2012, *l.s.c.*, zij het in voorzichtige zin; Bartman 2015, *op. cit.*, p. 48; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 292; Bartman in zijn noot, onder 6, bij hof Amsterdam (OK) 26 juli

lezing van 's Hogen Raads beschikkingen inzake *Chinese Workers* en *Slotervaart-ziekenhuis*, waarin de *Landis*-beschikking in één adem wordt genoemd met, onder meer, zijn *Scheipar*-beschikking –[265] níét erom gaat of de verzoeker als verschaffer van risicodragend kapitaal een, voor gelijkstelling vatbaar, eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop zijn enquêteverzoek ziet, dat belang heeft, zoals eerder gezegd, een aandeelhouder van een moedermaatschappij in beginsel niet (mede) in haar dochtermaatschappij, maar of hij in één – naar ik veronderstel: economisch – belang, dat (bij de waarde van de aandelen) in (het geplaatste kapitaal van) de moedermaatschappij,[266] op twee niveaus, op moeder- én dochterniveau, op een bepaalde wijze, ik kom daar nog over te spreken, wordt geraakt in die zin dat, naar het mij toeschijnt, het beleid en de gang van zaken van de te enquêteren vennootschappen een negatieve weerslag hebben op voormeld belang. De *Landis*-leer moet dus worden onderscheiden van de leer van de economische gerechtigdheid.[267]

2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas (*SNS*). *Vide* ook Haas' noot, onder 15, bij de laatstgenoemde beschikking; Van Solinge 2012a, *op. cit.*, p. 204. *Vide* voorts voetnoot 277 *infra*. Anders: Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 163: 'Ik lees in de woorden "en dat derhalve" niet dat de tweede omstandigheid – "evenzeer en op gelijke wijze raken" – op zichzelf een doorslaggevend element is voor de toewijzing van een concernenquête.' (voetnoot verwijderd) (In voorzichte zin) ook anders: J.W.H. van Wijk, 'De Hoge Raad en het enquêterecht: een overzicht', *Ondernemingsrecht* 2007/117, p. 388-389; Van Wijk 2009, *op. cit.*, p. 14. Volgens hem is bij de beantwoording van de vraag of aandeelhouders van een moedermaatschappij bevoegd zijn een enquête bij een dochtermaatschappij uit te lokken, (naar het lijkt) doorslaggevend het criterium of binnen die dochtermaatschappij sprake is van enig ten opzichte van haar moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid. *Vide* ook J.H.M. Willems, 'Rode rafels in het ondernemingsrecht', *AA* 2012/4, p. 303; I. Tax, 'De SNS-beschikking van 8 juli 2015: een pragmatische keuze', *MvO* 2015, nr. 1/2, p. 11. *Cf.* B.A. de Ruijter, 'De deur van de Ondernemingskamer staat open: ook voormalig aandeelhouder ontvankelijk in enquêteverzoek', *Bb* 2015/80, p. 275; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 293.

265 *Vide* de opgesomde 'vaste rechtspraak' in HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk, r.o. 3.5 (*Chinese Workers*) en in HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten, *AA* 2014/10, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2014/109, m.nt. P. Haas, r.o. 5.2.2 (*Slotervaartziekenhuis*).

266 *Vide* ook Van den Inghs noot, onder 4, bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*), waarin hij opmerkte dat 'elk beleid dat de financiële positie van D ook maar enigszins benadeelt, heeft gevolgen voor de *waarde* [curs. RPJ] van D, dus voor M en dus ook voor de aandeelhouders in M'. *Vide* mede Ingelse 2012, *op. cit.*, p. 32, die zich afvraagt of het 'evenzeer en op gelijke wijze raken' de mate waarin de beleggende aandeelhouder in zijn portemonnee wordt getroffen, betekent. *Cf.* Bartmans noot, onder 8, bij hof Amsterdam (OK) 7 februari 2012, *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman, *AA* 2012/5, m.nt. S.M. Bartman, *JIN* 2012/99, m.nt. P. Haas (*Chinese Workers*), alwaar hij sprak van het dragen van risico van 'waardevermindering als dat beleid tot verliezen bij of zelfs de ondergang van die vennootschap leidt'.

267 Aldus ook Hermans, Winters en Van der Schrieck, *op. cit.*, p. 26. Voorts in gelijke zin Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 160 (met verwijzing aldaar): 'Opmerking verdient dat de enquêtebevoegdheid op grond van de concernenquête berust op een andere grondslag dan de enquêtebevoegdheid op grond

Zij zouden, overigens, wél kunnen worden gecombineerd.[268]

Het (economisch) belang (bij de waarde van de aandelen) in (het geplaatste kapitaal van) de moedermaatschappij moet door het beleid en de gang van zaken van de dochtermaatschappij 'evenzeer en op gelijke wijze'[269] worden geraakt als

van de economische gerechtigdheid. Deze twee grondslagen voor de enquêtebevoegdheid moeten scherp van elkaar worden onderscheiden.' (voetnoot verwijderd) Bovendien, naar ik begrijp, evenzo A-G Timmerman in zijn conclusie, onder 3.13 en 3.24, bij HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*), alwaar hij sprak van '[b]eide lijnen in de rechtspraak, de *Scheipar*-leer en de *Landis*-leer' en opmerkte dat de *Landis*-leer onder omstandigheden een 'alternatief [kan] bieden voor een indirecte aandeelhouder of certificaathouder die niet aan de vereisten voor economische gerechtigheid [*sic*] voldoet'. *Vide* ook Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1619 *et seq.*, die drie lijnen (aangeduid als 'hoofdscenario's' of 'technieken') onderscheidt: (1) economische gerechtigdheid tot certificaten van aandelen, (2) groeps(genoten)enquête en (3) "wegdenken" van tussenliggende rechtspersoon-aandeelhouder. *Vide* tevens Assinks noot bij HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk (*Chinese Workers*). Kritisch hierover is Bartman 2015, *op. cit.*, p. 45-46. Volgens hem hoeft de concern(genoten)enquête niet te worden beschouwd en behandeld als een afzonderlijke categorie wanneer men het raken-vereiste centraal stelt bij de bevoegdheidsvraag van 'afgeleid-gerechtigden' (p. 48). Voorts merkte hij op dat zijns inziens 'economisch' zich niet beperkt tot slechts een aantoonbaar financieel belang; ook het enkele 'beleidsbelang' van de evengenoemde gerechtigde kan een voldoende (bevoegdheids)gewicht zijn (p. 47). Die gerechtigde zal dan ook aannemelijk moeten maken dat hij in financieel opzicht en/of in zijn beleidspositie door de gang van zaken van de vennootschap kán worden geraakt; dit betreft een *ex ante*-criterium (p. 47-48). Koster 2014, *op. cit.*, p. 996 (voetnoot 24) onderscheidt er twee: gelijkstelling en concernenquête. Dit houd ik niet voor juist. Hij ziet er kennelijk aan voorbij dat als er aan de voorwaarden voor het gelasten van een concernenquête is voldaan, een houder van (certificaten van) aandelen gelijk wordt gesteld aan die als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW. Degene die louter (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een moedermaatschappij houdt, is immers geen houder van (certificaten van) aandelen in haar dochtermaatschappij. Nu degenen die enquêtegerechtigd zijn in art. 2:346 BW zijn opgenomen en de daarin bedoelde opsomming limitatief is, zal er dus (ook) in geval van een verzoek om een concerngenotenenquête de gelijkstellingstechniek moeten worden gebruikt, reden waarom gelijkstelling en concerngenotenenquête geen twee te onderscheiden methodes zijn.

268 Men denke aan de situatie waarin de verzoeker een enquête wenst bij een moeder- en haar volle dochtermaatschappij. Hij is echter geen aandeelhouder, noch certificaathouder, van de moedermaatschappij. Wel houdt hij in haar (geplaatste kapitaal) een eigen, en volledig, economisch belang (bij de waarde van voldoende aandelen) dat gelijk kan worden gesteld aan dat van een aandeelhouder. Nu de belangen op één lijn met elkaar kunnen worden gesteld, kan de verzoeker gelijk worden gesteld met een aandeelhouder als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW. Alsdan is hij enquêtegerechtigd ten aanzien van de moedermaatschappij. Indien vervolgens aan het raken-vereiste wordt voldaan, kan de verzoeker eveneens een enquête bij haar dochtermaatschappij uitlokken.

269 A-G Timmerman sprak in zijn conclusie, onder 2.15, bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*) van 'substantieel en daadwerkelijk' (worden geraakt in belangen). Maeijer in zijn noot, onder 3, bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*) en Ingelse 2012, *op. cit.*, p. 33 spraken van het door de moedermaatschappij 'geheel of in belangrijke mate' bepalen van het beleid en de gang van zaken van haar (100%-)dochtermaatschappij respectievelijk het door

door het beleid en de gang van zaken van de moedermaatschappij zelf.[270] De vraag die zich dan opdringt, is wanneer daarvan sprake is. In aanmerking nemende dat (i) de Hoge Raad in de onderhavige beschikking een paar uitlatingen van de staatssecretaris over de uitleg van art. 2:347 BW in concernverhoudingen tot uitgangspunt nam en (ii) de staatssecretaris ook nog, hoewel door de Hoge Raad in dezen niet aangehaald, had opgemerkt dat, het zij herhaald, het erom gaat of er situaties denkbaar zijn waarin de moeder- en haar dochtermaatschappij 'zo nauw met elkaar zijn verweven, dat niet meer van gescheiden organisaties kan worden gesproken maar dat moet worden aangenomen dat er sprake is van één onderneming die door beide wordt gedreven',[271] lijkt mij dat ter vervulling van het raken-vereiste er, globaal gezegd, een dusdanig nauwe verwevenheid[272] tussen de te enquêteren vennootschappen nodig is dat ofschoon *de iure* sprake is van verschillende rechtspersonen er *de facto* sprake is van een en dezelfde rechtspersoon,[273] of, anders gezegd, dat de een als het *alter ego* van de ander kan worden beschouwd.[274]

(Kennelijk) in het licht van, of geïnspireerd op, de staatssecretaris' – (mede) tot uitgangspunt genomen – interpretatie van art. 2:347 BW, houdende dat onder omstandigheden onder 'rechtspersoon' mede mag worden begrepen (de situatie

---

de moedermaatschappij 'volledig (wellicht: in overwegende mate)' bepalen van het bestuursbeleid van haar dochtermaatschappij. *Vide* ook de noot, onder 8, van Bartman bij hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas (*SNS*), die er er 'sterk voor [zou] zijn als de Hoge Raad de bewoordingen van voornoemd "raken-criterium" uit Landis ietwat zou wijzigen in "evenzeer en in belangrijke mate" in plaats van "in gelijke mate". Aldus zou ook de deur voor een concernenquête gericht op een niet-100% dochtermaatschappij formeel worden geopend en de bestaande rechtsonzekerheid hieromtrent verminderen'.

270 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).

271 *Handelingen II* 1992/93, 65, p. 4667.

272 *Vide* ook Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 95-96, 112, 116, 163 en 261, alwaar zij sprak van 'dermate hecht' of 'hecht verweven'. In hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas, r.o. 3.34 (*SNS*) sprak de Ondernemingskamer van '[g]elet op (a) de hierboven onder 3.15 beschreven *verwevenheid* [curs. RPJ] tussen SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance'. Die rechtsoverweging (r.o. 3.15) bevat feiten en omstandigheden die zij *in specie* van belang achtte bij de beantwoording van de vraag of een te gelasten onderzoek zich ook kon uitstrekken tot SNS Bank. In de direct daaraan voorafgaande rechtsoverweging (r.o. 3.14) had de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang en kort gezegd, overwogen dat de door de Hoge Raad in zijn *Landis*-beschikking geformuleerde maatstaf scharniert om het raken-vereiste. Hieruit volgt dat ook de Ondernemingskamer, in ieder geval in deze *SNS*-beschikking, in het kader van dat vereiste keek naar de (mate van) verwevenheid tussen de te enquêteren vennootschappen.

273 Let wel: het gaat hier niet om vereenzelviging van rechtspersonen. Als aan het raken-vereiste is voldaan, dan wordt een aandeel- of certificaathouder van een moedermaatschappij vereenzelvigd met een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW.

274 Bartman 2005, *op. cit.*, p. 553 nam het woord 'alter ego' al in de mond bij zijn bespreking van de *Landis*-uitspraak.

waarin) de rechtspersoon die als moedermaatschappij het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon waarin de leden van de enquêteverzoekende vereniging van werknemers werkzaam zijn, 'geheel of in belangrijke mate bepaalt' (*vide* r.o. 3.3.3 en 3.3.4), overwoog de Hoge Raad dat in 's Ondernemingskamers oordeel besloten lag dat binnen de dochtermaatschappijen 'geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid'.[275] Tegen de achtergrond van de – eveneens door de Hoge Raad aangehaalde en tot uitgangspunt genomen – opvatting van de staatssecretaris dat (i) de SER slechts twee specifieke situaties had behandeld, waaronder de bovenbedoelde, (ii) het (SER-)advies (1989) ter zake niet uitputtend is, (iii) het zeker denkbaar is dat de OK-rechtspraak zich verder ontwikkelt en (iv) het aan de Ondernemingskamer wordt overgelaten om in het concrete geval te beoordelen in welke situaties en onder welke omstandigheden een, mijn woorden, bevoegdheidsdoorbraak in het kader van art. 2:347 BW (nog meer) mogelijk is (*vide* r.o. 3.3.3 en 3.3.4), dit in samenhang gelezen met het voorgaande, meen ik dat, kort gezegd, de afwezigheid van zelfstandige beleidsbepaling en -voering slechts *een* situatie betreft – er kunnen er meer of andere zijn; dat staat ter discretie van de Ondernemingskamer –[276] die het raken-vereiste in vervulling doet gaan. Zij is dan ook níét de maatstaf waar het (uiteindelijk) op aankomt;[277] dat is het zo-even genoemde vereiste.[278]

---

275 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).

276 Die ruimte heeft de Ondernemingskamer (kennelijk) benut, en mijns inziens terecht, in hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas (*SNS*); *vide* voetnoot 278 *infra*.

277 Ingelse 2012, *op. cit.*, p. 32 vraagt zich echter af of het zwaartepunt niet beter bij het zijdens de dochtermaatschappij al dan niet ontbreken van zelfstandige beleidsbepaling en -voering ten opzichte van haar moedermaatschappij kan worden gelegd (*vide* voor een reactie daarop Bartman 2015, *op. cit.*, p. 44). Volgens hem is beslissend het antwoord op de vraag of 'de moeder het bestuursbeleid van haar dochter volledig (wellicht: in overwegende mate) bepaalt' (p. 33). Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1623 (voetnoot 110) heeft deze visie onderschreven.

278 Met juistheid overwoog de Ondernemingskamer in hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas, r.o. 3.14 (*SNS*) dan ook het volgende: 'De Ondernemingskamer deelt niet de opvatting van SNS Reaal *c.s.* dat een concernenquête slechts mogelijk is indien SNS Bank in geen enkel opzicht een zelfstandig bestuursbeleid zou hebben gevoerd. De Ondernemingskamer begrijpt de door de Hoge Raad in de zaak Landis (4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899, *NJ* 2005, 127, *ARO* 2005/27) geformuleerde maatstaf aldus *dat het aankomt op de vraag of – toegesneden op het onderhavige geval – het beleid en de gang van zaken van SNS Bank de belangen van de aandeelhouders van SNS Reaal evenzeer en op gelijke wijze raken als de gang van zaken van SNS Reaal zelf* [curs. RPJ] en dat dat ook het geval kan zijn indien SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van een eigen beleid.' Eerder had zij in hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink, r.o. 3.30 (*SNS*) de verzoekers niet-ontvankelijkheid verklaard in hun enquêteverzoek voor zover dat gericht was op Propertize, aangezien naar haar oordeel niet kon worden aangenomen dat het bestuursbeleid van die

Van de situatie waarin beleidsautonomie – in de economische werkelijkheid;[279] de juridische werkelijkheid is namelijk een andere –[280] ontbreekt zijdens het bestuur van een dochtermaatschappij, is, gezien de woorden '[i]n dit oordeel ligt besloten' (r.o. 3.3.5), sprake als een moedermaatschappij en haar 100%-dochtermaatschappij (en) tezamen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormen en er een (vrijwel) volledige personele unie tussen hun besturen bestaat.[281] Met de omslachtige formulering 'economische en organisatorische

vennootschap niet zelfstandig werd bepaald en gevoerd ten opzichte van de bovenliggende vennootschap(pen); er waren aanwijzingen dat zij tot op zekere hoogte een eigen, zelfstandig beleid voerde, zodat niet was voldaan aan de vereisten voor het instellen van een concern(genoten)enquête te haren aanzien. De Ondernemingskamer toetste – in afwijking van (het overwogene in) de eerstgenoemde beschikking – in de laatstgenoemde beschikking dus niet aan het raken-vereiste, maar aan het (volledig) ontbreken van beleidsautonomie zijdens de (klein)dochtermaatschappij. Als de VEB *c.s.* enquêtebevoegd was geweest, was het voorgaande niet bezwaarlijk, nu aan het raken-vereiste is voldaan in de situatie waarin beleidsautonomie zijdens een dochtermaatschappij ontbreekt. De VEB *c.s.* kon echter, op het punt van de enquêtebevoegdheid, juist níét worden ontvangen in haar verzoek voor zover dat gericht was op Propertize. Ingeval de Ondernemingskamer wél had getoetst aan het raken-vereiste, zoals zij had behoren te doen, dan waren er twee mogelijkheden geweest: (1) de situatie van een beleidsautonomieloze dochtermaatschappij deed zich niet voor en de door de VEB *c.s.* aangevoerde feiten en omstandigheden wezen ook niet op een andere situatie die tot het raken-vereiste voerde of (2) de situatie van een beleidsautonomieloze dochtermaatschappij deed zich niet voor, maar de door de VEB *c.s.* aangevoerde feiten en omstandigheden wezen op een andere situatie die (eveneens) tot het raken-vereiste voert. Zoals gezegd, wordt aan de Ondernemingskamer ruimte gelaten om ook in een andere situatie dan de hiervoor bedoelde daartoe te concluderen. Het zou kunnen dat de VEB *c.s.* enkel aankoerste op de situatie waarin er geen sprake was van enig zelfstandige beleidsbepaling en -voering, waar het, gelet op r.o. 3.28 (*i.f.*), op lijkt, en de Ondernemingskamer daardoor niet (meer) onderzocht of de aangevoerde feiten en omstandigheden ook tot een andere, door het raken-vereiste gedekte, situatie konden leiden. Niettemin dient de Ondernemingskamer de enquêtebevoegdheid – ambtshalve – te onderzoeken (het gaat hier om het recht op toegang tot de rechter, wat zo fundamenteel is dat het bepaalde in art. 2:346 BW van openbare orde is). Het zou kunnen zijn dat iets niet is *gesteld*, maar wel *gebleken* is. Van dat laatste lees ik echter niets terug in 's Ondernemingskamers beschikking. Dit lijkt mij een lacune daarin, ofschoon waarschijnlijk ook de verzoekers een verwijt kan worden gemaakt door de focus te leggen op de situatie waarin beleidsautonomie ontbreekt. *Vide* over deze beschikkingen ook de noot, onder 5-6 en de verwijzing aldaar, van Bartman en de noot, onder 14, van Haas bij hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas (*SNS*).

279 *Cf.*, in de context van het Europese mededingingsrecht, Wils, *op. cit.*, p. 175: 'Indeed, if the parent company has the possibility to exercise decisive influence over the strategic commercial behaviour of the subsidiary, the subsidiary cannot have real freedom to determine its course of action on the market. Even if the parent company happened not to actually exercise its influence, *the subsidiary's apparent freedom would only exist by the parent company's grace, which could change at any time. It would thus not be real freedom* [curs. RPJ].'

280 De juridische werkelijkheid gaat uit van bestuursautonomie.

281 Het is mijns inziens de dominante groepsmaatschappij die bepaalt hoeveel ruimte (het bestuur van) de onderhorige groepsmaatschappij heeft in het zelfstandig mogen bepalen en voeren van haar bestuursbeleid, alsmede kan zij die ruimte mettertijd vermeerderen dan wel verminderen. Zo kan ook in een geval als het onderhavige er zeer wel sprake zijn van het zelfstandig bepalen en voeren van een eigen

eenheid onder gemeenschappelijke leiding'[282] wordt kennelijk bedoeld een groep/concern (*cf.* art. 2:24b BW).[283] Hiermee rekening houdende dat (i) de SER zich in het SER-advies 1989 gesteld zag voor (gerezen) vragen die zagen op de draagwijdte van de bevoegdheid van een vereniging van werknemers op de voet van, thans, art. 2:347 BW in concernsituaties/concernverhoudingen,[284] (ii) de beschouwingen van de staatssecretaris daarop waren toegespitst,[285] (iii) de Hoge Raad dit een en ander in zijn oordeel heeft betrokken, wij daarin woorden lezen als 'concerngenoten', 'concernverband' en 'concern-situaties' en hij bepaalde opvattingen van de staatssecretaris, onder meer de uitlating hierover dat de SER in zijn advies slechts twee specifieke 'concern-situaties' had behandeld, tot uitgangspunt heeft genomen (*vide* r.o. 3.3.3-3.3.4), en wel (v) bij de beantwoording van, kort gezegd, de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden houders van (certificaten van) aandelen van 'de moedermaatschappij' enquêtegerechtigd zijn ten aanzien van een volle 'dochtermaatschappij' (*vide* r.o. 3.3.4), waarbij ik er veronderstellenderwijs van uitga dat dit

bestuursbeleid, net zoals er in geval van een 51%-dochtermaatschappij zonder een personele unie er zeer wel sprake kan zijn van geen zelfstandige beleidsbepaling en -voering. Uit aandelenpercentages en de aanwezigheid van personele unies kan dan ook niet, althans niet zonder meer, worden afgeleid hoe (centraal of decentraal) een concern wordt geleid, nog daargelaten dat die vraag sowieso lastig in zijn algemeenheid valt te beantwoorden, omdat de mate van (de)centralisatie (sterk) kan verschillen per dochtermaatschappij, per beleidsterrein en per beslissing. Ook De Groot, *op. cit.*, p. 24 is van mening dat voor het trekken van de conclusie dat er binnen een dochtermaatschappij geen sprake is van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandige beleidsbepaling en -voering, het niet noodzakelijk is dat er sprake is van 100%-aandelenbezit en van een vrijwel volledige personele unie. Veel zal, aldus hem, afhangen van de omstandigheden van het geval. Zo zijn er naar de opvatting van De Groot, *op. cit.*, p. 25 concerns waarin de 'dochtervennootschappen (óók 100%-dochtervennootschappen) een grote vrijheid hebben om hun eigen beleid te bepalen, zij het uiteraard binnen algemene door de concernleiding aangegeven kaders'. In zijn noot, onder 2, bij hof Amsterdam (OK) 17 maart 1994, *TVVS* 1994, p. 164-166 (*Janssen Pers*) merkte IJsselmuiden op dat vooral in internationale concerns de 100%-dochtermaatschappijen het beleid vaak onafhankelijk van de moedermaatschappij bepalen. *Cf.* Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 309 (*Saint-Gobain*), waarin werd overwogen dat wanneer twee dochterondernemingen (in)direct voor (bijkans) 100% in handen zijn van dezelfde moedermaatschappij, redelijkerwijs de conclusie kan worden getrokken 'dat dergelijke dochterondernemingen hun handelwijze op de markt niet zelfstandig bepalen'.

282 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).

283 *Vide* ook De Groot, *op. cit.*, p. 22; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 292; Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 162.

284 *Vide* SER-advies 1989, p. 5 en 7 alsook de titel van het tweede hoofdstuk.

285 *Vide Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 9-10 en 14 (MvT); *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 6, p. 5-6 en 11 (MvA).

groepsmaatschappijen zijn, dan lijkt mij dat het raken-vereiste toepassing vindt in concernsituaties; tussen de enquêtesubjecten moet, als voorvereiste, een concernverband bestaan.[286]

De enkele aanwezigheid van *een* concernverhouding tussen de te enquêteren vennootschappen is echter niet voldoende;[287] er moet, mede gelet op de woorden 'evenzeer en op gelijke wijze' (*vide* r.o. 3.3.5), sprake zijn van een (hele) hechte/dichte concernrelatie, oftewel van een (zeer) nauwe verwevenheid (*vide supra*). Of daarvan sprake is, zal afhangen van de concrete, aan de Ondernemingskamer gepresenteerde, feiten en omstandigheden van het geval. In de voorliggende zaak waren dat (a) een 100%-aandelenbelang en (b) een vrijwel volledige personele unie. Er kunnen er meer of andere zijn. Te dezen volgde uit het genoemde onder (a)-(b) dat de moedermaatschappij maximale controle over haar dochtermaatschappij had. Immers, in deze omstandigheden (1) is er geen minderheidsaandeelhouder die bepaalde (te nemen) besluiten, als onderdeel van het beleid, in de algemene vergadering zou kunnen blokkeren, al dan niet op basis van een aandeelhoudersovereenkomst, en (2) kan, vanwege nagenoeg dezelfde bestuurders op moeder- en dochterniveau, de besluitvorming op bestuursniveau er (in beginsel) moeiteloos doorheen. Tegen deze achtergrond betreft de situatie van het geenszins zelfstandig kunnen bepalen en voeren van bestuursbeleid van de dochtermaatschappij ten opzichte van haar moedermaatschappij een waarin het beleid van die dochtermaatschappij – feitelijk – het beleid van haar moedermaatschappij is. Die dochtermaatschappij heeft slechts een instrumentele functie.

Resumerend: indien twee of meer te enquêteren vennootschappen een concern vormen, kan een aandeel- of certificaathouder (of een daaraan gelijk te stellen (rechts-)persoon op basis van de leer van de economische gerechtigdheid) van een moedermaatschappij die geen, of onvoldoende, (certificaten van) aandelen in het geplaatste

286 Het zou ook minst genomen vreemd aandoen dat er wél zou kunnen worden verzocht om een zogenoemde 'concern(genoten)enquête', zoals algemeen in de literatuur en in de jurisprudentie van de Ondernemingskamer een enquête als in *Landis* wordt aangeduid, maar de te enquêteren vennootschappen tezamen géén concern zouden behoeven te vormen. Hoewel De Groot, *op. cit.*, p. 23 constateerde dat er sprake moet zijn van een concern, sluit hij niet uit dat 's Hogen Raads uitspraak ook toepasselijk is in gevallen waarin daarvan géén sprake is, maar wél van een situatie die daar sterk op lijkt. De Ondernemingskamer lijkt ruimte te zien om een verzoeker ontvankelijk te achten, op het punt van zijn enquêtebevoegdheid, zonder dat er tussen de te enquêteren vennootschappen een concernband bestaat. *Vide* hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, *ARO* 2007/135, r.o. 3.3 (*Callisto*): 'Nu voorts geen feiten zijn gesteld of gebleken die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat Callisto en de andere genoemde vennootschappen (voor toepassing van het enquêterecht) een concern vormen *en ook overigens geen gronden zijn aangevoerd die het gelasten van een concernenquête kunnen rechtvaardigen*, dient Spinola voor zover haar verzoek betrekking heeft op Hydra, Solaris, Hera B.V., PrivaZorg Beheer en PrivaZorg, daarin niet ontvankelijk te worden verklaard.' (onderstreping RPJ)

287 In gelijke zin Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 292; Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 162-163; Hanegraaf 2019, *op. cit.*, p. 211. In, naar het lijkt, andere zin Geerts 2006, *op. cit.*, p. 13. *Cf.* Maeijer 1992, *op. cit.*, p. 118, die sprak van 'zeer bijzondere omstandigheden'.

kapitaal van de dochtermaatschappij(en) houdt en ook niet anderszins (*vide* art. 2:346, eerste lid, onderdeel e, BW) enquêtegerechtigd is, een beroep doen op de *Landis*-leer, welke – naar de kern bezien – inhoudt dat als de enquêteverzoeker in zijn (economisch) belang (bij de waarde van de (onderliggende) aandelen) in (het geplaatste kapitaal van) de moedermaatschappij evenzeer en op gelijke wijze wordt geraakt, in de zin van een negatieve weerslag op dat belang, door het beleid en de gang van zaken op dochterniveau als door het beleid en de gang van zaken op moederniveau (het raken-vereiste) – hoewel dit zal afhangen van de concrete, door de Ondernemingskamer te beoordelen, situatie, men denke aan die waarin zelfstandige beleidsbepaling en -voering zijdens het bestuur van de dochtermaatschappij geheel afwezig is, en de daaraan ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden van het geval, zoals een 100%-aandelenbelang en/of een (vrijwel) volledige personele unie, gaat het, globaal gezegd, om een dusdanig nauwe verwevenheid tussen de te enquêteren groepsmaatschappijen dat de ene feitelijk het *alter ego* van de andere is – dan kan hij aan een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW worden gelijkgesteld, ten gevolge waarvan hij (mede) bevoegd is tot het uitlokken van een enquête bij de dochtermaatschappij(en).

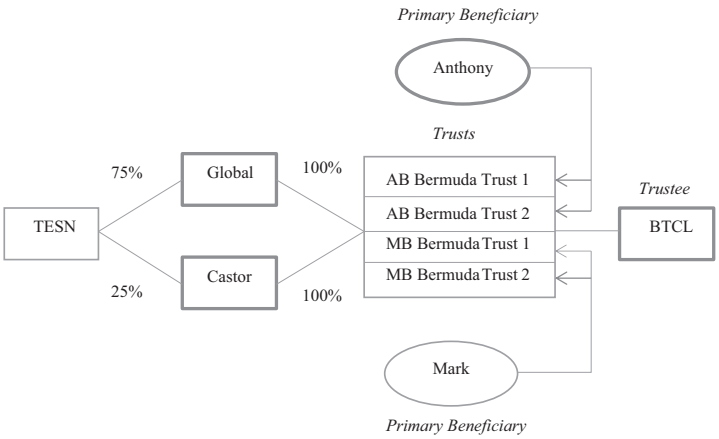
7.1.3.2 TESN[288]

Transmission and Engineering Services Netherlands B.V. (hierna: TESN) was een houdstermaatschappij, bij wie geen werknemers in dienst waren. Global Engineering Services N.V. (hierna: Global), een naar het recht van de toenmalige Nederlandse Antillen opgerichte en te Curaçao gevestigde vennootschap, en Castor N.V. (hierna: Castor), een eveneens naar het recht van de toenmalige Nederlandse Antillen opgerichte en te Curaçao gevestigde vennootschap, hielden 75% respectievelijk 25% van de aandelen in haar geplaatste kapitaal.

Alle door Joseph Cyril Bamford (hierna: Joseph) in – naar ik begrijp – die twee vennootschappen gehouden aandelen (dus 2 keer een 100%-belang) waren ondergebracht in een viertal door hem ingestelde *trusts*, namelijk AB Bermuda Trust 1, AB Bermuda Trust 2, MB Bermuda Trust 1 en MB Bermuda Trust 2. De aandelen (lees: de *legal title* / de juridisch eigendom) daartoe had hij *in trust* overgedragen aan Bermuda Trust Company Limited (hierna: BTCL), de *trustee* van elk van de voormelde *trusts*. Mark Bamford (hierna: Mark) en Anthony Bamford waren door Joseph aangewezen als *primary beneficiary* van MB Bermuda Trust 1 en van MB Bermuda Trust 2 (tezamen aangeduid als de MB Trusts) respectievelijk AB Bermuda

288 Hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, *JOR* 2010/10, m.nt. A. Doorman (*TESN*); HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/178, m.nt. A. Doorman, *JIN* 2011/489, m.nt. P. Haas (*TESN*).

Trust 1 en van AB Bermuda Trust 2 (tezamen aangeduid als de AB Trusts). Deze structuur kan aldus worden weergegeven:



Mark had de Ondernemingskamer onder andere verzocht een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van TESN. Met betrekking tot het verzoek inzake het gelasten van een concern(genoten)enquête, *i.e.* het, aldus de Ondernemingskamer, (mede) instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een of meer tot een concern behorende dochtermaatschappijen, overwoog zij (*vide* r.o. 3.9) dat zulk een verzoek onder omstandigheden, indien aan de daaraan te stellen eisen is voldaan, kan worden toegewezen in samenhang met de toewijzing van een op het instellen van een enquête bij de moedermaatschappij gericht verzoek. Het enquêteverzoek ten aanzien van een dochtermaatschappij moet daarom – ook indien er bij de moedermaatschappij weinig te onderzoeken valt en het zwaartepunt van het onderzoek bij de dochtermaatschappij ligt – worden beschouwd als een afgeleide van het enquêteverzoek ten aanzien van de moedermaatschappij. Omdat de moedermaatschappijen van TESN, Global en Castor, op Curaçao waren gevestigd, kon een enquêteverzoek te hunnen aanzien – dat níét was gedaan – hier niet aan de orde komen, hetwelk, gezien het voorgaande, tevens betekende dat (ook) het enquêteverzoek ten aanzien van hun dochtermaatschappij, TESN, als concern(genoten)enquête niet-ontvankelijk was. Ook hiertoe geldt dat op het bovenbedoelde uitgangspunt – naar ik begrijp: de 'afgeleideleer' – wellicht uitzonderingen denkbaar zijn, maar daaromtrent was ook ten dezen onvoldoende gesteld en ook overigens niet gebleken. Dat TESN, en Global en Castor organisatorisch en economisch nauw met elkaar verweven waren en dat er tussen de besturen van deze

vennootschappen sprake was van een personele unie, was, aldus, nog steeds, de Ondernemingskamer, onvoldoende om zulk een uitzondering aan te nemen.[289]

Tegen (mede) deze niet-ontvankelijkheidsverklaring had Mark beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad stelde voorop dat naar de letter van art. 2:346, aanhef en onderdeel b, (oud) BW (thans: art. 2:346, eerste lid, onderdeel b en c, BW) alleen Global en Castor bevoegd waren tot het verzoeken om een onderzoek bij TESN, nu zij degenen waren die de aandelen in het geplaatste kapitaal van laatstgenoemde hielden (*vide* r.o. 3.4.1). Wat betreft het onderdeel dat zag op de stelling dat, kort gezegd, Mark de bevoegdheid toekwam een concern(genoten)enquête te verzoeken, oordeelde de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer met juistheid had overwogen dat een enquêteverzoek ten aanzien van Global en Castor zou afstuiten op niet-ontvankelijkheid en dat zulks impliceerde dat Mark (ook) niet in zijn verzoek kon worden ontvangen voor zover het gericht was op het bij wege van concern(genoten)enquête doen plaatsvinden van een onderzoek bij TESN, zodat ook deze stelling faalde (*vide* r.o. 3.4.4). Over mogelijke uitzonderingen liet hij zich niet uit.

Hierover het volgende, te beginnen met het oordeel van de Ondernemingskamer dat een concern(genoten)enquête onder omstandigheden, 'indien aan de daaraan te stellen eisen is voldaan', kan worden 'toegewezen'.[290] Kennelijk bedoelt de Ondernemingskamer daarmee dat een daartoe strekkend verzoek slechts kan worden toegewezen indien met betrekking tot de (mede) te enquêteren dochtermaatschappij(en) aan de formeel(enquête)rechtelijke eisen, zoals de kenbaarmaking van bezwaren en het raken-vereiste, zowel als aan de materieel(enquête)rechtelijke eisen, men denke aan de gegronde redenen, is voldaan. Zulks geldt immers ook voor een op een enkelvoudige vennootschap gericht enquêteverzoek.

Wanneer er wordt verzocht om een 'concernenquête' (men leze 'concern*genoten*enquête'), dan wordt daarmee kennelijk bedoeld (i) een verzoeker die een beroep doet op de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Landis*, de '*Landis*-leer',[291] nu hij in de (mede) te enquêteren vennootschap(pen) geen, althans onvoldoende, (certificaten van) aandelen houdt noch een (voldoende groot) eigen economisch belang bij de waarde van (voldoende) aandelen in het geplaatste kapitaal daarvan heeft maar wel, naar hij (gemotiveerd) stelt, voldaan is aan het raken-vereiste en (ii) een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van *de*

289 Volledigheidshalve vermeld ik hier dat Mark zich ook nog – vruchteloos – beriep op de 'economische werkelijkheid'; *vide* r.o. 3.10.

290 Hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, *JOR* 2010/10, m.nt. A. Doorman, r.o. 3.9 (*TESN*).

291 In hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, *JOR* 2010/10, m.nt. A. Doorman, r.o. 3.4, *i.f.* (*TESN*) lezen wij dat Mark ook had aangevoerd dat hij 'bij wege van concernenquête een enquêteverzoek met betrekking tot TESN kan indienen'. *Vide* ook HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/178, m.nt. A. Doorman, *JIN* 2011/489, m.nt. P. Haas, r.o. 3.4.4 (*TESN*). Dit lees ik dan ook aldus dat Mark een beroep deed op de *Landis*-leer. Een andere lezing ligt niet voor de hand.

facto (een deel van)[292] een concern en *de iure* twee of meer groepsmaatschappijen.[293] Het woord 'concern(genoten)enquête' heeft dus een dubbele betekenis.

Anders dan de *Landis*-zaak,[294] werd er in de *TESN*-zaak niet mede verzocht om een onderzoek bij de moedermaatschappij(en); er werd louter verzocht om een onderzoek bij de dochtermaatschappij, TESN. Het daartoe strekkende oordeel van de Ondernemingskamer leert echter dat voor de toewijzing van een, in het kader van een concern(genoten)enquête, op een dochtermaatschappij gericht enquêteverzoek de verzoeker ten minste mede bij haar moedermaatschappij – zowel formeel- als materieelrechtelijk: met succes (*vide infra*) – een enquête zal moeten uitlokken.[295] Dit betekent dat als (a) hij ten aanzien van de moedermaatschappij niet heeft verzocht om het instellen van een onderzoek naar haar beleid en gang van zaken, (b) hij in zijn enquêteverzoek voor zover dat gericht is op het beleid en de gang van zaken van de moedermaatschappij, niet-ontvankelijk wordt verklaard of (c) zijn op de moedermaatschappij gericht enquêteverzoek wordt afgewezen, het verzoek om een onderzoek bij een of meer dochtermaatschappijen (ook) niet voor toewijzing vatbaar is. Het enquêteverzoek ten aanzien van een dochtermaatschappij is dus een afgeleide (lees: afhankelijk) van het enquêteverzoek ten aanzien van haar moedermaatschappij,[296] het eerste is, anders gezegd, gekoppeld aan dat laatste.[297]

Tegen de achtergrond van 's Ondernemingskamers oordeel dat in het kader van een concern(genoten)enquête de verzoeker mede een – voor toewijzing vatbaar – enquêteverzoek ten aanzien van de moedermaatschappij moet hebben gedaan, zie ik het volgende stappenplan voor mij. *Stap 1*. De verzoeker moet (eveneens) een op de

---

292 In geval van de *Landis*-zaak betrof het ook slechts een deel van het Landis-concern. Er werd immers verzocht om een onderzoek bij Landis en haar drie dochtermaatschappijen, terwijl Landis aan het hoofd stond van een concern van veertig vennootschappen in tien Europese landen; *vide* hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens, r.o. 1.1 en 2.2 (*Landis*). Zo was er ook bij Landis ICT Group B.V. geen enquête uitgelokt.

293 Ik maak bewust het onderscheid tussen *de facto* en *de iure*, omdat de huidige enquêteregeling gericht is op de enkelvoudige vennootschap en er dan ook, juridisch gezien, niet kan worden verzocht om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een concern als zodanig. Stel dat drie (Nederlandse) vennootschappen tezamen een concern vormen, dan moet er worden verzocht om een onderzoek bij elk van hen. Feitelijk zal, als de Ondernemingskamer dit verzoek toewijst, het onderzoek evenwel neerkomen op een concernonderzoek.

294 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens, r.o. 1.1 en 2.2 (*Landis*). In r.o. 2.1 sprak de Ondernemingskamer van 'Landis N.V.', dat zij afkortte tot 'Landis', in plaats van 'Landis Group N.V.'. Mede gelet op de kop van de beschikking, houd ik het erop dat zulks een kennelijke verschrijving is.

295 *Vide* hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, *JOR* 2010/10, m.nt. A. Doorman, r.o. 3.9 (*TESN*), waarin de Ondernemingskamer overwoog dat een verzoek tot het houden van een concern(genoten)-enquête onder omstandigheden kan worden toegewezen 'in samenhang met de toewijzing van een op een enquête in de moeder gericht verzoek'.

296 *Cf.* Bartmans noot, onder 11, bij hof Amsterdam (OK) 7 februari 2012, *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman, *AA* 2012/5, m.nt. S.M. Bartman, *JIN* 2012/99, m.nt. P. Haas (*Chinese Workers*).

297 *Cf.* Geerts 2004, *op. cit.*, *para* 5.2.1, i.h.b. p. 247, alwaar hierover werd gesproken dat het verzoek om onmiddellijke voorzieningen gekoppeld is aan het verzoek om een enquête.

moedermaatschappij gericht enquêteverzoek te haren griffie indienen. *Stap 2*. De verzoeker moet in dat verzoek kunnen worden ontvangen (formeelrechtelijke beoordeling). *Stap 3*. Er dienen gegronde redenen te zijn om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van de moedermaatschappij te twijfelen én de door de Ondernemingskamer te maken belangenafweging valt in het voordeel van de verzoeker uit (materieelrechtelijke beoordeling). Zijn álle stappen met vrucht doorlopen, dan is zijn verzoek om een onderzoek bij de moedermaatschappij voor toewijzing vatbaar, waardoor de verzoeker in zoverre – ook aan het raken-vereiste moet immers worden voldaan – bevoegdelijk kan verzoeken om (mede) een onderzoek bij haar dochtermaatschappij, waarna de Ondernemingskamer over kan gaan tot de (formele en materiële) beoordeling van het enquêteverzoek ter zake van haar mede te enquêteren dochtermaatschappij(en), om vervolgens, bij het welslagen daarvan, het verzoek om een concern(genoten)enquête toe te wijzen. Indien echter aan een van de bovenbedoelde stappen níét wordt voldaan, dan dient de verzoeker in zijn op de dochtermaatschappij gericht enquêteverzoek niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Welnu, de Ondernemingskamer overwoog dat het verzoek tot het bij wege van concern(genoten)enquête instellen van een onderzoek bij TESN niet-ontvankelijk was. Hierbij nam zij (kennelijk) in aanmerking (*vide* de woorden '[g]elet op het voorgaande')[298] dat (1) er geen enquêteverzoek ten aanzien van de moedermaatschappijen, Global en Castor, was gedaan en, zo dat wel was gedaan, (2) Global en Castor buitenlandse vennootschappen waren waardoor een daarop gericht enquêteverzoek hier niet aan de orde kon komen (lees: zou afstuiten op niet-ontvankelijkheid). Ter schraging van haar niet-ontvankelijkheidsoordeel gebruikte de Ondernemingskamer dus zowel stap 1 als stap 2. Naar mijn opvatting had de Ondernemingskamer echter met de eerstbedoelde stap kunnen volstaan en dienovereenkomstig aldus kunnen redeneren dat een op de moedermaatschappijen gericht enquêteverzoek niet was gedaan en mitsdien niet-ontvankelijkheid met betrekking tot het bij wege van concern(genoten)enquête uitlokken van een onderzoek bij TESN moest volgen.

De Hoge Raad lijkt zijn oordeel daarentegen toe te hebben gespitst op stap 2 (*vide* onder (2) *supra*) door te volstaan met de overweging dat de Ondernemingskamer met juistheid had overwogen dat een uit hoofde van art. 2:345 BW gedaan verzoek ten aanzien van Global en Castor 'zou' afstuiten op niet-ontvankelijkheid en dat zulks betekende dat Bamford (lees: Mark) eveneens niet-ontvankelijk moest worden verklaard voor zover zijn verzoek was gericht op het bij wijze van concern-(genoten)enquête instellen van een onderzoek bij TESN.[299] Hiermee lijkt hij in het midden te hebben gelaten, wellicht om reden dat de Ondernemingskamer haar oordeel mede op stap 2 deed steunen en een op Global en Castor gericht enquêteverzoek, ook al zou dat gedaan zijn, op die stap stuk zou lopen, of Mark dat eerstbedoelde

298 *Vide* hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, *JOR* 2010/10, m.nt. A. Doorman, r.o. 3.9 (*TESN*).

299 *Vide* HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/178, m.nt. A. Doorman, *JIN* 2011/489, m.nt. P. Haas, r.o. 3.4.4 (*TESN*).

verzoek ook daadwerkelijk had móéten doen.[300] Hoe dit ook zij,'s Ondernemingskamers oordeel dat, kort gezegd, in het kader van een concern(genoten)enquête het verzoek om een onderzoek bij de dochtermaatschappij gekoppeld is aan dat bij haar moedermaatschappij, en de verzoeker bijgevolg verplicht is tot het – met succes – doorlopen van stap 1 tot en met stap 3, is overeind gebleven.

Mede in het licht hiervan dat de Ondernemingskamer sprak van uitzonderingen daarop die 'wellicht' denkbaar zijn,[301] vraag ik mij af of ten aanzien van de concern(genoten)enquête ook een andere benadering had kunnen – en kan – worden verdedigd. In een vraag gegoten: moet voor het bevoegdelijk bij wege van concern-(genoten)enquête kunnen verzoeken om een onderzoek bij een dochtermaatschappij de verzoeker tevens een enquêteverzoek ter zake van haar moedermaatschappij waarvan hij certificaat- of aandeelhouder is, indienen of is het voldoende dat hij over de bevoegdheid beschikt om dat te kúnnen doen? Dat laatste zou neerkomen op het ontkoppelen van de vorenbedoelde verzoeken. Is zulks verdedigbaar en, zo ja, uit hoofde waarvan? En hoe zou dan het verzoek om een concern(genoten)enquête moeten worden behandeld? Op dit een en ander zal ik thans ingaan.

Saillant is dat bij de bespreking van het verzoek om een concern(genoten)enquête in de voorliggende zaak de Ondernemingskamer noch de Hoge Raad naar de eerdergenoemde *Landis*-beschikking verwees. Dwingt die beschikking ertoe dat de verzoeker ook een – voor toewijzing vatbaar – enquêteverzoek ten aanzien van de moedermaatschappij moet hebben gedaan? Ik lees dat niet in de vraag waarvoor de Hoge Raad zich in die beschikking gesteld zag, namelijk of en, zo ja, onder welke voorwaarden houders van (certificaten van) aandelen van de moedermaatschappij bevoegd zijn een enquêteverzoek ten aanzien van een (volle) dochtermaatschappij – kennelijk: van die moedermaatschappij – in te dienen.[302] Evenmin lees ik dat in zijn beantwoording van die vraag of in de door hem aangehaalde opvattingen aangaande de enquêtebevoegdheid van de vereniging van werknemers in concernverband.[303] Dit

300 *Vide* ook Bartmans noot, onder 11, bij hof Amsterdam (OK) 7 februari 2012, *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman, *AA* 2012/5, m.nt. S.M. Bartman, *JIN* 2012/99, m.nt. P. Haas (*Chinese Workers*): 'Met andere woorden, een concernenquête bij de dochter is een *afgeleide* van een enquête bij de moeder. Zonder enquêtebevoegdheid ten aanzien van de moeder komt men aan een (concern)enquête bij de dochter niet toe.' Dat laatste zonder meer, maar de vraag is of het indienen van een enquêteverzoek bij de moedermaatschappij ook nodig is. Dat lees ik niet (met zoveel woorden) in 's Hogen Raads beschikking. Wellicht dat Bartman van mening is dat zulks erin besloten ligt.

301 *Vide* hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, *JOR* 2010/10, m.nt. A. Doorman, r.o. 3.9 (*TESN*).

302 *Vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.4 (*Landis*).

303 *Vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.3 en 3.3.5 (*Landis*).

zou hiermee verband kunnen houden dat de verzoekers in dezen mede een enquêteverzoek ten aanzien van de moedermaatschappij hadden ingediend en daartoe ook bevoegd waren.[304]

Indien ik uitga van de juiste lezing van 's Hogen Raads *Landis*-beschikking en deze uitspraak er bijgevolg niet toe dwingt dat het enquêteverzoek ten aanzien van een dochtermaatschappij gekoppeld is aan dat ten aanzien van haar moedermaatschappij, dan zou ik dat met instemming begroeten; ofschoon ik het, gezien de aan het concernverband inherente verstrengeling tussen moeder- en dochtermaatschappij, verkieslijk acht dat de verzoeker eveneens een op de moedermaatschappij gericht enquêteverzoek indient, zou ik die keuze namelijk aan hemzelf willen overlaten, nu er voor hem redengevende omstandigheden kunnen zijn waarin hij zijn pijlen enkel op haar dochtermaatschappij(en) richt, zoals de omstandigheid dat (i) er bij de moedermaatschappij weinig of niets (meer) van toegevoegde waarde voor hem te onderzoeken valt, (ii) de moedermaatschappij de kosten van een enquête bij haarzelf niet of nauwelijks kan dragen en de verzoeker zelf niet genegen is ze voor zijn rekening te nemen, (iii) het bij de moedermaatschappij bij wijze van onmiddellijke voorzieningen ingrijpen niet nodig is, (iv) hij te kampen heeft met tijdgebrek om (ook) ten aanzien van het beleid en de gang van zaken van de moedermaatschappij een (gedegen) verzoekschrift op te stellen of (v) er (mogelijkerwijs) geen gegronde redenen op het niveau van de moedermaatschappij zijn.

Nu zou men mij kunnen tegenwerpen dat in de evengenoemde beschikking werd gesproken van een 'bevoegdheidsdoorbraak'. Daarover merk ik het volgende op. Volgens de Hoge Raad bestond er geen grond om bij de beantwoording van de vraag waarvoor hij zich in zijn *Landis*-beschikking gesteld zag (*vide supra*), de uit de door hem aangehaald blijkende opvattingen van de regering – die 'erop neerkomen dat de wet ruimte biedt voor wat in de literatuur wel wordt aangeduid als "een bevoegdheidsdoorbraak"' – niet ook tot uitgangspunt te nemen.[305] In het woord 'bevoegdheidsdoorbaak' ligt mijns inziens in dit verband besloten dat de verzoekers bevoegdheidsruimte wordt uitgebreid in dier voege dat de verzoeker die louter enquêtebevoegd is ten aanzien van vennootschap A, in een bepaald geval door de tussen deze vennootschap en vennootschap B staande bevoegdheidsmuur[306] heen

304 *Vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*), waarin de Hoge Raad overwoog dat de Ondernemingskamer met juistheid had overwogen dat de verzoekers als aandeelhouders van Landis 'mede' bevoegd waren tot het indienen van een enquêteverzoek ter zake van haar dochtermaatschappijen.

305 *Vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.4 (*Landis*).

306 Met het woord 'bevoegdheidsmuur' breng ik tot uitdrukking dat degene die louter (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een moedermaatschappij houdt, als gevolg van het niet houden van aandelen in een of meer van haar dochtermaatschappijen tegen een muur gaat aanlopen in die zin dat tot zover zijn bevoegdheid reikt en niet verder. Hij is ter zake van laatstgenoemden in beginsel niet enquêtegerechtigd.

mag breken en dientengevolge (eveneens) ten aanzien van laatstgenoemde bevoegd wordt, dat hij, anders gezegd, over de band van vennootschap A (mede) een enquête bij vennootschap B mag uitlokken. Een bevoegdheidsdoorbraak geschiedt aldus beschouwd vanuit een bevoegdelijke positie van de enquêteverzoeker met betrekking tot vennootschap A; deze vormt de noodzakelijke brug tussen de verzoeker en de (mede) te enquêteren vennootschap B. Met andere woorden: als de verzoeker te dien aanzien niet enquêtegerechtigd is, faalt een doorbraak als evenbedoeld; de ophaalbrug naar vennootschap B wordt alsdan niet voor hem neergelaten. Dat de verzoeker de bevoegdheid moet hebben tot het doen van een enquêteverzoek ten aanzien van 'zijn' moedermaatschappij, betekent evenwel nog niet dat hij daarvan ook gebruik moet maken.

Het door de verzoeker níét behoeven te doen van een op de moedermaatschappij gericht enquêteverzoek maar wél de bevoegdheid daartoe moeten hebben, kan langs de volgende lijn worden uitgewerkt. De Hoge Raad beantwoordde in zijn *Landis*-beschikking – in essentie – dus (*vide supra*) de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden een bevoegdheidsdoorbraak in geval van houders van (certificaten van) aandelen geïndiceerd is, aldus dat zulks mogelijk is indien, kort gezegd, aan het raken-vereiste wordt voldaan. Dit moet evenwel in samenhang worden gelezen met hetgeen hij eerder overwoog, namelijk dat of het onderdeel terecht was voorgesteld, afhing van het antwoord op de vraag of zich in het in de *Landis*-zaak voordoende geval van 100%-dochtermaatschappijen onder houders van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346 BW mede te begrijpen zijn aandeel- of certificaathouders van de moedermaatschappij, een en ander hiermee verband houdende dat hij in zijn *De Vries Robbé*-beschikking had overwogen dat de enquêtebevoegdheid alleen toekomt aan degene aan wie haar in de wet is verleend en dat de opsomming in evengenoemd artikel – waarin, zo voeg ik toe, middellijk houders van (certificaten van) aandelen niet voorkomen – limitatief is.[307] Krachtens dat artikel is de enquêteverzoeker bevoegd, indien hij (1) de hoedanigheid van een onmiddellijk aandeel- of certificaathouder van het enquêtesubject bezit, (2) over procentueel of nominaal voldoende (certificaten van) aandelen beschikt én (3) (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een te enquêteren bv of een nv houdt. Het antwoord op de vraag of onder een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346 BW mede een bij een dochtermaatschappij om een enquête verzoekende aandeel- of certificaathouder van de moedermaatschappij (lees: een middellijk houder van (certificaten van) aandelen) kan worden begrepen, hangt er mijns inziens dan ook van af of de verzoeker, naast het voldoen aan het raken-vereiste, op het niveau van de moedermaatschappij aan die drie (aanvullende) voorwaarden voldoet.

307 *Vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.2 (*Landis*).

Immers, de zinsnede 'onder houders van aandelen of certificaten van aandelen als bedoeld in art. 2:346 BW mede te begrijpen zijn' komt, zoals eerder opgemerkt, neer op gelijkstellen (vereenzelvigen). Gebruikmaking van deze juridische techniek is in een geval als hier aan de orde nodig, omdat aan een indirect houder van (certificaten van) aandelen als zodanig niet de enquêtebevoegdheid toekomt; zij komt alleen toe aan een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in voormeld artikel. Het gevolg daarvan is dat die bevoegdheid aan een om een enquête bij een (dochter)vennootschap verzoekende indirect houder van (certificaten van) aandelen toekomt 'als ware' hij een houder van (certificaten van) aandelen als daarin bedoeld. Laatstgenoemde is een (rechts)persoon die voldoet aan de hierboven onder (1)-(3) genoemde voorwaarden. Als eerstgenoemde aan diegene gelijk wil worden gesteld, dat er, voor de toepassing van het enquêterecht, wordt gedaan alsof hij een houder als hier bedoeld is, dan dient hij dan ook evenzeer daaraan te voldoen. Omdat de hier bedoelde verzoeker echter geen aandeel- of certificaathouder van de te enquêteren dochtermaatschappij is, en de evenbedoelde voorwaarden derhalve niet op dat niveau getoetst kunnen worden, maar wel van deze haar moedermaatschappij, ligt het voor de hand daarbij aan te knopen.

De reden om aan de hier bedoelde voorwaarden te toetsen ligt dus opgesloten in de gelijkstelling zelf. Een andere reden is dat een enquêteverzoekende indirect houder van (certificaten van) aandelen langs dezelfde art. 2:346 BW-meetlat dient te worden gelegd als een enquêteverzoekende direct houder van (certificaten van) aandelen, dit mede ter bescherming van de te enquêteren vennootschap, nu het recht van enquête een voor haar zwaar middel is. Als een direct aandeelhouder een enquête wil uitlokken bij, bijvoorbeeld, een bv met een geplaatst kapitaal van maximaal € 22,5 miljoen, dan dient hij, procentueel gezien, ten minste 10% van haar geplaatste kapitaal te vertegenwoordigen (*vide* art. 2:346, eerste lid, onderdeel b, BW). Is dat een dochtermaatschappij, dan dient een indirect aandeelhouder daarvan dus eveneens 10% van het geplaatste kapitaal te vertegenwoordigen alleen dan van dat van 'zijn' moedermaatschappij.[308] Uit dit een en ander volgt dat de ijzeren voorwaarden als genoemd

308 Het zou ook kunnen dat degene die verzoekt om een concerngenotenenquête, geen juridisch houder van (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van de moedermaatschappij is, maar economisch houder daarvan. Als zijn eigen, en volledig, economisch belang bij procentueel of nominaal voldoende (certificaten van) aandelen ligt, dan kan hij worden gelijkgesteld aan een aandeel- of certificaathouder als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW, ten gevolge waarvan hij bevoegd zou zijn tot het uitlokken van een enquête bij de moedermaatschappij. Als ook aan het raken-vereiste wordt voldaan, dan kan hij vervolgens opnieuw gelijk worden gesteld aan een aandeel- of certificaathouder als evenbedoeld, ditmaal in verband met de (mede) te enquêteren dochtermaatschappij. Een gelijkstelling op twee niveaus, dus. In een geval als hier behandeld wordt de *Landis*-leer gecombineerd met de leer van de economische gerechtigdheid. Dit moet op zich ook geen verbazing wekken, aangezien een certificaathouder – die, onder omstandigheden, bevoegdelijk kan verzoeken om een concerngenotenenquête – niets anders is dan een drager van een eigen economisch belang, dat belichaamd wordt in de door hem gehouden certificaten (van aandelen). Het gaat om het hebben van zulk een belang; waarin dat wordt belichaamd, is mijns inziens niet relevant.

in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW ook in geval van een concern(genoten-) enquêteverzoek (onverkort) toepassing vinden. Het voldoen aan het raken-vereiste maakt dat niet anders.[309]

Het vorenstaande voert mij tot de volgende slotsom. 's Hogen Raads beschikking inzake *Landis* dwingt er, althans naar het lijkt, niet toe dat de verzoeker – op straffe van het niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn op een dochtermaatschappij gericht enquêteverzoek – de Ondernemingskamer mede verzoekt tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van 'zijn' moedermaatschappij, en daar zijn ook (goede) gronden voor aan te voeren (*vide* onder (i)-(v) *supra*). Om kort te gaan: het indienen van een enquêteverzoek bij de moedermaatschappij is geen *condicio sine qua non*[310] voor het bevoegdelijk kunnen indienen van een enquêteverzoek ten aanzien van haar dochtermaatschappij(en). Wel dienen – op straffe van het vorenbedoelde – het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappij zijn (economisch) belang (bij de waarde van de (onderliggende) aandelen) in (het geplaatste kapitaal van) de 'zijn' moedermaatschappij evenzeer en op gelijke wijze te raken als het beleid en de gang van zaken van deze vennootschap zelf, alsmede dient hij – op straffe van het vorenbedoelde – een rechtstreeks over nominaal of procentueel voldoende (certificaten van) aandelen

---

Naar de geest van art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW is degene die daarover beschikt, enquêtegerechtigd, mits het gaat om het volledige economisch belang bij procentueel of nominaal voldoende (certificaten van) aandelen. Men denke in dit verband aan een certifcaathouder die zijn economisch belang heeft weggecontracteerd (*vide* bijvoorbeeld HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.5.2-3.5.3 (*Scheipar*)) of aan een aandeelhouder die zijn eigen economisch belang bij de door hem gehouden aandelen uit de juridische gerechtigdheid daartoe heeft afgesplitst en 'over heeft gedragen' aan een derde anders dan door middel van uitgifte van certifcaten. Ook zij zijn, mits aan de bovengenoemde voorwaarden is voldaan, bevoegd tot het verzoeken van een concerngenotenenquête ten aanzien van de moeder- en haar dochtermaatschappij. Men houde hierbij scherp voor ogen dat in de leer van de economische gerechtigdheid de verzoeker een eigen, en volledig, economisch belang bij de waarde van de aandelen in het geplaaatste kapitaal van de te enquêteren vennootschap heeft terwijl in de *Landis*-leer de verzoeker in de te enquêteren dochtervennootschap geen, althans onvoldoende, (certificaten van) aandelen houdt, noch (in beginsel) een (voldoende groot) eigen economisch belang daarbij heeft.

309 Evenals het moeten voldoen aan de voorwaarden als neergelegd in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW, is het raken-vereiste nodig. Zou die laatste voorwaarde niet (mede) gelden, dan zou een enquêtegerechtigde aandeel- of certificaathouder van de moedermaatschappij, en tevens indirect aandeelhouder van deze haar (mede) te enquêteren dochtermaatschappij, immers zonder meer voor gelijkstelling aan een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in het zo-even genoemde artikel in aanmerking komen, hetgeen in strijd zou zijn met de bedoeling van de wetgever, die bovengenoemd artikel beperkt heeft tot directe houders van (certificaten van) aandelen. Er dienen dan ook bijzondere omstandigheden ter rechtvaardiging van de enquêtebevoegdheid van een middellijk aandeelhouder, in de regel zal daarvan sprake zijn in stede van een middellijk certificaathouder, aanwezig te zijn, waarvan sprake is indien het raken-vereiste is vervuld.

310 Ook gebruikt door Bartman in zijn noot, onder 11, bij hof Amsterdam (OK) 7 februari 2012, *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman, *AA* 2012/5, m.nt. S.M. Bartman, *JIN* 2012/99, m.nt. P. Haas (*Chinese Workers*).

beschikkend aandeel- of certificaathouder van een bv of nv-moedermaatschappij te zijn, een en ander als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW. *Ergo*: naast het voldoen aan het raken-vereiste moet de verzoeker op grond van dat artikel bevoegd zijn tot het indienen van enquêteverzoek ten aanzien van 'zijn eigen' moedermaatschappij. Indien daaraan is voldaan, kan de verzoeker worden gelijkgesteld aan een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in evengenoemd artikel, ten gevolge waarvan hij in zoverre bevoegd is tot het bij wijze van concern(genoten) enquête louter verzoeken om een enquête bij een of meer vennootschappen in wier geplaatste kapitaal hij slechts middellijk (certificaten van) aandelen houdt.

Passen wij het bovenstaande toe op de *TESN*-casus, dan kom ik tot dezelfde uitkomst, en langs dezelfde lijn daarnaartoe, als de Ondernemingskamer en de Hoge Raad: het verzoek om het bij wege van concern(genoten)enquête instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van TESN stuitte af op niet-ontvankelijkheid, dit hierom dat Global en Castor, de vennootschappen die gezamenlijk alle aandelen in het geplaatste kapitaal van TESN hielden, beide naar vreemd recht waren opgericht en bij hen mitsdien niet bevoegdelijk een enquête kon worden uitgelokt, met als gevolg dat, zo voeg ik toe, de noodzakelijke gelijkstelling faalde. Het voornaamste, zo niet het enige, verschil tussen mijn benadering en die van, in ieder geval, de Ondernemingskamer, in 's Hogen Raads overweging komt dat niet (duidelijk) naar voren, is dat mijns inziens tegen de achtergrond van de meergenoemde *Landis*-beschikking de verzoeker niet mede, als een *condicio sine qua non* voor het bevoegdelijk kunnen indienen van een enquêteverzoek ten aanzien van haar dochtermaatschappij(en), een – voor toewijzing vatbaar – enquêteverzoek ten aanzien van de moedermaatschappij behoeft in te dienen maar enkel de, wat art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW aangaat, bevoegdheid daartoe moet hebben, dit in verband met de gelijkstelling aan een in het evenbedoelde artikel genoemde.

Resumerend: stappen 1 en 3 (*vide supra*) zijn mijns inziens, anders dan (in ieder geval) de Ondernemingskamer, niet van node; volstaan kan worden met (een deel van) stap 2 (*vide supra*), en wel op die wijze dat de verzoeker in het kader van een concern(genoten-)enquête uit hoofde van art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW de bevoegdheid moet hebben tot het ten aanzien van 'zijn' moedermaatschappij kúnnen indienen van een enquêteverzoek. Als dat het geval is, en eveneens aan het raken-vereiste is voldaan, dan is daarmee zijn bevoegdheid, geplaatst in de sleutel van gelijkstelling, met betrekking tot de te enquêteren dochtermaatschappij gegeven. Dit een en ander komt neer op een pleidooi voor het ontkoppelen van het verzoek om een onderzoek bij de dochtermaatschappij van dat bij haar moedermaatschappij.

7.2 Rechtspraak Ondernemingskamer

7.2.1 Inleiding

In deze paragraaf zal ik alle beschikkingen – vanaf de *Bot Bouw*-beschikking uit 2000 tot aan de datum van afsluiting van dit onderzoek in (medio) 2019 – waarin de Ondernemingskamer is verzocht om het gelasten van een 'concerngenotenenquête' (*vide* § 1.4 voor mijn definitie daarvan) en (i) de Ondernemingskamer dat verzoek ten aanzien van de moedermaatschappij en mede (geheel of gedeeltelijk) ten aanzien van haar dochtermaatschappij(en) heeft toegewezen, (ii) de verzoeker(s) daarin, voor zover het gericht is op een of meer van de onderliggende (te enquêteren) vennootschappen, in verband met (kennelijk) het bepaalde in (thans) art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW (geheel of gedeeltelijk) niet-ontvankelijk is (zijn) verklaard of (iii) dat (art. 2:346 BW-)ontvankelijkheidsstation (kennelijk), voor zover het ziet op een of meer (te enquêteren) vennootschappen in wier geplaatste kapitaal de verzoeker(s) zelf geen, of onvoldoende, (certificaten van) aandelen houdt (houden), (voorshands) met succes gepasseerd is maar er (nog) geen onderzoek is bevolen,[311] onderzoeken,[312] en

311 Men denke hieraan dat de Ondernemingskamer bij (mede) een onderliggende vennootschap een spoedvoorziening heeft getroffen – waartoe zij slechts kan overgaan indien naar haar voorlopige oordeel de verzoeker ontvankelijk is en er gegronde redenen aanwezig zijn – onder aanhouding van de beslissing op het verzoek om een onderzoek dan wel dat ten aanzien van (mede) de onderliggende vennootschap oordeelt dat er geen gegronde redenen aanwezig zijn.

312 De door mij geselecteerde beschikkingen zijn hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000 OK, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2000, rekestnr. 592/2000 (*Nedco*); hof Amsterdam (OK) 2 november 2000, *JOR* 2001/6 (*Cohere*); hof Amsterdam (OK) 16 november 2000, *JOR* 2001/9 (*MUS*); hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*); hof Amsterdam (OK) 29 maart 2001, rekestnr. 306/2001 (*Incore*); hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*) en hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128 (*Polyplus*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129 (*Mali Zevenaar*); hof Amsterdam (OK) 31december 2002, *ARO* 2003/9 (*Kruisheer Elffers*); hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 6 juni 2003, *ARO* 2003/98 (*McVeldt*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2003, *ARO* 2003/110 (*B&S Heiloo*); hof Amsterdam (OK) 27 juni 2003, *ARO* 2003/113 (*Johnny Hoes*); hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 13 april 2004, *ARO* 2004/54 (*Cebepe*); hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, *ARO* 2005/5 (*Bouwburo*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 24 maart 2005, *ARO* 2005/55 (*ACI*); hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*); hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/84 (*Florimarx*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2005, *ARO* 2005/97 (*'t Hart*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2005, *ARO* 2005/98 (*Knapen*) en hof Amsterdam (OK) 11 oktober 2005, *ARO* 2005/188 (*Knapen*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*); hof Amsterdam (OK) 22 juli 2005, *ARO* 2005/121 (*Arthromed*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150 (*Curamedical*); hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Van Doorn*); hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72 (*Punching*) en hof Amsterdam (OK) 11 juli 2006, *ARO* 2006/139 (*Punching*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWI*); hof Amsterdam

(OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*); hof Amsterdam (OK) 26 juli 2006, *ARO* 2006/142 (*K&H*); hof Amsterdam (OK) 9 mei 2006, *ARO* 2006/99 (*TriQorp*) en hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/192 (*De Leeuw*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/193 (*Masselink*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2006, *ARO* 2007/4 (*Woudwood*) en hof Amsterdam (OK) 3 juli 2007, *ARO* 2007/128 (*Woudwood*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/46 (*ITpreneurs*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, m.nt. M.P. Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht* 2007/103, m.nt. M.J. van Ginneken (*ABN AMRO*) en hof Amsterdam (OK) 17 april 2008, *JOR* 2008/157, m.nt. A. Doorman (*ABN AMRO*); hof Amsterdam (OK) 22 juni 2007, *ARO* 2007/102 (*Micam*); hof Amsterdam (OK) 13 juli 2007, *ARO* 2007/121 (*Villa Happ*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8 (*Pool*); hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, *ARO* 2008/49 (*MBV*); hof Amsterdam (OK) 4 maart 2008, *ARO* 2008/51 (*ICTrack*); hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53 (*Kalf-Valk*); hof Amsterdam (OK) 9 mei 2008, *ARO* 2008/91 (*D&G*); hof Amsterdam (OK) 3 december 2008, *ARO* 2008/191 (*Graphic*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2008, *ARO* 2009/3 (*MCEG*) en hof Amsterdam (OK) 31 juli 2009, *ARO* 2009/133 (*MCEG*); hof Amsterdam (OK) 26 januari 2009, *ARO* 2009/19 (*E&M Horeca*); hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56 (*Nedelko*); hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180 (*FazandtGroep*); hof Amsterdam (OK) 8 maart 2010, *ARO* 2010/44 (*Allround Cargo*); hof Amsterdam (OK) 29 april 2010, *ARO* 2010/72 (*Celco*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82 (*Mulix*); hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*); hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Posttate*); hof Amsterdam (OK) 16 juli 2010, *ARO* 2010/112 (*Boon*); hof Amsterdam (OK) 16 november 2010, *ARO* 2010/170 (*2Link*); hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO* 2010/171 (*Weerts & Van Rooij*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33 (*MEI*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/55 (*A&T Van Beek*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82 (*Proxy*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*Markerink*); hof Amsterdam (OK) 8 september 2011, *ARO* 2011/139 (*Induna*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2011, *ARO* 2012/6 (*Hein Schilder*); hof Amsterdam (OK) 10 april 2012, *ARO* 2012/56 (*Sequoia*); hof Amsterdam (OK) 1 juni 2012, *ARO* 2012/82 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98 (*RVDD*); hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO* 2012/119 (*Pierson & Pierson*); hof Amsterdam (OK) 3 september 2012, *ARO* 2012/130 (*Pebblestone*); hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165 (*Via Parva*); hof Amsterdam (OK) 8 januari 2013, *ARO* 2013/24 (*BHC*); hof Amsterdam (OK) 17 januari 2013, *ARO* 2013/26 (*Thermen*); hof Amsterdam (OK) 2 april 2013, *ARO* 2013/68 (*New Look*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2013, *ARO* 2013/98 (*Meditaxi*) en hof Amsterdam (OK) 1 juli 2013, *ARO* 2013/119 (*Meditaxi*); hof Amsterdam (OK) 4 juli 2013, *ARO* 2013/120 (*Slotervaartziekenhuis*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127 (*Jimm*); hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2013, *JOR* 2014/159, m.nt. W.H. van Baren (*Staat*); hof Amsterdam (OK) 12 december 2013, *ARO* 2014/6 (*Three Ships*); hof Amsterdam (OK) 20 december 2013, *ARO* 2014/9 (*Agri*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40 (*Wikkelbok*); hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO* 2014/60 (*S&R*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO* 2014/61 (*Fuhler*); hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64 (*Plat Edam*); hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/85 (*De Jong*); hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2014, *ARO* 2014/173 (*Best Green*); hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2014, *ARO* 2014/175 (*Depron*); hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18 (*Iszgro*); hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70 (*DPS*); hof Amsterdam (OK) 21 april 2015, *ARO* 2015/117 (*Penta Properties*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2015, *ARO* 2015/136 (*Barendregt's*); hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165 (*Clifden*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171 (*Phanos Reit*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/173 (*Lansinkveste*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/181 (*Eshuis*); hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink (*SNS*) en hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas (*SNS*); hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191 (*RTC*); hof Amsterdam

(OK) 25 september 2015, *ARO* 2015/214 (*Metrical*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7 (*4Apps*); hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara*); hof Amsterdam (OK) 13 mei 2016, *ARO* 2016/139 (*Meijbon*); hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue*); hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO* 2017/51 (*WiSH IP*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2017, *ARO* 2017/104 (*New Company Investments*); hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128 (*Roessen & Roessen*); hof Amsterdam (OK) 14 juli 2017, *ARO* 2017/147 (*TCO*); hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, *ARO* 2017/148 (*Bakery Initiatives*); hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5 (*Readen Retail*); hof Amsterdam (OK) 14 december 2017, *ARO* 2018/38 (*Cosijn & Visser*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/49 (*Ager*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/50 (*IHP*); hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *ARO* 2018/90 (*Setay*); hof Amsterdam (OK) 1 maart 2018, *ARO* 2018/79 (*Trinity*); hof Amsterdam (OK) 28 maart 2018, *ARO* 2018/108 (*Baars*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83 (*ADW*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/110 (*Monitor*); hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114 (*Sturio*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2018, *ARO* 2018/144 (*Harderwijk*); hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2018, *ARO* 2018/185 (*Hoeve Holland*); hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194 (*Monitus*); hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, *ARO* 2019/29 (*JBNT*); hof Amsterdam (OK) 28 november 2018, *ARO* 2019/32 (*RAB*); hof Amsterdam (OK) 4 december 2018, *ARO* 2019/41 (*Korsten*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*); hof Amsterdam (OK) 31 januari 2019, *ARO* 2019/73 (*Monmar*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/83 (*Treffers*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84 (*Lap*); hof Amsterdam (OK) 5 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1603 (*Cavari*). Het gros van deze beschikkingen valt onder (i), een kleiner deel daarvan onder (iii) en het kleinste deel ervan onder (ii). Een aantal van de hierboven genoemde beschikkingen, behoudens de eerste twee hierna te noemen beschikkingen, behoeft toelichting. Ten eerste de *Nedco*-beschikking. Daarin werd verzocht om een onderzoek bij Nedco Holding B.V. (hierna: Holding), Nedco Kunststoffen B.V. (hierna: Kunststoffen) en bij Nedco Display B.V. (hierna: Display). Deze verweersters, en een belanghebbende, hadden zich gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer met betrekking tot onder meer de ontvankelijkheid van de verzoekster voor zover haar verzoek gericht was op Kunststoffen en Display. Zijdens de verzoekster was gesteld, hetgeen door onder meer de verweersters was erkend, dat er sprake was van een patstelling in de algemene vergadering van aandeelhouders van Holding 'en daarmee in haar (klein)dochtervennootschap', welke patstelling niet zonder rechterlijk ingrijpen kon worden doorbroken. Reeds uit dien hoofde moest er naar het oordeel van de Ondernemingskamer worden getwijfeld aan de juistheid van het beleid van de (te enquêteren) vennootschappen, zodat het (enquête)verzoek voor toewijzing vatbaar was. Volgens haar mocht de te benoemen onderzoeker het tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven, welke eruit kon bestaan dat de ene aandeelhouder zijn aandelen in het geplaatste kapitaal van Holding aan de andere overdroeg. Tegen deze achtergrond ga ik er veronderstellenderwijs van uit dat (a) de verzoekster louter aandelen in het geplaatste kapitaal van Holding hield en (b) Holding (in)direct de aandelen in het geplaatste kapitaal van Kunststoffen en Display hield (in de zin van een A-B-C-verhouding), reden waarom deze beschikking alhier is opgenomen. Ten tweede de *Sturio*-beschikking. Daarin werd blijkens r.o. 1.2 de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Sturio 'en bij *dat* [curs. RPJ] onderzoek' de gang van zaken in bepaalde deelnemingen te betrekken. Gelet daarop, alsmede gezien het feit dat die deelnemingen niet in de kop van de beschikking staan, zou ik menen dat dit geen concerngenotenenquêteverzoek betrof. Echter, in r.o. 3.4 overwoog de Ondernemingskamer dat er geen grond was de vorenbedoelde deelnemingen in het onderzoek bij Sturio te betrekken, nu 'aan de vereisten voor een concernenquête' niet was voldaan. Tegen die achtergrond ga ik er veronderstellenderwijs van uit dat zij het verzoek opvatte als een concerngenotenenquêteverzoek. Ten derde de beschikkingen inzake *Incore*, *Johnny Hoes*, *Knapen*, *Arthromed*, *Punching*, *ABN AMRO*, *MCEG*, *Nedelko*, *Allround Cargo*, *Celco*, *Hein Schilder*, *Meditaxi*, *Agri*, *Penta Properties*, *TCO*, *Ager*, *Trinity*, *Baars* en *Harderwijk*. Daarin (i) oordeelde de Ondernemingskamer, al dan niet na de verzoek(st)er(s) (impliciet of expliciet) – al dan niet naar aanleiding van

een of meer door (een van) de wederpartij(en), buiten de context van (het bepaalde in) art. 2:346 BW met betrekking tot de onderliggende vennootschap(pen), opgeworpen niet-ontvankelijkheidsverweren – ontvankelijk te hebben verklaard, dat er géén gegronde redenen waren om aan de juistheid van het beleid en/of de de gang van zaken van (kennelijk) (een deel van) de te enquêteren vennootschappen te twijfelen, zodat het enquêteverzoek, en daarmee ook het eventuele verzoek om onmiddellijke voorzieningen, werd afgewezen, of (ii) trof de Ondernemingskamer, al dan niet na de verzoek(st)er – al dan niet naar aanleiding van een (of meer) op niet-ontvankelijkheid gericht(e), en buiten de context van (het bepaalde in) art. 2:346 BW met betrekking tot de onderliggende vennootschap(pen) vallend(e), verwe(e)r(en) van (een van) de wederpartij(en) – (voorshands) ontvankelijk te hebben verklaard in zijn (haar) verzoek en al dan niet na (met zoveel woorden) te hebben vastgesteld dat er (voorshands) gegronde redenen waren om aan de juistheid van het beleid van de te enquêteren vennootschappen te twijfelen, bij zowel de vennootschap in wier geplaatste kapitaal de verzoek(st)er aandelen hield, als bij (een deel van) de daaronder hangende vennootschap(pen) onmiddellijke voorzieningen. Tegen deze achtergrond ga ik er veronderstellenderwijs van uit dat, nu uit de zo-even genoemde beschikkingen niet blijkt dat de ontvankelijkheid van de verzoek(st)er(s) ter zake van de hier bedoelde (mede) te enquêteren onderliggende vennootschap(pen) in de sfeer van (het bepaalde in) art. 2:346 BW werd bestreden en evenmin daaruit blijkt dat die ontvankelijkheidsvraag door de Ondernemingskamer in het midden werd gelaten, alsmede in aanmerking nemende dat het ontvankelijkheidsstation als bedoeld in dat artikel voor het kunnen treffen van onmiddellijke voorzieningen, het kunnen gelasten van een onderzoek en in beginsel ook voor het kunnen toekomen aan de materiële beoordeling van het verzoek met succes gepasseerd moet worden (de wet is duidelijk: de Ondernemingskamer kan slechts een of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon op (schriftelijk) verzoek van degene die daartoe uit hoofde van art. 2:346 of 347 BW 'bevoegd' is; *vide* art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW, alsmede zij verwezen naar art. 2:346, aanhef, BW), de Ondernemingskamer ofwel veronderstelde (lijdelijke rol), (al dan niet) op basis van de stukken en het verhandelde ter terechtzitting, dat de verzoek(st)er(s) (mede) in het licht van (het bepaalde in) art. 2:346 BW (voorshands) (mede) in zijn (haar of hun) verzoek kon(den) worden ontvangen voor zover dat betrekking had op de (te enquêteren) vennootschap(pen) in wier geplaatste kapitaal hij (zij) geen (certificaten van) aandelen hield(en), ofwel zulks *ex officio*, aan de hand van art. 2:346 BW-jurisprudentie ter zake van verzoeken als hier aan de orde en van de ingekomen stukken en ter terechtzitting verstrekte inlichtingen, toetste (actieve rol). Daarom zijn de voormelde beschikkingen eveneens alhier opgenomen. *Cf*., wat die ambtshalve toetsing aangaat, 's Ondernemingskamer rechtspraak ter zake van op stichting administratiekantoren gerichte enuêteverzoeken, waartoe ik ter illustratie aandraag hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88, r.o. 3.12 (*UPA*), waarin zij met betrekking tot de verzoeker zijn verzoek om een onderzoek bij zulk een stichting – naar het lijkt: ambtshalve – overwoog dat een dergelijk onderzoek ingevolge de wettelijke regeling van het enquêterecht niet mogelijk is en zij hem 'conform haar bestendige rechtspraak' te dier zake dan ook niet-ontvankelijk verklaarde in zijn verzoek voor zover dat ertoe strekte tot het gelasten van een onderzoek als evenbedoeld. *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98, r.o. 3.7 (*RVDD*), waarin eveneens sprake lijkt van een ambtshalve toetsing van de ontvankelijkheid van een verzoekster ten aanzien van een (mede) op een stichting administratiekantoor gericht enquêteverzoek. *Cf*. eveneens hof Amsterdam (OK) 24 april 2008, *ARO* 2008/86, r.o. 3.2 (*Van Loon*); hof Amsterdam (OK) 30 maart 2011, *ARO* 2011/63, r.o. 3.7 (*i.f.*) (*Muntal*); hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2011, *ARO* 2011/167, r.o. 3.1 (*Twister Media*); hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2015, *ARO* 2015/228, r.o. 3.1 (*Slutter en Van Leijden*). Daarin lijkt de Ondernemingskamer in het licht van (kennelijk) art. 2:346 BW (een of meer van) de verzoek(st)er(s) ambtshalve – zulks mogelijkerwijs hiermee verband houdende dat in alle vier voornoemde beschikkingen de verweersters niet waren verschenen, maar zeker is dat niet nu er wél belanghebbenden waren verschenen – (geheel of gedeeltelijk) niet-ontvankelijk te hebben verklaard in zijn (hun) verzoek(en). Ten vierde de beschikking inzake *Woudwood*. Daarin werd het verweer, houdende dat onmiddellijke voorzieningen niet konden worden getroffen omdat te dezen niet van een

zogeheten concern(genoten)enquête sprake kon zijn nu niet was voldaan aan de voorwaarde dat bij alle rechtspersonen waarop die enquête zich richtte, gegronde redenen bestonden om aan de juistheid van het beleid te twijfelen, door de Ondernemingskamer verworpen, aangezien de evenbedoelde gronden ten aanzien van beide gerekestreerde vennootschappen wel degelijk waren aangevoerd. Dat een concern-(genoten)enquête op zichzelf mogelijk was, hadden de te enquêteren vennootschappen onderschreven, zodat dat punt naar het oordeel van de Ondernemingskamer verder geen behandeling behoefde. Bij beide vennootschappen trof zij onmiddellijke voorzieningen. Tegen deze achtergrond ga ik er veronderstellenderwijs van uit dat de Ondernemingskamer veronderstelde (*vide* ook *supra*) dat te dezen (het bepaalde in) art. 2:346 BW niet aan de ontvankelijkheid van de verzoekster in de weg stond, zodat laatstgenoemde in het verzoek kon worden ontvangen. Ten vijfde de *Allround Cargo*-beschikking. Daarin werd verzocht om een onderzoek bij Allround Cargo Holding en bij Allround Cargo Handling. Eerstgenoemde hield in het geplaatste kapitaal van laatstgenoemde alle gewone aandelen. Er waren echter ook tien prioriteitsaandelen uitgegeven. Daarvan hield de verzoekster er vijf. Ik ga er veronderstellenderwijs van uit dat daarmee de verzoekster niet voldeed aan het bepaalde in art. 2:346 BW. Daarom heb ik deze beschikking alhier opgenomen. Ten zesde de *WiSH IP*-beschikking. Daarin had WiSH IP twee volle dochtermaatschappijen, te weten WE Projects en SK Projects. WE Projects had samen met OKami, een aandeelhouder van WiSH IP, verzocht om een onderzoek bij WiSH IP en haar twee dochtermaatschappijen. Ik ga er veronderstellenderwijs van uit dat het verzoek voor zover gedaan door OKami, ertoe strekte een onderzoek te doen gelasten bij WiSH IP en bij SK Projects en dat het verzoek voor zover gedaan door WE Projects, ertoe strekte een onderzoek te gelasten bij zichzelf. Ten zevende de beschikking inzake *Cosijn & Visser*, waarin op moeder- en dochternivau – kennelijk: voorshands – gegronde redenen werden vastgesteld (*vide* r.o. 3.3 *iuncto* r.o. 2.3 *iuncto* r.o. 1.2 *iuncto* r.o. 1.1), waarna op het eerstbedoelde niveau een spoedvoorziening werd getroffen. Een beslissing op het enquêteverzoek is er niet meer gekomen; in verband met een tussen partijen getroffen minnelijke regeling werd het enquêteverzoek namelijk ingetrokken, waarop niet-ontvankelijkheid volgde. *Vide* hof Amsterdam (OK) 21 februari 2019, *ARO* 2019/92 (*Cosijn & Visser*). In aanmerking nemende dat, strikt genomen, de formele beoordeling vóór de materële beoordeling komt en bijgevolg aan dat laatste niet wordt toegekomen indien dat eerste negatief uitpakt (*vide* ter illustratie hof Amsterdam (OK) 28 november 2018, *ARO* 2019/32, r.o. 3.5, *i.f.* (*RAB*)), dan ligt in 's Ondernemingskamers oordeel dat er (mede) gegronde waren op dochternivau (kennelijk) besloten dat de verzoekster (voorshands) ontvankelijk, daaronder begrepen enquêtegerechtigd, was in haar verzoek voor zover dat zich richtte op de onderliggende vennootschap. Ten achtste de *Korsten*-beschikking. Daarin werd verzocht om een onderzoek bij 'Holding c.s.' (r.o. 1.2), waaronder (mede) begrepen werd Korsten Holding en haar volle vennootschappen Bakkerij Korsten en Korsten Onroerend Goed (*vide* r.o. 1.1 en 2.3). Volgens de Ondernemingskamer waren er geen gegronde redenen. Zij specificeerde zulks niet. Gezien het veelvuldige gebruik van de naam 'Holding c.s.' (*vide* r.o. 3.6-3.7 en 3.9-3.11), lijken de gegronde redenen impliciet betrekking te hebben gehad op het beleid en de gang van zaken van de voornoemde vennootschappen. Daarvan uitgaande, dan ligt, bij gebreke van andere aanwijzingen, in het toekomen aan het vellen van een gegronde redenen-oordeel (kennelijk) besloten dat de verzoekster (mede) enquêtegerechtigd was met betrekking tot de twee onderliggende vennootschappen. Ten negende de *Treffers*-beschikking. In r.o. 3.6, laatste volzin, daarvan – waarin, voor zover hier van belang, werd overwogen dat in het handelen van Beheer c.s., waarmee wordt bedoeld de boven- en onderliggende te enquêteren vennootschap (*vide* in samenhang r.o. 1.1-1.3 en 2.1), ten opzichte van Piet Treffers onvoldoende was gebleken van gegronde redenen om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken te twijfelen – ligt (kennelijk) opgesloten dat er ten aanzien van beide vennootschappen niet van die redenen waren. Voeg daarbij de slotsom van de Ondernemingskamer dat de op hen gerichte verzoeken werden afgewezen (r.o. 3.14), dan ligt ook in de voorliggende beschikking (kennelijk) besloten dat, bij gebreke van andere aanwijzingen, de verzoekers (mede) bevoegd waren tot het uitlokken van een enquête op dochterniveau.

wel op zes onderdelen, te weten (1) enquêteverzoekers, (2) enquêtesubjecten, (3) percentages (certificaten van) aandelen, (4) personele unies, (5) onmiddellijke voorzieningen en (6) beoordeling enquêtebevoegdheid.

Dit onderzoek heeft een tweeledig karakter, namelijk (a) een inventariserend karakter en (b) een vergelijkend karakter. Het laatstbedoelde houdt in dat ik de bovenbedoelde rechtspraak van de Ondernemingskamer vergelijk met 's Hogen Raads beschikking inzake *Landis*.

Een aantal beschikkingen van de Ondernemingskamer zal ik buiten beschouwing laten. Ten eerste betreft dit een groep van beschikkingen waarin geen beroep hoefde te worden gedaan op de *Landis*-leer, aangezien de (gezamenlijke) verzoekers ten aanzien van alle enquêtesubjecten zich rechtstreeks op art. 2:346 BW konden baseren.[313] Voor het bevoegdelijk kunnen doen van een gezamenlijk enquêteverzoek is mijns inziens niet nodig dat alle verzoekers ten aanzien van iedere te enquêteren

313 *Vide* hof Amsterdam (OK) 24 januari 2002, *ARO* 2002/3 (*Grote Hoef*) en hof Amsterdam (OK) 31 januari 2002, *JOR* 2002/154 (*Grote Hoef*); hof Amsterdam (OK) 26 november 2002, *ARO* 2002/178 (*De Ark*); hof Amsterdam (OK) 10 maart 2006, *ARO* 2006/60 (*Eleveld*); hof Amsterdam (OK) 13 juli 2016, *ARO* 2016/177 (*Dijkstra Beaumont*); hof Amsterdam (OK) 8 september 2016, *ARO* 2017/6 (*NB Holding*); hof Amsterdam (OK) 15 september 2016, *ARO* 2017/11 (*Celebration*); hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2018, *ARO* 2019/8 (*ICC*); hof Amsterdam (OK) 21 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1720 (*Kinderopvang Wageningen*). In de eerstgenoemde beschikking waren er drie (gezamenlijke) verzoeksters, te weten OMB Nederland B.V. (hierna: OMB), Beleggingsmaatschappij De Ark Nijkerk B.V. (hierna: De Ark Nijkerk) en De Ark Groep B.V. (hierna: De Ark Groep). OMB hield 55% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van De Ark Nijkerk en deze hield, op haar beurt, 100% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van De Ark Groep, die tevens een van de vier verweersters was. Laatstgenoemde hield 100% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van (de) drie (overige) gerekestreerde vennootschappen. Hieruit volgt dat De Ark Nijkerk en De Ark Groep ten aanzien van alle verweersters voldeden aan de vereisten als neergelegd in art. 2:346, aanhef en onderdeel b, (oud) BW: De Ark Nijkerk was uit hoofde daarvan enquêtebevoegd bij De Ark Groep en deze was uit dien hoofde enquêtebevoegd bij haar drie 100%-dochtermaatschappijen. In dat licht, en gelet hierop dat OMB zelf geen aandelen in het geplaatste kapitaal van ten minste een der verweersters hield, had OMB mijns inziens niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Deze situatie doet denken aan die waarin A én zijn persoonlijke houdstermaatschappij B om een enquête verzoeken bij C, in wier geplaatste kapitaal niet A maar B aandelen houdt, en bij D, de volle dochtermaatschappij van C. Alsdan wordt A veelal door de Ondernemingskamer niet-ontvankelijk verklaard. *Vide e.g.* hof Amsterdam (OK) 24 april 2008, *ARO* 2008/86, r.o. 3.2 (*Van Loon*); hof Amsterdam (OK) 4 juni 2018, *ARO* 2018/138, r.o. 3.2 (*TGC*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*) en hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8, r.o. 3.5 (*Easy World Airline*). Overigens een paar woorden over de *Eleveld*-beschikking. Daarin werd door een aandeelhouder en FNV Bondgenoten (gezamenlijk) verzocht, voor zover hier van belang, om een onderzoek bij J.J.C. Eleveld Holding B.V. (hierna: Holding), Eleveld Meubelen B.V. (hierna: Meubelen) en bij Eleveld Trading B.V. (hierna: Trading). De eerstbedoelde verzoeker was (enig) aandeelhouder van Holding, die, op haar beurt, (enig) aandeelhouder van zowel Meubelen als Trading was. Laatstgenoemden dreven beide een onderneming. Bij Meubelen waren ca. twintig werknemers werkzaam die op detacheerbasis ook werkzaamheden ten behoeve van Trading verrichtten. De werknemers waren, althans een deel van hen was, lid van FNV Bondgenoten. Tegen deze achtergrond, alsmede in het licht van het SER-advies 1989, p. 12, alwaar wij – over het begrip 'werkzaam' als bedoeld in art. 2:347

vennootschap afzonderlijk of gezamenlijk enquêtegerechtigd zijn.[314] Waar het om gaat, is dat ten aanzien van alle te enquêteren vennootschappen wordt voldaan aan de vereisten als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, BW (en in art. 2:347 BW). Niet van belang is hoe per (te enquêteren) vennootschap, door de verzoekers (van het gezamenlijke verzoek) afzonderlijk of gezamenlijk, en uit welken hoofde,[315] daaraan wordt voldaan (*e.g.* (i) verzoekers X en Y beide of slechts gezamenlijk bevoegd m.b.t. vennootschap A en (ii) verzoeker X alleen bevoegd m.b.t. vennootschap A en verzoeker Y alleen bevoegd m.b.t. vennootschap B). De reden waarom er een gezamenlijk verzoek wordt gedaan, zal er immers juist (mede) in (kunnen) liggen dat een van de verzoekers zelf geen, of onvoldoende, (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een van de enquêtesubjecten houdt. Naar mijn indruk zit de Ondernemingskamer op de bovenbedoelde lijn.[316] Voor het geval zij het gezamenlijke verzoekschrift (wellicht) niet in de hier bedoelde, welwillende, zin leest, zouden de verzoekers, zekerheidshalve, daarin kunnen (laten) aangeven dat het verzoek voor zover gedaan door A (slechts) ertoe strekt een onderzoek te gelasten bij gerekestreerde X en voor zover het gedaan is door B (slechts) ertoe strekt een onderzoek te gelasten bij gerekestreerde Y, of iets in dien aard.[317]

Voorts laat ik buiten beschouwing de beschikkingen waarin (i) op de voet van art. 2:346, eerste lid, onderdeel a of e, BW (art. 2:346, aanhef en onderdeel a of c, (oud) BW) of art. 2:347 BW de Ondernemingskamer mede is verzocht om het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een of meer

---

BW – onder andere lezen dat (i) het niet relevant is op basis van welke overeenkomst de, bij de (enquêteverzoekende) vereniging van werknemers als lid aangesloten, werknemers in de onderneming van de (te enquêteren) rechtspersoon werkzaam zijn, noch met wie die is gesloten, (ii) het moet gaan om (het verrichten van) werkzaamheden 'in' een onderneming, hetgeen meer is dan enkel werkzaamheden 'voor' of 'ten behoeve van' een onderneming, en (iii) een redelijke interpretatie meebrengt dat iedere 'werkzaamheid' in aanmerking mag worden genomen en dat het begrip 'werkzaam' in ruime zin moet worden verstaan, ga ik er veronderstellenderwijs van uit dat FNV Bondgenoten art. 2:347 BW-bevoegd was ten aanzien van Meubelen en Trading.

314 Een verzoeker van zulk een verzoek die in het geplaatste kapitaal van geen enkele te enquêteren vennootschap aandelen, of certificaten daarvan, houdt, moet vanzelfsprekend niet-ontvankelijk worden verklaard. *Vide* ook voetnoot 313 *supra*.

315 *Vide* bijvoorbeeld de in voetnoot 313 *supra* opgenomen beschikkingen inzake *Eleveld* en *Dijkstra Beaumont*, die ik versta als op meerdere (bevoegdheids)grondslagen gebaseerde (gezamenlijke) verzoeken.

316 *Vide* de in voetnoot 313 *supra* aangehaalde jurisprudentie en voetnoot 317 *infra*.

317 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 26 november 2002, *ARO* 2002/178 (*De Ark*). Daarin werd door, *inter alia*, De Ark Nijkerk en De Ark Groep verzocht om, onder meer, het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van De Ark Groep, Translift Nederland B.V., Translift B.V. en van A.A. van den Pol Dronten B.V. Eerstgenoemde hield 100% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van tweedegenoemde, die, op haar beurt, 100% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van de drie laatstgenoemden hield. De Ondernemingskamer begreep het verzoek, voor zover gedaan door De Ark Groep, aldus (*vide* r.o. 3.1) dat het slechts de strekking had een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van die drie 100%-dochtermaatschappijen van De Ark Groep, waardoor zich geen strijd voordeed met het bepaalde in art. 2:346 (oud) BW (de zelfenquête als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel d, BW was toen nog niet in de wet opgenomen).

met de in de evengenoemde artikelen bedoelde rechtspersonen verbonden rechtspersonen,[318] (ii) een verzoeker de Ondernemingskamer heeft verzocht om het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van vennootschap B, waarin hij voldoende aandelen, of certificaten daarvan, houdt, en van de bovenliggende vennootschap A, waarin hij geen (certificaten van) aandelen houdt (een 'opwaartse concerngenotenenquête'),[319] (iii) het verzoek al op het niveau van de vennootschap in wier geplaatste kapitaal de verzoeker (certificaten van) aandelen houdt, op formele of materiële gronden is afgestuit dan wel op het niveau van de daaronder liggende vennootschap(pen) op een andere niet-ontvankelijkheidsgrond dan die verband houdt met het bepaalde in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW, stuk is gelopen of de ontvankelijkheid (mede) op dat niveau in het midden is gelaten,[320] (iv) het verzoek om een onderzoek bij de vennootschap waarvan de verzoeker slechts indirect aandeelhouder is, leeg is in de zin dat daarin (kennelijk) niet is gesteld dat

318 *Vide* hof Amsterdam (OK) 18 mei 2004, *ARO* 2004/195 (*Esteves-DWD*); hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2005, *JOR* 2005/296, m.nt. A.F.J.A. Leijten, *Ondernemingsrecht* 2006/35, m.nt. H.M. de Mol van Otterloo (*Smit Transformatoren*); hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2007, *ARO* 2007/166 (*e-Traction*); hof Amsterdam (OK) 10 januari 2008, *JOR* 2008/39, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2008/37, m.nt. Ch.E. Honée (*PCM*); hof Amsterdam (OK) 12 april 2010, *ARO* 2010/62 (*DIC Almatis*); hof Amsterdam (OK) 14 april 2010, *JOR* 2010/185, m.nt. S.M. Bartman (*Meavita*) en hof Amsterdam (OK) 30 mei 2011, *JOR* 2011/219, m.nt. S.M. Bartman (*Meavita*); hof Amsterdam (OK) 15 april 2010, *ARO* 2010/64 (*Seerden*); hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, *ARO* 2014/57 (*TICA*); hof Amsterdam (OK) 19 oktober 2018, *ARO* 2019/11 (*Ambulance Amsterdam*).

319 Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/57 (*Spaarnwoude*).

320 *Vide* hof Amsterdam (OK) 10 januari 2002, *ARO* 2002/7 (*Broadnet*); hof Amsterdam (OK) 19 januari 2004, *ARO* 2004/22 (*Virtual Affairs*); hof Amsterdam (OK) 18 augustus 2005, *ARO* 2005/161 (*Dubbelhuis*); hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, *ARO* 2006/73 (*Drukkerij Bevrijding*); hof Amsterdam (OK) 23 januari 2007, *ARO* 2007/23 (*Van de Steege*); hof Amsterdam (OK) 29 juni 2007, *ARO* 2007/103 (*2H Media*); hof Amsterdam (OK) 22 november 2007, *ARO* 2007/189 (*Zondervan*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2008, *ARO* 2008/48 (*Ambaflex*); hof Amsterdam (OK) 24 april 2008, *ARO* 2008/86 (*Van Loon*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, *ARO* 2008/132 (*Welsi*); hof Amsterdam (OK) 24 april 2009, *ARO* 2009/64 (*Allstar Consulting*); hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2009, *ARO* 2009/160 (*DWS*); hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71 (*Cancun*); hof Amsterdam (OK) 31 januari 2011, *ARO* 2011/22 (*Markeur*); hof Amsterdam (OK) 24 maart 2011, *ARO* 2011/62 (*Ulyanovsk*); hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *JOR* 2011/282, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Synpact*); hof Amsterdam (OK) 29 september 2011, *ARO* 2011/148 (*RVDD*); hof Amsterdam (OK) 7 mei 2013, *ARO* 2013/84 (*Viadata*); hof Amsterdam (OK) 3 december 2014, *ARO* 2015/29 (*Phanos Reit*); hof Amsterdam (OK) 22 september 2015, *ARO* 2015/211 (*Schoenaker*); hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2015, *ARO* 2015/228 (*Slutter en Van Leijden*); hof Amsterdam (OK) 12 mei 2017, *ARO* 2017/118 (*Sequoia*); hof Amsterdam (OK) 1 november 2017, *ARO* 2018/32 (*HASBOS*). In het merendeel van deze beschikkingen zijn de verzoeken (reeds) afgewezen omdat er geen gegronde redenen waren om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van de vennootschap in wier geplaatste kapitaal de verzoek(st)er(s) (certificaten van) aandelen hield(en), te twijfelen, waarbij, volledigheidshalve, opmerking verdient dat in de voorlaatste beschikking ook een aangevoerd punt een gegronde reden – ten aanzien van de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekster aandeelhouder was – opleverde, maar zulks naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet doorslaggevende was om een onderzoek te gelasten, waarna zij verderop oordeelde, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat zulk een

onderzoek 'geen of nauwelijks' toegevoegde waarde had en er bij dat onderzoek 'onvoldoende belang' bestond. Twee beschikkingen zijn in dit verband relevant om even de aandacht op te vestigen: *Welsi* en *Synpact*. Daarin overwoog de Ondernemingskamer namelijk, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat het verzoek om een onderzoek bij Welsi Holding B.V. werd afgewezen en dat zulks betekende dat het verzoek om een onderzoek bij Welsi B.V., haar 100%-dochtermaatschappij, evenmin voor toewijzing vatbaar was respectievelijk dat het verzoek om een onderzoek bij Synpact Project Management Groep B.V. werd afgewezen en (mede) om die reden het verzoek voor zover gericht op Synpact Project Management B.V. en op InternetSelekt Punt NL B.V., beide volle dochtermaatschappijen van de eerdergenoemde vennootschap, eveneens werd afgewezen. Overigens behoeft een beschikking, die inzake *Zondervan*, enige toelichting. Daarin werd door de (andere) belanghebbenden betwist dat de verzoekers in hun verzoek konden worden ontvangen, aangezien zij geen (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van de moedermaatschappij (*i.e.* Zondervan Beheer B.V. (hierna: Zondervan Beheer)) hielden en ook anderszins niet daartoe gerechtigd waren. De Ondernemingskamer overwoog te dier zake dat nu de beslechting van de tussen partijen bestaande geschillen op het terrein van het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht was voorgelegd aan de bevoegde rechter te Leeuwarden en de uitkomst van die procedure voor de beslissing te dezen niet van belang was, zij voor het vervolg er veronderstellenderwijs van uitging dat het verzoek ontvankelijk was. Hoewel zij in r.o. 3.9 overwoog dat een bepaald bezwaar niet kon leiden tot twijfel aan een juist beleid van Zondervan Beheer '(dan wel Bouwbedrijf Zondervan, haar 100%-dochtermaatschappij, toev. RPJ)', kwam de Ondernemingskamer in r.o. 3.11 tot de slotsom dat het verzoek moest worden afgewezen, waarop direct volgde dat van redenen tot twijfel aan een juist beleid van 'Zondervan Beheer' niet was gebleken. Ook in r.o. 3.12 werd enkel – in de context van de gegronde redenen-toets – gesproken van 'Zondervan Beheer'. Tegen deze achtergrond, alsmede in aanmerking nemende dat de voornoemde dochtermaatschappij niet als verweerster in de kop van de beschikking staat, laat ik deze beschikking vallen in de catergorie van beschikkingen waarin het verzoek reeds op het moederniveau vastliep. In een kleiner deel van de hierboven genoemde beschikkingen is de ontvankelijkheid (mede) ten aanzien van de vennootschap in wier geplaatste kapitaal de verzoek(st)er geen (certificaten van) aandelen hield, in het midden gelaten. Ik zal die beschikkingen – kort – bespreken. In de *Van de Steege*-beschikking oordeelde de Ondernemingskamer dat er geen gegronde redenen waren om te twijfelen aan de juistheid van het beleid van de gerekestreerde (dochter)vennootschappen, zodat het verzoek om een onderzoek werd afgewezen. Gelet daarop, behoefde het door een der wederpartijen opgeworpen niet-ontvankelijkheidsverweer geen bespreking; bij de behandeling en beoordeling daarvan had deze geen in rechte te respecteren belang (meer), aldus de Ondernemingskamer. Wat dat verweer precies inhield, blijkt niet uit de beschikking. Eerder had de Ondernemingskamer – zonder dat daartoe verweer was gevoerd, althans zulks blijkt niet uit de onderhavige beschikking – de verzoekster in haar verzoek niet-ontvankelijk verklaard voor zover dat betrekking had op een stichting administratiekantoor. Ik houd het er dan ook voor dat het (wél) opgeworpen niet-ontvankelijkheidsverweer als bovenbedoeld in ieder geval niet daarop zag. In haar *2H Media*-beschikking kwam de Ondernemingskamer tot de slotsom dat verzoeksters verzoek – naar ik begrijp: voor zover betrekking hebbende op 2H Media B.V. – moest worden afgewezen. Ter zake van haar (aanvankelijk) 100%-dochtermaatschappij SLAM!FM B.V. had de verzoekster geen concrete feiten en omstandigheden gesteld die gegronde redenen aangaande het beleid daarvan konden opleveren, reden waarom zij geen belang bij haar (enquête)verzoek voor zover op die vennootschap gericht, had, waarbij de Ondernemingskamer in aanmerking nam dat het een en ander niet kon leiden tot het oordeel dat er sprake was van een onjuist beleid van voornoemde in de zin van het enquêterecht. Vervolgens – en daar gaat het mij om – overwoog de Ondernemingskamer dat bij die stand van zaken de beoordeling van de ontvankelijkheid van 'dit onderdeel' – waarmee zij, naar ik begrijp, bedoelde het (enquête)verzoek voor zover dat zag op SLAM!FM B.V. – van het verzoek onbesproken kon blijven. In de *Van Loon*-beschikking overwoog de Ondernemingskamer dat, nu het verzoek door afwezigheid van gegronde redenen ter zake van twijfel aan de juistheid

en waarom er (mede) gegronde redenen zijn om aan de juistheid van het beleid en/of de gang van zaken van die vennootschap te twijfelen, een en ander onder aanvoering van (redengevende) feiten of omstandigheden,[321] (v) de bevoegdheidsvraag ter zake van de onderliggende vennootschap in de sleutel van het

van beleid van de gerekestreerde vennootschappen werd afgewezen, in het midden kon blijven of sprake was van een 'dusdanige economische en organisatorische eenheid tussen Assurantiën Beheer en Assurantiën dat Van Loon Holding, als aandeelhouder van Assurantiën Beheer, ook bevoegd is een onderzoek te verzoeken met betrekking tot Assurantiën'. Ook in haar *Markeur*-beschikking liet zij de beantwoording van de bevoegdheidsvraag (*i.e.* een *species* van het *genus* de ontvankelijkheidsvraag), *i.c.* ter zake van twee onderliggende vennootschappen, in het midden nu er geen gegronde redenen waren om aan de juistheid van het beleid van de gerekestreerde vennootschappen te twijfelen en, zo voeg ik toe, mitsdien de verzoeken werden afgewezen. In de *RVDD*-beschikking behoefden de door een aantal wederpartijen opgeworpen gronden met betrekking tot de niet-ontvankelijkheid van de verzoekster – naar ik begrijp: in de context van art. 2:349 BW (*vide* r.o. 3.7 *iuncto* r.o. 3.2) – geen nadere beoordeling meer, omdat het naar voren gebrachte en geblekene niet kon leiden tot het oordeel dat een onderzoek bij de (twee) verweersters geboden was. Overigens noem ik de *Schoenaker*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer in het midden liet of aan de vereisten voor een concern-(genoten)enquête was voldaan, en de *Slutter en Van Leijden*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer de 'positie' van gerekestreerde sub 3, een 100%-dochtermaatschappij van de vennootschap in wier geplaatste kapitaal de verzoeker aandelen hield, (verder) onbesproken liet. Het kleinste deel van de buiten beschouwing gelaten beschikkingen bestaat uit beschikkingen waarin verzoeken ten dele afstuitten op het bepaalde in (kennelijk) art. 2:344 BW omdat de (mede) te enquêteren (onderliggende) vennootschappen overeenkomstig vreemd recht waren opgericht. Uitzondering daarop vormt echter de *Phanos Reit*-beschikking. Daarin werden – hoogst uitzonderlijk – de verzoekers, naar aanleiding van een daartoe strekkend verweer, in hun verzoek om een onderzoek bij een moedermaatschappij en haar twee volle dochtermaatschappijen niet-ontvankelijk verklaard vanwege het jegens hen hadden geschonden van het bepaalde in art. 2:349 BW.

321 *Vide* hof Amsterdam (OK) 6 januari 2006, *JOR* 2006/69, m.nt. R.G.J. Nowak (*Mondoor*); hof Amsterdam (OK) 27 november 2007, *ARO* 2007/190 (*B&A*); hof Amsterdam (OK) 10 september 2008, *ARO* 2008/155 (*Janssen*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *JOR* 2009/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2009/13, m.nt. S.M. Bartman (*Fortis*); hof Amsterdam (OK) 20 januari 2009, *ARO* 2009/15 (*Barcofra*); hof Amsterdam (OK) 30 maart 2011, *ARO* 2011/63 (*Muntal*); hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2011, *ARO* 2011/167 (*Twister Media*); hof Amsterdam (OK) 21 januari 2014, *ARO* 2014/35 (*Polderland*); hof Amsterdam (OK) 9 december 2016, *ARO* 2017/60, r.o. 1.2 en 3.3 (*Vos*); hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, *ARO* 2017/72 (*Care*); hof Amsterdam (OK) 4 juni 2018, *ARO* 2018/138 (*TGC*). In deze beschikkingen overwoog de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang en kort gezegd, het volgende. In haar *Mondoor*-beschikking zag zij geen aanleiding voor het doen uitstrekken van het onderzoek tot de met Mondoor Beheer B.V. verbonden rechtspersonen nu de verzoekster daartoe geen redengevende feiten of omstandigheden had aangevoerd. In de *B&A*-beschikking overwoog de Ondernemingskamer dat niet viel in te zien dat van twijfel aan een juist beleid van een aantal verweersters gesproken kon worden nu de verzoekster niets had aangevoerd dat zulk een oordeel kon dragen (*vide* r.o. 3.20). Bij deze twee beschikkingen sluit aan de *Muntal*-beschikking. Evenzo de *Twister Media*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer overwoog dat een verzoekster geen enkel bezwaar tegen het beleid en de gang van zaken van een aantal dochtermaatschappijen had aangevoerd en ook overigens niets had gesteld waaruit kon worden afgeleid dat en waarom er sprake was van gegronde redenen om aan dat beleid en die gang van zaken te twijfelen, waardoor het verzoek (in zoverre) werd afgewezen vanwege (in zoverre) onvoldoende feitelijke grondslag (*vide* r.o. 3.12). In haar beschikkingen inzake *Polderland* en *Care* overwoog zij dat de verzoekster geen stellingen had ingenomen die zelfstandig

al dan niet hebben van een (eigen) economisch belang is geplaatst,[322] (vi) de bovenliggende vennootschap bij haarzelf en bij de onder haar hangende vennootschappen heeft verzocht om een onderzoek,[323] (vii) onvoldoende, ten behoeve van dit onderzoek van belang zijnde, gegevens zijn opgenomen[324] en (viii)

zagen op het beleid of de gang van zaken in (bedoeld zal worden: van) de onderliggende (personen)-vennootschap(pen) respectievelijk dat de (aangevoerde) gegronde redenen niet tevens zagen op het beleid en de gang van zaken van een aantal deelnemingen. In de *Fortis*-beschikking hadden de verzoekers in het petitum van hun verzoekschrift verzocht om een onderzoek bij Fortis N.V. en de met haar in een groep verbonden vennootschappen, vermeldde het verzoekschrift echter slechts Fortis N.V. als gerekestreerde en was als zodanig niet gericht tegen andere vennootschappen, en waren bezwaren – naar ik begrijp: in de context van de stelling dat er gegronde redenen waren (*vide* bijvoorbeeld r.o. 3.4 *iuncto* r.o. 3.1) – tegen de andere vennootschappen dan de meergenoemde niet geuit, zodat de Ondernemingskamer enkel een onderzoek bij Fortis N.V. beval (*vide* r.o. 3.17). Een (in zekere mate) vergelijkbaar geval deed zich voor in de *Janssen*-beschikking. Hetzelfde geldt voor de *Barcofra*-beschikking. Verder schaar ik onder de lege verzoeken ook 's Ondernemingskamers *Vos*-beschikking. Daarin overwoog de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat voor zover de verzoekster haar verzoek mede had beoogd te richten tot deelnemingen van Vos Groep B.V., het daartoe geen relevante gronden bevatte, om welke reden het verzoek werd beoordeeld voor zover dat zich richtte op het gelasten van een onderzoek bij de evengenoemde vennootschap. Met die 'gronden' doelde de Ondernemingskamer kennelijk, gezien r.o. 3.4, waarin, kort gezegd, werd gesproken van de in het kader van art. 2:350, eerste lid, BW vruchteloos aangevoerde 'gronden', hierop dat de verzoekster in het kader van het evengenoemde artikel niets relevants had aangevoerd met betrekking tot de vorenbedoelde deelnemingen. Anders gezegd: zo er al sprake van het stellen dat er sprake was van gegronde redenen om aan de juistheid van het beleid en/of de gang van zaken daarvan te twijfelen, dan was die stelling niet geschraagd door daartoe aangevoerde relevante gronden. Opmerkelijk is, overigens, dat alleen Vos Groep B.V. als verweerster in het hoofd van de beschikking staat en onder 'Het verloop van het geding' het verzoek aldus werd weergegeven dat deze (slechts) gericht was op die verweerster. Hekkensluiter betreft de *TGC*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer overwoog dat zij 'geen aanleiding' zag (eveneens) een onderzoek te bevelen bij de onderliggende vennootschap (Trifier), nu dat 'zonder nadere motivering' was verzocht.

322 *Vide* hof Amsterdam (OK) 16 mei 2017, *ARO* 2017/120 (*Parlevliet*). Daarin speelde, zeer kort weergegeven, het volgende. De verzoeker verzocht om een onderzoek bij de vennootschap waarvan hij aandeelhouder was, en bij de daaronder hangende 25%-vennootschap. De verweersters betwistten de ontvankelijkheid met betrekking tot die onderliggende vennootschap, nu hij daarvan geen aandeelhouder was. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer kon de beoordeling van de vraag of het 'economisch belang van Dirk [de verzoeker] op één lijn geplaatst kan worden gesteld met dat van een aandeelhouder van MPB [de onderliggende vennootschap]' echter in het midden worden gelaten, aangezien zij tot de slotsom zou komen dat het verzoek werd afgewezen.

323 Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, *ARO* 2017/115 (*Kors*).

324 *Vide* hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2000, *JOR* 2001/5 (*Paalman*) en hof Amsterdam (OK) 20 april 2001, rekestnr. 835/2000 (*Paalman*); hof Amsterdam (OK) 15 maart 2001, rekestnrs. 182/2001 en 204/2001, *JOR* 2001/108 (*Skagerak*); hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, *JOR* 2002/112, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Broadnet*) en de noot (*i.f.*) erbij; hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/62 (*Karst*); hof Amsterdam (OK) 1 oktober 2018, *ARO* 2019/1 (*MTP*); hof Amsterdam (OK) 30 januari 2019, *ARO* 2019/72 (*Verhoef*). Bij vier van deze beschikkingen geef ik een toelichting. Ten eerste de *Karst*-beschikking. Daarin werd verzocht om een onderzoek bij Karst Beheer B.V.

(hierna: Beheer) alsook dat het te bevelen onderzoek zich diende uit te strekken tot het beleid en de gang van zaken van Hypomatch Internationale Financiële Diensten B.V. (hierna: HIFD) en van Hypomatch Internationale Vastgoed B.V. (hierna: HIV), twee volle dochtermaatschappijen van Beheer. Verder werd er verzocht om onmiddellijke voorzieningen. Dat verzoek werd als eerste behandeld. De Ondernemingskamer trof alleen een onmiddellijke voorziening bij Beheer. Over de vraag of de verzoekster (voorshands) kon worden ontvangen in haar op HIFD en HIV gerichte verzoek, liet zij zich niet uit, noch liet zij zich (al) uit over de vraag of er te hunnen aanzien (voorshands) gegronde redenen tot twijfel aan de juistheid van beleid waren. De behandeling van het verzoek om een onderzoek bij Beheer, HIFD en HIV werd aangehouden. Een beschikking dienaangaande is er evenwel, bij mijn weten, niet (meer) gekomen. Gezien dit een en ander, laat ik de *Karst*-beschikking buiten beschouwing. Ten tweede de *Paalman*-beschikking. Daarin werd verzocht om een onderzoek bij G.R. Paalman Beheer B.V. (hierna: Beheer), G.R. Paalman B.V. (hierna: Paalman) en bij Lavarko B.V. (hierna: Lavarko), en wel door G. Paalman (hierna: Gerard) en, bij wijze van zelfstandig verzoek, door B.J. Paalman (hierna: Berend/Bennie). De Ondernemingskamer overwoog dat er gegronde redenen waren om aan de juistheid van het beleid van alle drie de vennootschappen te twijfelen, trof bij ieder van hen onmiddellijke voorzieningen en beval een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van al deze vennootschappen. In de algemene vergadering van aandeelhouders zowel als in het bestuur van de (drie) respectieve vennootschappen was namelijk sprake van een patstelling. Teneinde deze patstellingen te doorbreken werd Bennie Paalman als bestuurder daarvan geschorst, zodat Gerard Paalman enig bestuurder van die vennootschappen werd, er, mede met het oog op de belangen van Bennie Paalman als 'medeaandeelhouder in de vennootschappen', een commissaris van die vennootschappen benoemd en werd er door de Ondernemingskamer bepaald dat die commissaris deel zou nemen aan de bijeenkomsten van de algemene vergadering van aandeelhouders van die vennootschappen en dat hij daarin een doorslaggevende stem zou hebben indien de stemmen staakten. Uit de (eerste *Paalman*-)beschikking blijkt dat Paalman en Lavarko 'dochtervennootschappen' van Beheer waren. Niettemin blijkt daaruit niet (ook niet uit de tweede *Paalman*-beschikking) hoevéél aandelen Beheer in het geplaatste kapitaal van Paalman en van Lavarko hield, noch blijkt hoeveel aandelen Bennie Paalman in hun geplaatste kapitaal hield. Evenmin blijkt of Gerard Paalman óók medeaandeelhouder van Paalman en Lavarko was en, zo ja, hoe groot zijn aandelenbelang daarin was (ik ga ervan uit dat hij in ieder geval aandeelhouder van Beheer was). Nu, zelfs met het doorbreken van de patstelling in het bestuur van de vennootschappen in voege als hierboven bedoeld, de stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders van (een of meer van) de verweersters konden staken als de benoemde commissaris niet gebruik zou maken van zijn doorslaggevende stem, ligt het in ieder geval niet in de rede dat – ondanks het feit dat er werd gesproken van 'dochtervennootschappen' – Beheer een ≥ 51%-belang in het geplaatste kapitaal van Paalman en Lavarko had, noch dat zij daar samen met Gerard Paalman over beschikte, nu alsdan de stemmen, in beginsel (1 aandeel = 1 stem), niet konden staken. Veeleer had Beheer alleen of tezamen met Gerard Paalman een 50%-belang. Voorts lijkt het er dan op dat Bennie Paalman een 50%-aandeelhouder van zowel Paalman als Lavarko was. Uitgaande van deze twee (hoofd)scenario's, namelijk (i) Beheer en Bennie Paalman met ieder een 50%-belang of (ii) Beheer en Gerard Paalman die tezamen beschikten over een 50%-belang en Bennie Paalman die eveneens een 50%-belang had, dan was in ieder geval Bennie Paalman zelfstandig en rechtstreeks uit hoofde van art. 2:346, aanhef en onderdeel b, (oud) BW enquêtegerechtigd met betrekking tot Paalman en Lavarko. Wat Gerard Paalman betreft, valt niet uit te sluiten dat hij eveneens te hunnen aanzien zelfstandig en rechtstreeks de daarin bedoelde kapitaaldrempel haalde. Om redenen als hiervoor genoemd laat ik de *Paalman*-beschikkingen buiten beschouwing. Ten derde de *MTP*-beschikking. Daarin overwoog de Ondernemingskamer in r.o. 3.5 dat de 'hierboven geschetste situatie' gegronde redenen opleverde om aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken te twijfelen, een en ander zonder te specificeren op welke vennootschap(pen) dit oordeel betrekking had. In r.o. 3.4 komt zowel de naam 'Kuunders Groep' als de naam 'MTP Holding' voor. Blijkens r.o. 2.1 wordt met dat eerste een 'agrarisch familiebedrijf' bedoeld. MTP Holding was de bovenliggende vennootschap

overig.[325]

(*vide* r.o. 2.1-2.2). Er was verzocht om een onderzoek bij 'MTP Holding c.s.' (*vide* r.o. 1.1-1.2). Dit verzoek werd bij gebrek aan voldoende aanleiding afgewezen (*vide* r.o. 3.6 *et seq.*). Weliswaar valt in dat kader de naam 'MTP Holding c.s.' (*vide e.g.* r.o. 3.6, onder d), maar dan nog is voor mij niet duidelijk met betrekking tot welk(e) enquêtesubject(en) er gegronde redenen waren. Daarom laat ik de onderhavige beschikking eveneens buiten beschouwing. Ten slotte de *Verhoef*-beschikking. In die beschikking oordeelde de Ondernemingskamer dat er gegronde redenen waren met betrekking tot Verhoef Beheer B.V. en beval zij bij die vennootschap een onderzoek. Ten aanzien van Verhoef Investments B.V., waarbij ook was verzocht om een onderzoek (*vide* r.o. 1.1-1.2), overwoog de Ondernemingskamer in het kader van art. 2:345, 346 en 350 BW niets. Het waarom is mij niet duidelijk. In r.o. 3.1, eerste volzin, wordt (louter) van 'Verhoef Beheer' en van 'vennootschap' gesproken. Over een vermindering van het verzoek (beperking tot die vennootschap) lees ik echter niets. Gelet hierop, laat ik de voorliggende beschikking eveneens buiten beschouwing.

325 De onderstaande – buiten beschouwing latende – beschikkingen zijn bij de categorie 'overig' ondergebracht, nu zij niet (goed) bij de andere categorieën konden worden ingedeeld. Ik zal deze beschikkingen thans, kort en voor zover hier van belang, bespreken. Ten eerste hof Amsterdam (OK) 21 december 2001, *JOR* 2002/57 (*Egbouw*). Daarin werd verzocht om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Egbouw Holding B.V. en om dit onderzoek 'zonodig [*sic*]' te doen uitstrekken over het beleid en de gang van zaken van een drietal 100%-dochtermaatschappijen van haar. Kennelijk vond de Ondernemingskamer dat niet nodig, nu zij een onderzoek beval naar het beleid en de gang van zaken van eerstgenoemde, welk onderzoek zich mede diende uit te strekken naar het door deze ten aanzien van laatstgenoemden gevoerde beleid. Ten tweede hof Amsterdam (OK) 29 augustus 2002, *JOR* 2002/215, m.nt. R.G.J. Nowak (*CPS*), waarin de verzoekster tijdens de mondelinge behandeling had verzocht haar verzoek te mogen uitbreiden tot de (klein)dochtermaatschappijen van de gerekestreerde vennootschap, waartegen deze zich had verzet. De Ondernemingskamer wees dat verzoek echter af, nu het in een zodanig laat stadium van het geding was gedaan dat toewijzing ervan in strijd zou komen met de beginselen van een behoorlijke procesorde, althans zeker nu die vennootschappen niet als belanghebbenden waren opgeroepen en evenmin eigener beweging in het geding waren verschenen. Ten derde hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, *ARO* 2006/58 (*CDG*), waarin werd verzocht om een onderzoek bij CDG Holding B.V. (hierna: CDG) en bij Behace B.V. en Communication Distribution Group Europe B.V., welke laatste haar 100%-kleindochtermaatschappij, namelijk via tweedegenoemde, was. Niettemin overwoog de Ondernemingskamer dat het, bij CDG te gelasten, onderzoek zich diende uit te strekken tot het beleid van CDG 'ten aanzien van' haar (klein)dochtermaatschappij. Ten vierde hof Amsterdam (OK) 12 juli 2006, *ARO* 2006/131 (*Becq & Millan*), waarin werd verzocht om een onderzoek bij Becq & Millan Europe B.V. en om de te benoemen onderzoeker aan te merken als 'commissaris' in de zin van een bepaald verdrag ter zake van het onderzoek dat zich richtte op Becq & Millan Deutschland GmbH, haar dochtermaatschappij, welke verzoeken de Ondernemingskamer aldus verstond dat haar verzochte onderzoek zich mede diende uit te strekken tot het door eerstgenoemde als aandeelhouder van laatstgenoemde bepaalde beleid van deze, hetwelk zonder meer voorwerp van onderzoek kon zijn. Voor zover de verzoekster mocht hebben bedoeld te verzoeken om een onderzoek bij de buitenlandse vennootschap te doen gelasten, overwoog de Ondernemingskamer dat art. 2:344 BW zich daartegen verzet. Ten vijfde hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, *ARO* 2006/132 (*Selles*), waarin werd verzocht om een onderzoek bij Selles Beheer B.V. en haar dochtervennootschappen, maar de Ondernemingskamer enkel een onderzoek bij eerstgenoemde beval en het verzoek ten aanzien van laatstgenoemden (kennelijk) viel onder 'wijst af het meer of anders verzochte'. Zulks geldt *m.m.* ook voor de zesde beschikking, te weten hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/171 (*Makelaarskantoor H. Post*). Ten zevende hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2006, *ARO* 2006/173 (*Doorzand*), waarin (ook) om een onderzoek werd verzocht bij de moedermaatschappij en haar

dochtermaatschappijen, alsmede werd er verzocht om onmiddellijke voorzieningen. Laatstgenoemd verzoek werd als eerste behandeld. De Ondernemingskamer trof slechts voorzieningen bij de moedermaatschappij. De behandeling van het vorenbedoelde verzoek om een onderzoek werd aangehouden. In hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2007, *ARO* 2007/184 (*Doorzand*) lezen wij echter dat het geding werd beëindigd in verband met een tot stand gekomen minnelijke regeling. Ten achtste hof Amsterdam (OK) 18 juni 2007, *ARO* 2007/98 (*Rubalas*). Daarin werd verzocht om een onderzoek bij Rubalas Holding B.V. en bij de twee onder haar hangende dochtermaatschappijen, alsmede werd verzocht om onmiddellijke voorzieningen, welk verzoek als eerste werd behandeld, maar vervolgens werd afgewezen. Blijkens hof Amsterdam (OK) 7 januari 2010, *ARO* 2010/16 (*Rubalas*) in samenhang gelezen met hof Amsterdam (OK) 20 januari 2010, *ARO* 2010/17 (*Rubalas*) werd er een minnelijke regeling getroffen, waarvan deel uitmaakte een bindend adviseur aan te wijzen, hetgeen de Ondernemingskamer inwilligde en daarmee het geding beëindigde, zodat de behandeling van het evenbedoelde enquêteverzoek niet meer aan bod kwam. Ten negende hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, *ARO* 2007/135 (*Callisto*), waarin werd verzocht om een onderzoek bij Callisto B.V. (hierna: Callisto) en bij een trits andere vennootschappen. Daartoe overwoog de Ondernemingskamer dat eerstgenoemde terecht had gesteld dat, nu noch zijzelf, noch de verzoekster aandelen in het geplaatste kapitaal van de laatstbedoelde vennootschappen hield, en de verzoekster ook jegens hen ook anderszins niet voldeed aan een van de in art. 2:346 BW genoemde vereisten, zij in zoverre niet bevoegd was tot het doen van het onderhavige verzoek. Nu voorts geen feiten waren gesteld die tot het oordeel konden leiden dat Callisto en de andere vennootschappen een concern vormden en ook anderszins geen gronden waren angevoerd die het gelasten van een concern(genoten)enquête konden rechtvaardigden, diende de verzoekster niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar verzoek voor zover het op de meerbedoelde vennootschappen gericht was. Ten tiende hof Amsterdam (OK) 6 februari 2009, *ARO* 2009/34 (*Dutch Megapower*), waarin door twee verzoeksters werd verzocht om een onderzoek bij drie verweersters 'en haar respectieve (klein-)dochtervennootschappen, althans van Megapower en Twee B als bestuurder van de (klein-)dochtervennootschappen' (r.o. 1.1). De verzoeksters konden zich ten aanzien van die verweersters rechtstreeks baseren op art. 2:346 BW. De Ondernemingskamer trof een spoedvoorziening bij een van de verweersters en hield iedere verdere beslissing aan (r.o. 3.5). Deze kwam er evenwel niet meer, nu een minnelijke regeling werd bereikt; *vide* hof Amsterdam (OK) 1 deccember 2010, *ARO* 2010/180 (*Dutch Megapower*). Ten elfde hof Amsterdam (OK) 21 april 2010, *ARO* 2010/66 (*Pebblestone*), waarin werd verzocht om een onderzoek bij twee vennootschappen en bij hun respectieve dochtermaatschappijen. De Ondernemingskamer overwoog dat in het licht van het een en ander de eerderbesproken tegen het beleid en de gang van zaken van de tot de Pebblestone Groep behorende vennootschappen (dat waren alle vorenbedoelde vennootschappen) gerichte bezwaren van 'onvoldoende gewicht' waren om te kunnen leiden tot het oordeel dat een onderzoek naar dat beleid en die gang van zaken geboden was. Het verzoek werd afgewezen. Het komt mij voor dat het te dezen in essentie ging om de twee moedermaatschappijen (*vide* ook r.o. 3.5). Ik kan de bezwaren niet herleiden tot de individuele dochtermaatschappijen. Voorts blijkt uit de voorliggende beschikking niet dat de Ondernemingskamer bij alle gerekestreerde vennootschappen (dat waren er acht) toetste aan de maatstaf als bedoeld in art. 2:350, eerste lid, BW. Ten twaalfde hof Amsterdam (OK) 26 juli 2011, *ARO* 2011/127 (*MacMountain*), in samenhang te lezen met hof Amsterdam (OK) 26 augustus 2011, *ARO* 2011/128 (*MacMountain)*, waartoe *m.m.* hetzelfde geldt als opgemerkt ten aanzien van de hogergenoemde *Doorzand*-beschikkingen. Ten dertiende hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *ARO* 2012/55 (*Zadeko*), waarin door een certificaathouder werd verzocht om een onderzoek bij een vennootschap en bij haar STAK (die hield een 30%-belang) – die, aldus de verzoekster, een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden en er, wat de samenstelling van hun respectieve besturen betreft, feitelijk sprake was van een personele unie – welk verzoek, op beide onderdelen, niet voor toewijzing in aanmerking kwam (*vide* r.o. 3.1-3.3). Reeds omdat ik mij focus op vennootschappen, valt deze beschikking buiten de

Het nemen van 's Ondernemingskamers *Bot Bouw*-beschikking als vertrekpunt van dit onderzoek behoeft toelichting, en wel aldus. In haar *Van Gelder en Van Os*-beschikking[326] uit 1989 overwoog (r.o. 4.2.4) de Ondernemingskamer – zonder dat zulks werd bestreden door middel van een niet-ontvankelijkheidsverweer – ten aanzien van het verzoek om, kort gezegd, mede een onderzoek te gelasten bij Van Gelder en Van Os Produktie B.V. (verweerster sub 2) en bij Van Gelder en Van Os Verkoop B.V. (verweerster sub 3), twee volle dochtermaatschappijen van Van Gelder en Van Os Beheer B.V. (verweerster sub 1), in wier geplaatste kapitaal de verzoeker 50% van de aandelen hield, dat hoewel het laten uitstrekken van het onderzoek tot de verweersters sub 2 en 3 naar haar oordeel alleszins gerechtvaardigd was, het (verzoek) zich diende te beperken tot het doen instellen van een onderzoek bij verweerster sub 1, aangezien de verzoeker slechts ten aanzien van die verweerster bevoegd was tot het op de voet van art. 2:349 BW (naar de Ondernemingskamer kennelijk bedoelde: art. 2:346, aanhef en onderdeel b, (oud) BW)[327] indienen van een verzoekschrift strekkende tot het doen instellen van een onderzoek; hij miste de bevoegdheid de Ondernemingskamer (mede) te kunnen verzoeken om het instellen

gemaakte selectie. Ten veertiende hof Amsterdam (OK) 16 juli 2013, *ARO* 2013/124 (*Erstad Den Heijhof*), waarin werd verzocht om een onderzoek bij Holding Erstad Den Heijhof B.V. en, 'voor zover het onderzoek dit vereist', bij de dochtermaatschappijen Erstad B.V. en Den Heijhof B.V. De Ondernemingskamer zag evenwel geen grond om dat laatste in te willigen (*vide* r.o. 3.11). Ten vijftiende hof Amsterdam (OK) 18 mei 2015, *ARO* 2015/138 (*Pharma Feed*), waarin werd verzocht om een onderzoek bij een vennootschap en bij een viertal vennootschappen in wier geplaatste kapitaal zij alle aandelen hield. Dit verzoek werd afgewezen, nu er voor een onderzoek 'onvoldoende aanleiding' was. Nergens werd in de onderhavige beschikking gesproken van (geen of onvoldoende) gegronde redenen voor twijfel aan de juistheid van het beleid en/of de gang van zaken van de vorenbedoelde vier vennootschappen. De (in beginsel) aanwezige gegronde reden alsmede het gebrek aan aanleiding zag, naar ik begrijp, op de eerstbedoelde vennootschap. Ten zestiende hof Amsterdam (OK) 21 mei 2015, *ARO* 2015/139 (*Proov*), in samenhang te lezen met hof Amsterdam (OK) 23 september 2015, *ARO* 2015/213 (*Proov*), waartoe *m.m.* hetzelfde geldt als opgemerkt ten aanzien van de meergenoemde *Doorzand*-beschikkingen. Ten zeventiende hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, *JOR* 2010/10, m.nt. A. Doorman (*TESN*), waarin (mede) bij wege van concern (genoten)enquête was verzocht om een onderzoek bij één vennootschap (TESN), welk verzoek, kort gezegd, stukliep op de afgeleideleer (*vide* r.o. 3.9). Ten achttiende hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, *ARO* 2018/12 (*Maja Investments*). Daarin trof de Ondernemingskamer enkel een spoedvoorziening bij de bovenliggende vennootschap, na impliciet bij haar (voorshands?) gegronde redenen te hebben vastgesteld. Een beslissing op het enquêteverzoek ben ik niet meer tegengekomen. Ten negentiende hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *NJ* 2019/134, m.red.aant., *JOR* 2018/93, m.nt. F. Eikelboom, (*Europa Leasing*), waarin een concern(genoten)enquête eveneens niet aan de orde kon komen vanwege het vastlopen op de afgeleideleer (*vide* r.o. 3.22).

326 Hof Amsterdam (OK) 19 oktober 1989, rekestnr. 28/89 OK, *NJ* 1990/372, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1990, p. 205-207, m.nt. A.F.M. Dorresteijn (*Van Gelder en Van Os*).

327 Die foutieve verwijzing naar art. 2:349 BW treffen wij ook aan in hof Amsterdam (OK) 22 maart 1990, rekestnr. 46/89, r.o. 4.1.1 (*Vertimart*); hof Amsterdam (OK) 21 januari 1993, rekestnr. 46/92, r.o. 4.2 (*Houdijker*); hof Amsterdam (OK) 16 februari 1995, rekestnr. 791/94, r.o. 5.4 (*Ras*).

van een onderzoek bij verweerster sub 2 en 3. Slechts de benoemde onderzoeker, zo vervolgde de Ondernemingskamer, kon haar ingevolge art. 2:351, tweede lid, BW verzoeken[328] hem te machtigen tot uitbreiding van het onderzoek tot de dochtermaatschappijen van verweerster sub 1.

Het voormelde versta ik in essentie aldus dat de verzoeker die geen, of onvoldoende, (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van de te enquêteren vennootschappen hield, (in ieder geval)[329] niet krachtens art. 2:346, aanhef en onderdeel b, (oud) BW bevoegd was tot het uitlokken van een enquête bij hen, maar de onderzoeker via de weg van art. 2:351, tweede lid, BW, zo lijkt de Ondernemingskamer te suggereren, (min of meer) hetzelfde resultaat kon bereiken, *quod non*.[330] Dat eerste, daar gaat het mij hier om, was tot aan de bovengenoemde beschikking inzake *Bot Bouw* vaste rechtspraak,[331] waarbij opmerking verdient dat zij

328 In hof Amsterdam (OK) 12 november 1998, rekestnr. 554/98, *Ondernemingsrecht* 1999/15, m.nt. P.G.F. A. Geerts, r.o. 4.3 (*De Zuider Ster*); hof Amsterdam (OK) 21 oktober 1999, rekestnr. 901/99, r.o. 3.2 (*Burggraaff*); hof Amsterdam (OK) 30 december 1999, rekestnr. 816/99, r.o. 4.8 (*Naaykens*); hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, rekestnr. 468/99 OK, *JOR* 2000/99, r.o. 3.11 (*Willem III*) en in hof Amsterdam (OK) 2 november 2000, *JOR* 2001/6 (*Cohere*), welke laatste beschikking, opvallend genoeg, na die inzake *Bot Bouw* was gegeven, machtigde de Ondernemingskamer de onderzoeker evenwel op voorhand. Aan deze praktijk kwam een einde met de komst van HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.8 (*Scheipar*), waarin de Hoge Raad, voor zover hier van belang en kort gezegd, overwoog dat de Ondernemingskamer niet ambtshalve, of op verzoek van een partij, een art. 2:351, tweede lid, BW-machtiging kan verlenen, maar alleen op (een met redenen omkleed) verzoek van de onderzoeker zelf.

329 Gesteld of gebleken kan zijn dat ten aanzien van de vennootschap(pen) in wier geplaatste kapitaal de verzoeker geen (certificaten van) aandelen houdt, sprake is van een geval als bedoeld in art. 2:346, aanhef en onderdeel c, (oud) BW. *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 14 september 1995, rekestnr. 446/95, r.o. 4.1.1 (*Dintelmond*).

330 *Vide* omtrent die (alternatieve) route ook Geerts 2004, *op.cit.*, p. 129-130. In hof Amsterdam (OK) 11 maart 1993, rekestnr. 57/92, r.o. 4.4-4.5 (*Alpha Milkpowders*) kwam zulks duidelijk naar voren. Daarin werd verzocht om een onderzoek bij een moedermaatschappij en bij haar 100%-dochtermaatschappij. Tegen dat laatste keerden de verweersters zich met een niet-ontvankelijkheidsverweer. De Ondernemingskamer overwoog dienaangaande dat nu de verzoeker alleen aandelen in (het geplaatste kapitaal van) de moedermaatschappij hield en niet (mede) in (dat) van haar dochtermaatschappij, hij krachtens art. 2:346 (oud) BW slechts ten aanzien van die moedermaatschappij bevoegd was een 'vordering' tot het instellen van een onderzoek in te dienen; de verzoeker miste die bevoegdheid met betrekking tot die dochtermaatschappij en moest dan ook in zoverre in zijn verzoek niet-ontvankelijk worden verklaard. Hierbij merkte de Ondernemingskamer op dat het alleszins gerechtvaardigd was het onderzoek ook tot de hier bedoelde dochtermaatschappij te laten 'uitstrekken'. Nu de verzoeker evenwel de bevoegdheid miste om 'een dergelijk onderzoek' te (kunnen) vorderen, was 'dat' slechts mogelijk indien de te benoemen onderzoeker ex art. 2:351, tweede lid, BW de Ondernemingskamer verzocht hem te machtigen tot 'uitbreiding' van het onderzoek tot de meergenoemde dochtermaatschappij.

331 *Vide* in hof Amsterdam (OK) 22 maart 1990, rekestnr. 46/89, r.o. 4.1.1 (*vide* ook r.o. 4.2.6) (*Vertimart*); hof Amsterdam (OK) 21 januari 1993, rekestnr. 46/92, r.o. 4.2 (*Houdijker*); hof Amsterdam (OK) 11 maart 1993, rekestnr. 57/92, r.o. 4.4 (*vide* ook r.o. 4.5) (*Alpha Milkpowders*); hof Amsterdam (OK) 20 oktober 1994, rekestnr. 452/94, r.o. 4.4 (*Sintelmolen*); hof Amsterdam (OK) 16 februari 1995, rekestnr. 791/94, r.o. 5.4 (*Ras*); hof Amsterdam (OK) 14 september 1995, rekestnr.

dat standpunt vóór die uitspraak (kennelijk) ook ambtshalve bleef huldigen.[332]

Een vreemde eend in de bijt was 's Ondernemingskamers *Sito Distributiecentrum*-beschikking[333] uit 1999. Daarin werd verzocht om een enquête bij Sito Distributiecentrum B.V. (hierna: Sito Distributiecentrum), Besin B.V. (hierna: Besin), Besin International B.V. (hierna: Besin International) en bij Besin Partitions B.V. (hierna: Besin Partitions). Ook werd er verzocht om onmiddellijke voorzieningen. Deze verzoeken werden separaat behandeld. Het laatstbedoelde verzoek kwam als eerste aan de orde. De verzoekster was een economisch rechthebbende op 25% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van Sito Distributiecentrum. Volgens de Ondernemingskamer was haar positie daarmee gelijk te stellen aan die van een certificaathouder. Nu niet kon worden gezegd dat zij in haar verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Sito Distributiecentrum niet-ontvankelijk zou zijn, ging de Ondernemingskamer er op de evenbedoelde grond van uit dat de verzoekster in haar verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen ontvankelijk was. Zowel bij Sito Distributiecentrum als bij Besin en bij Besin International trof de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen.

Of de verzoekster eveneens ten aanzien van laatstgenoemden in haar enquêteverzoek kon worden ontvangen, liet de Ondernemingskamer evenwel – ten

446/95, r.o. 4.1.1 (*Dintelmond*); hof Amsterdam (OK) 30 december 1999, rekestnr. 816/99, r.o. 4.3 (*Naaykens*); hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, rekestnr. 468/99, *JOR* 2000/99, r.o. 3.11 (*Willem III*). Aangenomen mag mijns inziens worden dat, in het licht van de ervoor en erna gegeven beschikkingen, hof Amsterdam (OK) 12 november 1998, rekestnr. 554/98, *Ondernemingsrecht* 1999/15, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.3 (*De Zuider Ster*), waarin de Ondernemingskamer nadat de moedermaatschappij en haar volle dochtermaatschappij hadden aangevoerd dat de verzoekster – naar kennelijk werd bedoeld: in haar enquêteverzoek voor zover dat gericht was op laatstgenoemde – niet-ontvankelijk was, overwoog dat dat verweer op zichzelf doel trof, ook in dat rijtje thuishoort. *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 21 oktober 1999, rekestnr. 901/99, r.o. 3.1-3.2 (*Burggraaff*), waarin werd verzocht om een onderzoek bij Burggraaff Beheer B.V. en bij haar dochtermaatschappijen, de Ondernemingskamer louter een onderzoek bij eerstgenoemde beval, zij de onderzoeker – op voorhand – een art. 2:351, tweede lid, BW-machtiging verleende ten aanzien van laatstbedoelden en van de (niet-)ontvankelijkheid van de verzoeker(s) te hunnen aanzien met geen woord repte. *Cf.* hof Amsterdam (OK) 16 maart 2000, rekestnr. 1065/99, r.o. 4.4 (*Bungalowpark Het Grootslag*), waarin een aantal leden van de coöperatieve vereniging Coöperatief Bungalowpark Het Groorslag U. A. verzochten om een onderzoek bij zowel deze als bij haar 100%-dochtermaatschappij Facilitairbedrijf Andijk B.V. De Ondernemingskamer verklaarde hen echter niet-ontvankelijk in hun verzoek voor zover dat gericht was op die vennootschap, aangezien zij te haren aanzien niet voldeden aan de vereisten van art. 2:346 (oud) BW.

332 *Vide* hof Amsterdam (OK) 21 januari 1993, rekestnr. 46/92, onder 1 ('Het geding') alsmede wijs ik op r.o. 3.1-3.2 en 4.3 (*Houdijker*); hof Amsterdam (OK) 20 oktober 1994, rekestnr. 452/94, r.o. 1.2 (*Sintelmolen*); hof Amsterdam (OK) 16 februari 1995, rekestnr. 791/94, r.o. 3.2.1-3.2.6 en 4.1-4.3 (*Ras*); hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, rekestnr. 468/99, *JOR* 2000/99 (*Willem III*). Hierbij hoort, naar het lijkt, ook hof Amsterdam (OK) 30 december 1999, rekestnr. 816/99, r.o. 4.2-4.4 (*Naaykens*).

333 Hof Amsterdam (OK) 9 december 1999, rekestnr. 1054/99, *JOR* 2000/33, *Ondernemingsrecht* 2000/28, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Sito Distributiecentrum*).

onrechte – in het midden.[334] Uit haar beschikking blijkt niet, ook niet impliciet, dat de verzoekster (mede) een (economisch) aandeelhouder, of een certificaathouder, van de andere te enquêteren vennootschappen dan Sito Distributiecentrum was. Evenmin blijkt daaruit dat aan haar bij de statuten van, of bij een overeenkomst met, hen de enquêtebevoegdheid was toegekend (*vide* art. 2:346, aanhef en onderdeel c, (oud) BW). Ik ga er daarom veronderstellenderwijs van uit dat de verzoekster geen (certificaten van) aandelen, of een economisch belang daarbij, in het geplaatste kapitaal van Besin, Besin International en Besin Partition hield en dat aan haar ook niet in voege als hiervoor bedoeld de enquêtebevoegdheid was toegekend. Gelet hierop dat de Ondernemingskamer de gezamenlijke gerekestreerde vennootschappen (mede) aanduidde als de 'Besin-Groep', alsook in aanmerking nemende dat er bij Sito Distributiecentrum een persoon tot commissaris werd benoemd die belast werd met het toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de Besin-Groep, hetgeen in samenhang moet worden gelezen met de impasse binnen de leiding van die groep, ga ik er (voorts) veronderstellenderwijs van uit dat Sito Distributiecentrum als moedermaatschappij van deze groep fungeerde. Aldus beschouwd was te dezen sprake van een enquêteverzoek zoals dat ook voorkwam in de OK-rechtspraak van vóór de onderhavige beschikking, namelijk dat de verzoek(st)er niet alleen verzoeken op moederniveau deed, maar ook op dochterniveau, dit in weerwil hiervan dat hij (zij) in het geplaatste kapitaal van de dochtermaatschappij geen (certificaten van) aandelen hield en van een geval als bedoeld in art. 2:346, aanhef en onderdeel c, (oud) BW (kennelijk) geen sprake was.

Een beslissing op het verzoek om een onderzoek is er, althans bij mijn weten, niet meer gekomen. Het blijft daarom gissen hoe in de voorliggende uitspraak het oordeel van de Ondernemingskamer op het punt van de art. 2:346 BW-ontvankelijkheid ten aanzien van Besin, Besin International en Besin Partitions zou luiden. Men kan twee kanten op redeneren, waarbij ik er gemakshalve van uitga dat zij niet om de ontvankelijkheidsvraag heen zou schrijven.[335] Enerzijds zou men kunnen betogen dat nu blijkens art. 2:349a, tweede lid, BW, waarin, voor zover hier van belang, stond – en staat – dat de Ondernemingskamer op verzoek van 'de indieners van het in artikel [2:] 345 [BW] bedoelde verzoek', hetwelk men in samenhang moet lezen met het bepaalde in art. 2:346 BW, onmiddellijke voorzieningen kon – en kan – treffen, het verzoek om

334 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 29 maart 2001, rekestnr. 306/2001 (*Incore*). Daarin werd verzocht om het treffen van onmiddellijke voorzieningen bij een moedermaatschappij en bij haar volle dochetrmaatschappij. Dit – separaat behandelde – verzoek werd door de Ondernemingskamer gehonoreerd. Anders dan in de *Sito Distributiecentrum*-beschikking, lezen wij in de onderhavige beschikking dat naar haar voorlopige oordeel de verzoekers in hun verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de 'verweersters' ontvankelijk waren, reden waarom zij ook ontvankelijk waren in hun verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

335 Bij tijd en wijle beoordeelt de Ondernemingskamer eerst of er gegronde redenen in de zin van art. 2:350, eerste lid, BW aanwezig zijn om vervolgens, bij gebreke daarvan, het verzoek af te wijzen, bij welke stand van zaken een formele beoordeling van het verzoek niet meer van node is, terwijl, strikt genomen, de volgorde net andersom is.

onmiddellijke voorzieningen was – en is – gekoppeld aan het – bevoegdelijk gedane – verzoek om een onderzoek, waardoor het eerstbedoelde verzoek niet voor toewijzing in aanmerking kon – en kan – komen indien (voorshands) niet mede het laatstbedoelde verzoek voor toewijzing in aanmerking kon – en kan – komen,[336] het, mede in het licht hiervan dat zij verstond dat er gegronde redenen waren om te twijfelen aan de juistheid van het beleid van alle (vier) verweersters, in de rede zou liggen dat de Ondernemingskamer de verzoekster (in ieder geval) ontvankelijk zou verklaren in haar op de eerdergenoemde vennootschappen gerichte enquêteverzoek.[337]

Anderzijds zou men kunnen betogen dat het níét voor de hand zou liggen dat de verzoekster daarin zou kunnen worden ontvangen, omdat uit haar (bestendige) rechtspraak van vóór de *Sito Distributiecentrum*-beschikking steevast volgde dat de op, kort gezegd, onderliggende vennootschappen gerichte enquêteverzoeken niet voor toewijzing in aanmerking konden komen. Exemplarisch in dit verband is 's Ondernemingskamers – vóór *Sito Distributiecentrum*-beschikking gegeven – beschikking inzake *Dintelmond Vastgoed*.[338] Daarin werd, onder meer, verzocht om het treffen van, kennelijk, onmiddellijke voorzieningen bij Jachtcentrum Dintelmond B.V. (hierna: Jachtcentrum), waarvan Dintelmond Vastgoed B.V., in wier geplaatste kapitaal de verzoekers aandelen hielden, enig aandeelhouder was. De Ondernemingskamer overwoog (*vide* r.o. 4.1.1), voor zover hier van belang, dat ten aanzien van Jachtcentrum de verzoekers de bevoegdheid misten een verzoek als het onderhavige in te dienen; zij hielden geen aandelen in (het geplaatste kapitaal van) die vennootschap, laat staan het krachtens art. 2:346 BW vereiste, en niet gebleken was dat hun die bevoegdheid bij de statuten van of bij een overeenkomst met die vennootschap was

336 *Vide* daaromtrent ook Geerts 2004, *op. cit.*, *para* 5.2.1.

337 Naar mijn opvatting dient de ontvankelijkheidsbeslissing in het kader van de behandeling van het verzoek om onmiddellijke voorzieningen in beginsel gelijkluidend te zijn aan die in het kader van de behandeling van het verzoek om een enquête. In de regel zal het gaan om de vraag of een verzoeker uit hoofde van art. 2:346, eerste lid, BW enquêtegerechtigd is (los van art. 2:344 BW, leiden andere ontvankelijkheidskwesties, zoals art. 2:349, eerste lid, BW, namelijk bijna nooit ertoe dat de verzoeker niet in zijn verzoek(en) kan worden ontvangen). Wij raken daarmee aan een fundamentele vraag. De Ondernemingskamer moet zich daar dan ook al tijdens de eerstbedoelde behandeling van vergewissen. Doet zij dat niet en blijkt bij een nadere beoordeling van de ontvankelijkheid dat de verzoeker niet in zijn verzoek kan – en kon – worden ontvangen, dan hadden de spoedvoorzieningen namelijk nooit getroffen mogen worden. Van een andere orde is mijns inziens de gegronde redenentoets. Dat is een materiële beoordeling. Deze kan vóór en na het treffen van de spoedvoorzieningen anders uitvallen, nu die voorzieningen de gegronde redenen zouden kunnen opheffen, zodat de beoordeling van de vraag of daarvan (nog steeds) sprake is, in het kader van de behandeling van het enquêteverzoek anders kan uitvallen dan die in het kader van de behandeling van het verzoek om onmiddellijke voorzieningen. Zulk is nou eenmaal inherent aan de mogelijkheid om het verzoek om onmiddellijke voorzieningen separaat te behandelen. Het gevolg is in deze situatie (*i.e.* het treffen van spoedvoorzieningen die de gegronde redenen opheffen) niet dat het verzoek nooit voor toewijzing in aanmerking had mogen komen, maar dat het verzoek wordt afgewezen. *Vide* ook de noot, onder 3, van Geerts bij hof Amsterdam (OK) 9 december 1999, rekestnr. 1054/99, *JOR* 2000/33, *Ondernemingsrecht* 2000/28, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Sito Distributiecentrum*).

338 Hof Amsterdam (OK) 14 september 1995, rekestnr. 446/95 (*Dintelmond*).

verleend. De verzoekers konden daarom niet worden ontvangen in hun verzoek voor zover dat '(een onmiddellijke voorziening als bedoeld in artikel 2:349a BW ten aanzien van) Jachtcentrum' betrof. Hierbij voegt zich dat in de periode tussen het geven van haar *Sito Distributiecentrum*-beschikking en haar *Bot Bouw*-beschikking de Ondernemingskamer dezelfde koers is blijven varen; in haar beschikkingen inzake *Naaykens* en *Willem III* overwoog zij immers dat de verzoekster ten aanzien van een 100%-dochtervennootschap respectievelijk 'alle met verweersters nauw verbonden rechtspersonen en/of vennootschappen in de zin van artikel 2:351 lid 2 BW' niet aan de in art. 2:346 BW gestelde eisen voldeed, zodat het enquêteverzoek in zoverre niet voor toewijzing vatbaar was.[339]

In haar *Bot Bouw*-beschikking[340] veranderde de Ondernemingskamer echter van koers, zij ging om.[341] Er werd haar verzocht om het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Bot Bouw Groep, waarvan de verzoekers aandeelhouders waren, en van, voor zover noodzakelijk, de met deze verbonden vennootschappen, waarmee kennelijk werd bedoeld Bot Bouw, Bot Bouw Initiatief, Wormerveer en Stammerdijk o.g. (*vide* r.o. 1.1 *iuncto* r.o. 2.1), haar (kennelijk) 100%-dochtermaatschappijen.[342] Ten aanzien van deze wierp Bot Bouw Groep – onder verwijzing naar het bepaalde in art. 2:351, tweede lid, BW, houdende dat, zo lezen wij in de voorliggende beschikking, een verderstrekkend onderzoek dan dat ter zake van het beleid en de gang van zaken van de gerekestreerde vennootschap (dat was, ten onrechte, alleen Bot Bouw Groep) slechts kon worden verleend op verzoek van de door de Ondernemingskamer benoemde personen en op een wijze als in dat artikel bepaald – een op niet-ontvankelijkheid gericht verweer op (*vide* r.o. 4.4). Dit verweer werd echter, naar in 's Ondernemingskamers beschikking besloten ligt (*vide* r.o. 4.5-4.7), verworpen. Een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van zowel Bot Bouw Groep als haar hogergenoemde 100%-dochtermaatschappijen werd bevolen. Dat de verzoekers in het geplaatste kapitaal van laatstgenoemden geen aandelen hielden, stond daar kennelijk niet langer (zonder meer) aan in de weg.

---

339 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 december 1999, rekestnr. 816/99, r.o. 4.3 (*Naaykens*); hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, rekestnr. 468/99, *JOR* 2000/99, r.o. 3.11 (*Willem III*).

340 Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*).

341 Evenzo, naar ik begrijp, Geerts 2004, *op. cit.*, p. 125, alwaar hij schreef dat de Ondernemingskamer uiteindelijk is omgegaan en dat zij de beslissende stap naar een concernrechtelijke uitleg van de enquêtebevoegdheid van kapitaalverschaffers heeft gezet in haar *Bot Bouw*-beschikking. *Vide* ook zijn noot, onder 1 (bovenaan), bij hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*), waarin hij opmerkte dat dat de eerste beschikking is waarin de Ondernemingskamer een 'aandeelhouders-concernonderzoek' heeft toegewezen.

342 Dat zij alle volle dochtermaatschappijen van Bot Bouw Groep waren, veronderstel ik op grond van r.o. 2.1. Geerts kennelijk ook; *vide* zijn noot (onder het kopje 'Feiten') bij hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*).

Sedertdien werden – en worden – er vaker door aandeel- of certificaathouders bij (mede) vennootschappen in wier geplaatste kapitaal zij geen (certificaten van) aandelen houden, uitgelokte enquêtes toegewezen, althans worden zij in hun daartoe strekkend verzoek, voor zover het hun bevoegdheid betreft, ontvankelijk verklaard, gelijk eerder al gebeurde ter zake van uit hoofde van art. 2:347 BW ingediende enquêteverzoeken zijdens verenigingen van werknemers.[343] Vandaar dat in dit onderzoek de hogergenoemde beschikking als vertrekpunt wordt genomen.

7.2.2 Enquêteverzoekers

In deze paragraaf zal ik – aan de hand van de (vooraf) door mij geselecteerde beschikkingen –[344] inventariseren welke soorten verzoekers de Ondernemingskamer (mede) hebben verzocht om het benoemen van een of meer personen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van 'hun' vennootschap(pen) en van een of meer daaronder hangende vennootschappen in wier geplaatste kapitaal zij geen (certificaten van) aandelen houden.

Het leeuwendeel van die beschikkingen bestaat hieruit dat aandeelhouders, hetzij alleen, hetzij gezamenlijk, hebben verzocht om een enquête als bovenbedoeld. Een aanzienlijk kleiner deel daarvan bestaat uit verzoeken die op initiatief van certificaathouders, hetzij alleen, hetzij gezamenlijk, zijn ingediend.[345]

In de *Fuhler*-beschikking was de verzoekster, die bij twee staken van vennootschappen om een enquête verzocht, zowel aandeelhouder als certificaathouder.[346]

---

343 *Vide* hof Amsterdam (OK) 17 maart 1994, rekestnr. 67/94, *TVVS* 1994, p. 164-166, m.nt. Th.S. IJsselmuiden, r.o. 5.1 *iuncto* r.o. 4.1 (*Janssen Pers*); hof Amsterdam (OK) 10 september 1999, *JOR* 1999/228, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 1999/84, m.nt. M.L. Lennarts en P.G.F.A. Geerts, r.o. 2.1-2.2 (*IJsselwerf*).

344 *Vide* voetnoot 312 *supra*.

345 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129 (*Mali Zevenaar*); hof Amsterdam (OK) 27 juni 2003, *ARO* 2003/113 (*Johnny Hoes*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180 (*FazandtGroep*); hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*); hof Amsterdam (OK) 16 juli 2010, *ARO* 2010/112 (*Boon*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2011, *ARO* 2012/6 (*Hein Schilder*); hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98 (*RVDD*); hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO* 2012/119 (*Pierson & Pierson*); hof Amsterdam (OK) 3 september 2012, *ARO* 2012/130 (*Pebblestone*); hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO* 2014/60 (*S&R*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171 (*Phanos Reit*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/50 (*IHP*); hof Amsterdam (OK) 28 maart 2018, *ARO* 2018/108 (*Baars*); hof Amsterdam (OK) 28 november 2018, *ARO* 2019/32 (*RAB*); hof Amsterdam (OK) 4 december 2018, *ARO* 2019/41 (*Korsten*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/83 (*Treffers*).

346 Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO* 2014/61 (*Fuhler*).

Een andere noemenswaardige beschikking betreft die inzake *SNS*, waarin de verzoekers ten tijde van de indiening van hun enquêteverzoek ten gevolge van onteigening in het geplaatste kapitaal van SNS Reaal N.V. geen aandelen meer hielden.[347] Voorts kan gewezen worden op de *WiSH IP*-beschikking,[348] waarin door OKami en WE Projects gezamenlijk werd verzocht om, kort gezegd en voor zover hier van belang, een onderzoek bij WiSH IP, WE Projects en bij SK Projects. OKami was een 50%-aandeelhouder van WiSH IP, die, op haar beurt, een 100%-aandeelhouder van WE Projects zowel als van SK Projects was. Gelet hierop, versta ik het evenbedoelde verzoek aldus dat voor zover het was gedaan door OKami het er slechts toe strekte een onderzoek te gelasten bij WiSH IP alsook bij SK Projects en voor zover het was gedaan door WE Projects het er slechts toe strekte een onderzoek te gelasten bij haarzelf, en niet ook, zijwaarts, bij SK Projects en, opwaarts, bij WiSH IP. Vermeldenswaardig is ook de *De Jong*-beschikking, waarin een vereffenaar het verzoek deed.[349] In de *JBNT*-beschikking werd het verzoek gedaan door een deelgenoot in een ontbonden, onverdeelde huwelijksgoederengemeenschap – waarvan de aandelen deel uitmaakten – waartoe werd overwogen dat, kort gezegd, de verzoekster gelijk kon worden gesteld aan een aandeelhouder en uit dien hoofde bevoegd werd geacht.[350] Overigens noem ik de *Lap*-beschikking, waarin het concerngenotenenquêteverzoek door een erfgenaam van de overleden aandeelhouder werd gedaan.[351]

7.2.3 Enquêtesubjecten

In deze paragraaf zal ik – aan de hand van de (vooraf) door mij geselecteerde beschikkingen –[352] inventariseren bij welke soorten vennootschappen de verzoekers enquêtes hebben uitgelokt, het aantal vennootschappen dat per beschikking wordt geënquêteerd, en uit hoeveel lagen (*tiers*) de concernstructuren bestaan.

De bulk van die beschikkingen – het zal, me dunkt, geen verbazing wekken – bestaat uit enquêteverzoeken die gericht zijn op besloten vennootschappen. In de beschikkingen inzake *Callas*,[353] *Landis*,[354] *ABN AMRO*,[355] *MEI*,[356] *Callas*,[357]

347 Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink (*SNS*).
348 Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO* 2017/51 (*WiSH IP*).
349 Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/85 (*De Jong*).
350 Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, *ARO* 2019/29, r.o. 3.8 (*JBNT*).
351 Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84, r.o. 1.1-1.2 *iuncto* r.o. 2.3 (*Lap*).
352 *Vide* voetnoot 312 *supra*.
353 Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60 (*Callas*).
354 Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*).
355 Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, m.nt. M.P. Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht* 2007/103, m.nt. M.J. van Ginneken (*ABN AMRO*) en hof Amsterdam (OK) 17 april 2008, *JOR* 2008/157, m.nt. A. Doorman (*ABN AMRO*).
356 Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33 (*MEI*).
357 Hof Amsterdam (OK) 1 juni 2012, *ARO* 2012/82 (*Callas*).

Phanos Reit,[358] *SNS*[359] en in *RTC*[360] ging het daarentegen (mede) op een of meer naamloze vennootschappen gerichte enquêteverzoeken. Onderzoeken zijn echter slechts bevolen in de eerst-, tweede-, vierde-, zesde- en in de achtstbedoelde beschikking.[361]

In het gros van de (geselecteerde) beschikkingen heeft de Ondernemingskamer een onderzoek gelast bij twee of drie vennootschappen (bv's en/of nv's). Daarnaast zijn er beschikkingen waarin het om een groter aantal te enquêteren vennootschappen gaat. Zo heeft de Ondernemingskamer in haar beschikkingen inzake *Pool*, *Kalf-Valk*, *MEI*, *Jimm*, *Readen Retail* en *Steelframe* onderzoeken bevolen bij een viertal vennootschappen.[362] Bovendien heeft zij in haar beschikkingen inzake *Bot Bouw*, *Tactron*, *BKV*, *Proxy*, *Thermen*, *DPS* en *Roessen & Roessen* onderzoeken bevolen bij een vijftal vennootschappen.[363] Voorts heeft zij in haar beschikkingen inzake *Dodo* en *Hartevelt* onderzoeken bevolen bij een zestal vennootschappen.[364]

358 Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171 (*Phanos Reit*). In het hoofd van deze beschikking, evenals in dat van hof Amsterdam (OK) 3 december 2014, *ARO* 2015/29 (*Phanos Reit*), welke buiten mijn selectie is gevallen, worden als verweersters genoemd Phanos Reit N.V., Phanos Fund I N.V. en Phanos Fund II N.V., terwijl blijkens het dictum van de eerstbedoelde beschikking laatstgenoemden bv's zijn. Voorts wordt in het in r.o. 2.20 geciteerde gesproken van drie nv's, terwijl in r.o. 2.13 aangaande de aandeelhoudersstructuur per 24 mei 2012 er wordt gesproken van twee nv's en één bv.

359 Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink (*SNS*).

360 Hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191 (*RTC*).

361 *Vide* hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33 (*MEI*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171 (*Phanos Reit*); hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191 (*RTC*).

362 *Vide* hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8 (*Pool*); hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53 (*Kalf-Valk*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33 (*MEI*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127 (*Jimm*); hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5 (*Readen Retail*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*).

363 *Vide* hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*); hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*); hof Amstedam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82 (*Proxy*); hof Amsterdam (OK) 17 januari 2013, *ARO* 2013/26 (*Thermen*); hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70 (*DPS*); hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128 (*Roessen & Roessen*). In de tweedegenoemde beschikking beval de Ondernemingskamer een onderzoek bij Tactron Holding B.V. en bij de dochtervennootschappen in wier geplaatste kapitaal zij alle aandelen hield. Ik ga er veronderstellenderwijs van uit dat de Ondernemingskamer doelde op de in r.o. 2.1 genoemde vennootschappen met uitzondering van Rocap Uitzendbureau B.V., nu de vennootschap haar aandelen in het geplaatste kapitaal van de die vennootschap had overgedragen aan een derde (*vide* r.o. 2.3).

364 *Vide* hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*). In de laatstgenoemde beschikking beval de Ondernemingskamer een onderzoek bij Hartevelt Holding B.V. en de met haar verbonden vennootschappen. Ik ga er veronderstellenderwijs van uit dat zij daarmee doelde op de (klein)dochtervennootschappen als genoemd in r.o. 2.1.

Daarnaast heeft zij in haar beschikkingen inzake *Easy World Airline*, *BHC* en *Fuhler* onderzoeken bevolen bij een zevental vennootschappen.[365] Tevens heeft zij in haar beschikkingen inzake *Janson* en *Euroyal* onderzoeken bevolen bij een achttal vennootschappen.[366]

Alle geselecteerde beschikkingen hebben (mede) met elkaar gemeen dat er ten aanzien van (een deel van) de te enquêteren vennootschappen sprake was van een *multi-tiered* concernstructuur. Hoofdzakelijk ging het om *two-tiered* concernstructuren. Zulks sluit aan bij 's Hogen Raads *Landis*-beschikking, waarin hij, voor zover hier van belang, overwoog dat de Ondernemingskamer met juistheid had overwogen dat bepaalde aandeelhouders van Landis ook enquêtebevoegd waren ter zake van haar drie 100%-dochtermaatschappijen (eveneens tweelagig, dus).[367] Niettemin heeft de Ondernemingskamer zowel ervoor als erna óók enkele – toewijzende – beschikkingen gegeven waarin sprake was van *three-tiered* concernstructuren.[368] In haar

365 *Vide* hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 8 januari 2013, *ARO* 2013/24 (*BHC*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO* 2014/61 (*Fuhler*). In de laatstgenoemde beschikking beval de Ondernemingskamer een onderzoek bij tien vennootschappen, maar die waren verdeeld over twee staken. Een daarvan bestond uit drie vennootschappen en de andere, hier van belang zijnde, bestond uit zeven vennootschappen.

366 Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*). Let wel: in het dictum hiervan staan elf vennootschappen vermeld, maar dat komt omdat een aandeelhouder bij wijze van zelfstandig verzoek de Ondernemingskamer had verzocht een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van – louter – de elfde vennootschap, C.A.E. Nederland B.V., die onderscheiden moet worden van de Euroyal-vennootschappen. Wat de tien andere gerekestreerde vennootschappen betreft, hangen er onder twee gerekestreerde vennootschappen, Euroyal Properties B.V. en Foresight and Order B.V., geen (medegerekestreerde) vennootschappen; enkel Euroyal B.V. heeft onderliggende (medegerekestreerde) vennootschappen, en wel zeven stuks. Nu ik mij niet richt op enkelvoudige vennootschappen maar op meerlagige concernstructuren, heb ik alleen deze, in totaal acht, vennootschappen meegenomen.

367 *Vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).

368 *Vide* hof Amsterdam (OK) 20 juli 2000, rekestnr. 592/2000, r.o. 2.1 (*Nedco*); hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 2.1-2.2 (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72, r.o. 1.4 (*Punching*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172, r.o. 2.1 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO* 2014/61, r.o. 2.1 (*Fuhler*); hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64, r.o. 2.4 (*Plat Edam*); hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165, r.o. 2.1 (*Clifden*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2017, *ARO* 2017/104, r.o. 2.15 (*New Company Investments*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2019, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84 (*Lap*). Hierover maak ik de volgende opmerkingen. In al deze beschikkingen werd – op drie niveaus – een onderzoek bevolen, behalve in de beschikking inzake *Punching*. Wel werden daarin onmiddellijke voorzieningen getroffen, zulks eveneens op drie niveaus. Ten tweede was in de *Fuhler*-beschikking sprake van twee staken van vennootschappen met ieder drie niveaus. Ten derde wijs ik erop dat in de *Janson*-beschikking een vierde niveau kan worden aangewezen (*vide* r.o. 2.3), maar het verzoek op dat niveau niet voor toewijzing vatbaar was (*vide* r.o. 3.9). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98 (*RVDD*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/181 (*Eshuis*). In deze twee zaken werd, al dan niet bij wijze van zelfstandig verzoek, verzocht om

Meijbon-beschikking verklaarde zij de verzoekster zelfs ontvankelijk in haar verzoek om een onderzoek bij vijf vennootschappen die tezamen een *four-tiered* concernstructuur vormden.[369]

Een beschikking waarin een verzoeker niet in zijn verzoek om een onderzoek bij een groep vennootschappen met een *multi-tiered* structuur, voor zover dat (mede) gericht was op de vennootschap(pen) die (tezamen) de onderste *tier(s)* vormde(n), kon worden ontvangen om de rechtstreeks hiermee verband houdende reden dat er te veel (vennootschappelijke) *tiers* zaten tussen de bovenste *tier*, bestaande uit de te enquêteren vennootschap in wier geplaatste kapitaal de verzoeker (certificaten van) aandelen houdt, en de onderste *tier*, bestaande uit een of meer onderliggende te enquêteren vennootschappen in wier geplaatste kapitaal de verzoeker geen (certificaten van) aandelen houdt, ben ik niet tegengekomen. Waar de Ondernemingskamer de grens trekt qua het maximum aantal *tiers* van vennootschappen ten aanzien waarvan de verzoeker een enquête kan uitlokken zonder dat zijn verzoek in het licht van art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW ten dele op de ontvankelijkheid sneuvelt, valt dan ook niet te zeggen. Een op vier *tiers* gericht verzoek heeft zij in ieder geval gesanctioneerd (*vide supra*).

Overigens is vermeldenswaardig de *RAB*-beschikking.[370] Daarin werd namelijk verzocht om een onderzoek bij de bovenliggende vennootschap (RAB) en haar – indirecte – 50%-deelneming Cheops. Het bijzondere aan (het verzoek in) deze beschikking is hierin gelegen dat gewoonlijk ook een eventuele tussenliggende

een onderzoek bij een aantal vennootschappen dat (eveneens) tezamen een *three-tiered* concernstructuur vormde (*vide* r.o. 1.3 en 2.1 respectievelijk r.o. 1.2, 1.5 en 2.1). Deze verzoeken kwamen evenwel, voor zover zij zagen op de onderliggende vennootschappen (2e en 3e tier), niet voor honorering in aanmerking; deze sneuvelden op de ontvankelijkheid. *Vide* buitendien hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink (*SNS*). Daarin werd verzocht om een onderzoek bij SNS Reaal N.V., SNS Bank N.V. en bij Propertize B.V., welke vennootschappen tezamen drie lagen vormden (*vide* r.o. 2.4.-2.5). Voor zover het verzoek gericht was op Propertize B.V., verklaarde de Ondernemingskamer de verzoekers daarin echter niet-ontvankelijk. Saillant detail is dat (ruim) vóór de indiening van het enquêteverzoek, SNS Bank N.V. de aandelen in het geplaatste kapitaal van voornoemde al had overgedragen aan een derde (*vide* r.o. 1.2 en 2.5). *Vide* tevens hof Amsterdam (OK) 4 juli 2013, *ARO* 2013/120 (*Slotervaartziekenhuis*), waarin drie verzoekers de Ondernemingskamer verzochten om, *inter alia*, het gelasten van een onderzoek naar, voor zover hier van belang, het beleid en de gang van zaken van Jeemer B.V., Meromi Holding B.V., Parkrand B.V. en Slotervaartziekenhuis B.V., welke verweersters (aanvankelijk) tezamen een *three-tiered* structuur vormden; *vide* het in Assinks noot (p. 733) opgenomen (verhelderende) schema bij HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten, *AA* 2014/10, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2014/109, m.nt. P. Haas (*Slotervaartziekenhuis*), alsmede zij verwezen naar r.o. 1.2, 2.4, 2.6 en 2.11 van de OK-beschikking. De Ondernemingskamer verklaarde (i) de verzoekers niet-ontvankelijk in hun verzoek voor zover dat ertoe strekte een onderzoek te gelasten bij Slotervaartziekenhuis B.V. en Parkrand B.V. en (ii) twee (van de drie) verzoekers niet-ontvankelijk in hun verzoek voor zover dat ertoe strekte een onderzoek te gelasten bij A2 Antwoordservice B.V. en Meromi Holding B.V.

369 *Vide* hof Amsterdam (OK) 13 mei 2016, *ARO* 2016/139, r.o. 2.1 en 3.3 (*Meijbon*). Het verzoek werd evenwel afgewezen.

370 Hof Amsterdam (OK) 28 november 2018, *ARO* 2019/32 (*RAB*).

vennootschap in de enquête wordt betrokken. Het vorendoelde verzoek liep vast op de ontvankelijkheid.

7.2.4 Percentages (certificaten van) aandelen

In haar *Landis*-beschikking beval de Ondernemingskamer een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van niet alleen de moedermaatschappij, maar ook van haar drie 100%-dochtermaatschappijen. In de daaropvolgende cassatiebeschikking spitste de Hoge Raad zijn oordeel toe op zulke dochtermaatschappijen en overwoog hij (dan ook) dat, voor zover hier van belang en kort gezegd, de Ondernemingskamer, gelet op het een en ander, met juistheid had geoordeeld dat de verzoekers als aandeelhouders van de moedermaatschappij mede enquêtebevoegd waren ten aanzien van dié dochtermaatschappijen.[371]

Deze beschikking is gegeven op 4 februari 2005. De door de Ondernemingskamer daarvoor en daarna gegeven beschikkingen die door mij zijn geselecteerd,[372] betreffen, voor zover valt na te gaan,[373] grotendeels beschikkingen waarin (mede) onderzoeken werden bevolen bij, of de verzoekers (kennelijk) – zonder dat zulks tot een onderzoeksbevel leidde – geheel of ten dele (mede) in hun verzoeken konden worden ontvangen voor zover die gericht waren op, een of meer onderliggende vennootschappen in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap, waarvan

371 *Vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.2 en 3.3.4-3.3.5 (*Landis*).

372 *Vide* voetnoot 312 *supra*.

373 In hof Amsterdam (OK) 20 juli 2000, rekestnr. 592/2000, r.o. 2.1 (*Nedco*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150, r.o. 2.1 (*Curamedical*); hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72, r.o. 1.4 (*Punching*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/46, r.o. 2.3 (*ITpreneurs*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, m.nt. M.P. Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht* 2007/103, m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 2.1 (*ABN AMRO*); hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53, r.o. 2.2 (*Kalf-Valk*); hof Amsterdam (OK) 16 juli 2010, *ARO* 2010/112, r.o. 2.1 (*Boon*) en in hof Amsterdam (OK) 12 december 2013, *ARO* 2014/6, r.o. 2.1 (*Three Ships*) lezen wij respectievelijk '(klein)dochtervennootschap', 'Holding is de houdstervennootschap van Curamedical', 'dat het onderzoek ook betrekking heeft op de dochtervennootschap van Punching (…) alsmede op de beide dochtervennootschappen van Stanstechniek Beheer', 'ITPB heeft vervolgens (…) ITPN opgericht en op haar beurt ter storting op de door haar genomen aandelen in ITPN de door haar in stand gehouden onderneming in ITPN ingebracht. Aldus is ITPB als houdstervennootschap gaan fungeren', 'ABN AMRO Holding is de tophoudstervennootschap (…). ABN AMRO Bank is een van haar dochtervennootschappen', Kalf Beheer houdt een onderneming in stand waarvan de werkzaamheden uitsluitend bestaan uit het houden van aandelen in haar dochtervennootschappen', 'Holding is tevens de houdstervennootschap van B-T (…) en van Braam' en 'TSE en Columbuszijn (…) opgericht als moeder- en dochtervennootschap'. Een aandelenpercentage wordt in deze beschikkingen niet genoemd. Ik veronderstel dat het daarin eveneens ging om 100%-(klein)dochtermaatschappijen.

de verzoekers houders van (certificaten van) aandelen waren, (in)direct 100% van de aandelen hield,[374] hetgeen in lijn is met het voorgaande.

Niettemin heeft de Ondernemingskamer zowel vóór als na 's Hogen Raads beschikking inzake *Landis* ook beschikkingen gegeven waarin sprake was van een kleiner aandelenpercentage. Regarderende de eerstbedoelde periode, noem ik haar *Easy World Airline*-beschikking, waarin zij desverzocht (mede) een onderzoek gelastte bij een vennootschap in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekers aandeelhouders waren, 70% van de aandelen hield.[375] Voorts kan worden gewezen op haar *Callas*-beschikking, waarin zij desverzocht (mede) een onderzoek beval bij een vennootschap in wier geplaatste kapitaal twee vennootschappen, waarvan de verzoekster aandeelhouder was, tezamen 90% van de aandelen hielden.[376]

Wat betreft de laatstbedoelde periode, is vermeldenswaardig de *Euroyal*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer desverzocht een onderzoek beval bij een vennootschap in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekster aandeelhouder was, 70% van de aandelen hield,[377] alsmede strekte dat onderzoek zich uit, maar was daartoe niet beperkt, tot drie 50%-vennootschappen en twee 66,7%-vennootschappen van haar.[378] In haar *Roessen & Roessen*-beschikking was eveneens sprake van een vennootschap als de twee laatstbedoelden.[379] Bovendien is noemenswaardig haar *Knapen*-beschikking, waarin zij desverzocht (mede) een onmiddellijke voorziening trof ten aanzien van een vennootschap in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekster aandeelhouder was, 70% van de aandelen hield.[380] Tevens mag niet onvermeld blijven de *BKV*-beschikking, waarin zij desverzocht (mede) een onderzoek beval bij een vennootschap in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoeksters beide

374 Daartoe reken ik ook hof Amsterdam (OK) 31 januari 2019, *ARO* 2019/73 (*Monmar*), waarin Monmar B.V., de topvennootschap, 18.000 aandelen in het geplaatste kapitaal van MAM's Kinderopvang B.V. hield en de twee 50%-aandeelhouders van Monmar in dat kapitaal elk 1 aandeel hielden; *vide* r.o. 2.1-2.2.

375 *Vide* hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8, r.o. 2.6, 3.1 en 3.6 (*Easy World Airline*).

376 *Vide* hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60, r.o. 2.3-2.5 en 3.5-3.6 (*Calas*).

377 In hof Amsterdam (OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*) hield de bovenliggende vennootschap eveneens 70% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van een onderliggende vennootschap, maar daarnaast hield de verzoekster een 10%-belang daarin (*vide* r.o. 2.2), zodat zij haar enquêtebevoegdheid ten aanzien van die vennootschap rechtstreeks op art. 2:346 BW kon stoelen, reden waarom ik in zoverre die beschikking buiten beschouwing heb gelaten.

378 *Vide* hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59, r.o. 2.2 en 3.7 (*Euroyal*). Euroyal B.V. had ook een 100%-dochtermaatschappij, Euroyal Invest B.V., naar wier beleid en gang van zaken eveneens (desverzocht) een onderzoek werd bevolen. Voorts werd er een onderzoek bevolen bij een aantal andere vennootschappen, maar die zijn hier niet relevant.

379 *Vide* hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128, r.o. 2.8 (*Roessen & Roessen*), waarin werd gesproken van een aandelenbelang ter grootte van 66⅔%.

380 *Vide* hof Amsterdam (OK) 21 juni 2005, *ARO* 2005/98, r.o. 2.3, 2.5, 3.1 en 3.4 (*Knapen*).

aandeelhouder waren, 80% van de aandelen hield.[381] Ook belangwekkend is haar *TriQorp*-beschikking, waarin zij desverzocht (mede) een onderzoek beval bij een vennootschap in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekster aandeelhouder was, (nog) slechts 18,44% van de aandelen hield.[382] Voorts wijs ik op de beschikkingen inzake *Hartevelt*, *Monitor* en *Cavari*, waarin de Ondernemingskamer desverzocht (mede) een onderzoek gelastte bij een vennootschap in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap (ca.) 95% van de aandelen hield.[383] Daarnaast noem ik de *Woudwood*-beschikking, waarin desverzocht (mede) een onmiddellijke voorziening werd getroffen bij een vennootschap in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekster aandeelhouder was, (slechts) 43% van de certificaten van aandelen hield.[384] Overigens breng ik naar voren de *DPS*-beschikking, waarin desverzocht (mede) een onderzoek werd bevolen bij een vennootschap in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekster aandeelhouder was, 51% van de aandelen hield.[385]

Noemenswaardig zijn ook de *Proxy*-beschikking en de *ADW*-beschikking. In de eerstgenoemde beschikking werd desverzocht (mede) een onderzoek bevolen bij vier onderliggende vennootschappen die als gevolg van ontbindingsbesluiten al ruim vóór de indiening van het verzoekschrift waren opgehouden te bestaan.[386] In de tweedegenoemde beschikking had de (te enquêteren) bovenliggende vennootschap – een paar maanden vóór de indiening van het enquêteverzoek – de aandelen in het geplaatste kapitaal van een tweetal (eveneens te enquêteren) dochtermaatschappijen overgedragen. Dit stond echter niet aan het gelasten van een concerngenotenenquête in de weg, nu de door de verzoekster aan haar verzoek ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden zich hadden voorgedaan in de periode tot en met de aandelenoverdracht.[387]

381 *Vide* hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119, r.o. 2.1, 2.3 en 3.1-3.2 (*BKV*).

382 *Vide* hof Amsterdam (OK) 9 mei 2006, *ARO* 2006/99, r.o. 2.1-2.2, 2.7, 2.10-2.11 en 3.2 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145, r.o. 3.2 en 3.9 (*TriQorp*).

383 *Vide* hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172, r.o. 2.1-2.2, 3.5 en het dictum (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/110, r.o. 2.7 en 3.6 (*Monitor*); hof Amsterdam (OK) 5 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1603, r.o. 2.4 en 3.10. Ten aanzien van de eerstgenoemde beschikking merk ik het volgende op. H.J.H. Hartevelt hield 87,5% van de certificaten van aandelen in het geplaatste kapitaal van Hartevelt Holding B.V. Deze was tot 2 mei 2005, dat was ruim vóór de indiening van het verzoekschrift, getrouwd met verzoekster, en wel in algemene gemeenschap van goederen, welke goederengemeenschap ten tijde van de indiening van het verzoekschrift nog niet was gescheiden en gedeeld.

384 *Vide* hof Amsterdam (OK) 27 december 2006, *ARO* 2007/4, r.o. 2.1, 3.6 en 3.9-3.11 (*Woudwood*).

385 *Vide* hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70, r.o. 2.3-2.4 en 3.5 (*DPS*).

386 *Vide* hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82, r.o. 1.1-1.2, 2.1, 3.17 en 3.19 (*Proxy*). Tot aan de desbetreffende ontbindingsbesluiten was Proxy Holding B.V., waarvan de verzoekster aandeelhouder was, enig aandeelhouder van de desbetreffende vennootschappen.

387 Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83, r.o. 1.1, 2.8, 2.27 en 3.4 (*ADW*).

Resteert nog een bespreking van het deel van de geselecteerde beschikkingen als hogerbedoeld waarin de verzoeker (mede) in het licht van (kennelijk) art. 2:346 BW niet (volledig) in zijn verzoek kon worden ontvangen, althans dat verzoek niet (volledig) voor toewijzing vatbaar was, voor zover het betrekking had op een of meer onderliggende vennootschappen waarvan hij geen aandeel- of certificaathouder was.[388] Opvallend is dat het door de topvennootschap (in)direct (hebben) (ge-) houden van alle (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van de onder haar hangende vennootschap(pen), op zichzelf niet, althans niet zonder meer of steeds, voldoende is voor het (mede) bevoegdelijk kunnen uitlokken van een enquête bij laatstgenoemde(n). Zo sneuvelden de op deze, een 100%-(klein)dochtermaatschappij, gerichte enquêteverzoeken in 's Ondernemingskamers beschikkingen inzake *Villa Happ*,[389] *RVDD*,[390] *Pebblestone*,[391] *Slotervaartziekenhuis*,[392] *Best Green*,[393] *Eshuis*[394] en *SNS*.[395]

In de overige beschikkingen waarin vruchteloos een enquête werd uitgelokt bij een of meer onderliggende vennootschappen, was (mede) sprake van aandelenbelangen die kleiner waren dan 100%. Twee daarvan zijn vóór 's Hogen Raads *Landis*-beschikking[396] gegeven, namelijk *Cohere* en *Janson*. In de *Cohere*-beschikking[397] speelde het volgende. Causa, waarvan R. Vos en V. Vos-van Veldhuizen de aandeelhouders waren, en Archet, waarvan D. Everts de aandeelhouder was, waren beide 50%-aandeelhouder van Cohere, die, op haar beurt, onder andere 100%-aandeelhouder van Sogyo en 31%-aandeelhouder van Global Rangers was. Zowel Causa, haar twee aandeelhouders en Cohere (hierna: Causa *c.s.*) als Archet en haar aandeelhouder

388 *Vide* hof Amsterdam (OK) 2 november 2000, *JOR* 2001/6 (*Cohere*); hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 13 juli 2007, *ARO* 2007/121 (*Villa Happ*); hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, *ARO* 2008/49 (*MBV*); hof Amsterdam (OK) 9 mei 2008, *ARO* 2008/91 (*D&G*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82 (*Proxy*); hof Amsterdam (OK) 1 juni 2012, *ARO* 2012/82 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98 (*RVDD*); hof Amsterdam (OK) 3 september 2012, *ARO* 2012/130 (*Pebblestone*); hof Amsterdam (OK) 4 juli 2013, *ARO* 2013/120 (*Slotervaartziekenhuis*); hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2014, *ARO* 2014/173 (*Best Green*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/181 (*Eshuis*); hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink (*SNS*).

389 *Vide* hof Amsterdam (OK) 13 juli 2007, *ARO* 2007/121, r.o. 2.5 en 3.3 (*Villa Happ*).

390 *Vide* hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98, r.o. 2.1 en 3.6-3.7 (*RVDD*).

391 *Vide* hof Amsterdam (OK) 3 september 2012, *ARO* 2012/130, r.o. 2.1, 2.3-2.4, 2.9 en 3.15 (*Pebblestone*).

392 *Vide* hof Amsterdam (OK) 4 juli 2013, *ARO* 2013/120, r.o. 2.4, 2.6, 2.11 en 3.1-3.4 (*Slotervaartziekenhuis*).

393 *Vide* hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2014, *ARO* 2014/173, r.o. 2.1, 2.4 en 3.3 (*Best Green*).

394 *Vide* hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/181, r.o. 2.1-2.2 en 3.13 (*Eshuis*).

395 *Vide* hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink, r.o. 2.4-2.5 en 3.28-3.31 (*SNS*).

396 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*).

397 Hof Amsterdam (OK) 2 november 2000, *JOR* 2001/6 (*Cohere*).

(hierna: Archet *c.s.*) dienden verzoekschriften in. Bij het eerstbedoelde verzoekschrift werd verzocht om, kort gezegd, een onderzoek bij Cohere en Sogyo en bij het laatstbedoelde verzoekschrift werd verzocht om, voor zover hier van belang en kort gezegd, een onderzoek bij Cohere, Sogyo en Global Rangers. De Ondernemingskamer beval een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Cohere en van Sogyo. Zulk een onderzoek kwam er echter niet bij Global Rangers, nu het zijdens Causa *c.s.* opgeworpen verweer dat Archet *c.s.* niet in haar op die vennootschap gericht verzoek kon worden ontvangen vanwege het niet voldoen aan hetwelk art. 2:346 BW daartoe eist, op zichzelf doel trof.

Dit gesanctioneerde verweer begrijp ik aldus dat het niet inhield dat werd onderschreven dat het zijdens Archet *c.s.* (mede) uitlokken van een enquête bij Global Rangers op zichzelf mogelijk was maar het percentage van de door Cohere in haar geplaatste kapitaal gehouden aandelen te laag was; het was puur gericht op het feit dat Archet *c.s.* daarin geen aandelen hield en daardoor niet voldeed aan het bepaalde in het voormelde artikel. In haar – voordien gegeven – *Bot Bouw*-beschikking[398] had de Ondernemingskamer echter desverzocht (mede) een onderzoek gelast bij een aantal vennootschappen in wier geplaatste kapitaal de verzoekers ook geen aandelen hielden. Zij overwoog (*vide* r.o. 4.5), voor zover hier van belang en kort gezegd, dat de enkele omstandigheid dat de verzoekers slechts aandeelhouders van een gerekestreerde (houdster)vennootschap waren en niet ook van de dochtervennootschap(pen) niet zonder meer althans niet in alle gevallen tot de slotsom leidt dat zij niet-ontvankelijk zouden moeten zijn in een op laatstgenoemde(n) gericht enquêteverzoek, aangezien het zich zeer wel kan voordoen dat de doeleinden en de daarmee verband houdende reikwijdte van het enquêterecht pas volledig tot hun recht kunnen komen indien het te bevelen onderzoek zich mede uitstrekt tot de eerderbedoelde dochtervennootschap (pen). Dit lijkt op een 'nee, tenzij'-regel, houdende dat de verzoeker niet-ontvankelijk is in zijn verzoek ten aanzien van een onderliggende vennootschap, tenzij dat laatste zich voordoet.[399] Waarom te dezen sprake was van een 'nee', want geen aandelen en daarom niet-ontvankelijk, in plaats van een 'tenzij', liet de Ondernemingskamer zich niet over uit. Enige motivering ware wenselijk geweest.

Zoals gezegd, gelastte de Ondernemingskamer (mede) een onderzoek bij Sogyo. Zij verstond het verzoek, voor zover gedaan door Cohere, kennelijk aldus dat het er slechts toe strekte een onderzoek bij die vennootschap te gelasten. Voor zover het

398 Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*).

399 In hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/9, r.o. 3.3 (*Kruisheer Elffers*) beluister ik een ander geluid. Daarin overwoog de Ondernemingskamer namelijk dat, voor zover hier van belang en kort gezegd, doel en strekking van het enquêterecht meebrengen dat een art. 2:345, eerste lid, BW-verzoek niet slechts voor honorering vatbaar is, indien daartoe overigens aanleiding bestaat, jegens een holdingcompany, 'maar in beginsel ook' jegens een 100%-dochtermaatschappij met wie zij een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormt.

gedaan was door Causa, verstond zij het dan kennelijk aldus dat het verzoek er slechts toe strekte een onderzoek bij Cohere te gelasten. Alsdan kon men zich rechtstreeks op art. 2:346 BW baseren. Wel resteren dan nog de twee aandeelhouders van Causa. Die hadden mijns inziens niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Wat betreft het verzoek van Archet *c.s.* voor zover dat zag op Sogyo, gold hetzelfde als met betrekking tot het op Global Rangers gerichte verzoek, nu ook te haren aanzien zij niet voldeed aan het art. 2:346 BW-vereiste. Dat ook haar verzoek toch (in zoverre) voor toewijzing vatbaar was,[400] in plaats van stuk te lopen op het bepaalde in art. 2:346 BW, ligt denkelijk hierin dat er in dit verband niet (eveneens) een niet-ontvankelijkheidsverweer was opgeworpen.

In de *Janson*-beschikking[401] werd wel een direct verband gelegd met de hoegrootheid van het aandelenpercentage ter zake van een mede te enquêteren onderliggende vennootschap. Daarin hield, voor zover hier van belang, A.J. Janson Holding B.V. 100% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van Janson Handelmaatschappij Vlaardingen B.V., die, op haar beurt, 100% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van Euron Project Engineering B.V. hield, die weer op haar beurt 60% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van Korteweg Staal B.V. hield (*vide* r.o. 2.1 en 2.3). Voor zover het verzoek op die laatste vennootschap betrekking had, was het naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet toewijsbaar, omdat 'het Janson-concern slechts houdster is van 60% van de aandelen in die vennootschap', alsmede zou, volledigheidshalve, een onderzoek de positie van de andere aandeelhouder(s) van haar raken, die in de onderhavige procedure geen partij waren en niet geacht konden worden door de eerstgenoemde vennootschap te worden vertegenwoordigd.[402]

Ook in de – na de hogergenoemde *Landis*-beschikking gegeven – *Proxy*-beschikking werd er een direct verband gelegd tussen de hoegrootheid van het aandelenbelang en het niet kunnen worden ontvangen in het verzoek voor zover dat een onderliggende vennootschap betrof. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer kon namelijk, voor zover hier van belang en kort gezegd, niet gezegd worden dat Proxy Services B.V. deel uitmaakte van de economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding aangezien in haar geplaatste kapitaal (aanvankelijk) 'slechts 50%' van de aandelen (op indirecte wijze) werd gehouden.[403]

Bij een vijftal – ook nadien gegeven – beschikkingen als hier bedoeld wil ik thans nog stilstaan. De eerste betreft die inzake *MBV*.[404] Daarin werd, voor zover hier van belang en kort gezegd, een onderzoek verzocht bij MBV en bij Open Line, waarvan

400 De Ondernemingskamer sprak hiervan dat 'de verzoeken (…) voor toewijzing vatbaar zijn'; *vide* hof Amsterdam (OK) 2 november 2000, *JOR* 2001/6, r.o. 3.1 (*Cohere*).

401 Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*).

402 Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.9 (*Janson*). Zie voor kritiek op dit deel van de beschikking de noot, onder 6, van Josephus Jitta erbij en Geerts 2004, *op. cit.*, p. 126-127.

403 Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82, r.o. 3.18 (*Proxy*).

404 Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, *ARO* 2008/49 (*MBV*).

eerstgenoemde 75%-aandeelhouder was (*vide* r.o. 2.2). Ten aanzien van Open Line kon de verzoeker niet in zijn verzoek worden ontvangen (*vide* r.o. 3.1-3.2). Een direct verband met de hoegrootheid van het door MBV gehouden aandelenbelang in het geplaatste kapitaal van Open Line werd door de Ondernemingskamer niet gelegd.

De volgende beschikking is *D&G*.[405] Ook daarin verklaarde de Ondernemingskamer de verzoekster niet-ontvankelijk in haar verzoek voor zover dat gericht was op een onderliggende vennootschap, ditmaal een (ruim) 71%-vennootschap. In haar oordeel betrok zij mede dat percentage.[406]

Een bijzonder geval is de *RAB*-beschikking,[407] en wel hierom dat in dezen de verzoekster vroeg om een onderzoek bij de bovenliggende vennootschap (RAB) en haar – indirecte – 50%-deelneming Cheops. De Ondernemingskamer overwoog, voor zover hier van belang, dat niet gezegd kon worden dat die laatste vennootschap onderdeel uitmaakte van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding. Aan dat oordeel lag een tweetal vaststellingen ten grondslag, waaronder deze dat GAB, die niet gelieerd was aan RAB, een 50%-belang in Cheops hield.

Van een lager percentage was sprake in 's Ondernemingskamers *Callas*-beschikking, waarin werd verzocht om, onder meer, een onderzoek bij een vennootschap in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekster aandeelhouder was, 40% van de aandelen hield.[408] Wederom volgde in zoverre niet-ontvankelijkheid. De Ondernemingskamer overwoog dat, voor zover hier van belang en deels in mijn woorden, de verzoekster niet voldoende had toegelicht dat de bovenliggende vennootschap met de onderliggende vennootschap, in wier geplaatste kapitaal zij het voornoemde aandelenbelang hield, een zodanige economische en organisatorische eenheid vormde dat een concern(genoten)enquête moest worden toegewezen (*vide* r.o. 1.4). Wellicht moet deze overweging aldus worden verstaan dat juist omdat er slechts sprake was van een 40%-belang, de Ondernemingskamer het zonder afdoende toelichting, die ontbrak, niet aannemelijk achtte dat beide vennootschappen tezamen een eenheid als hiervoor bedoeld vormden. Toelichting en aandelenbelang houden in die uitleg (nauw) verband met elkaar.

In de *Sturio*-beschikking werd de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te gelasten bij Sturio en om daarbij de gang van zaken in, onder andere, LSM te betrekken, waaromtrent de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang en kort gezegd, overwoog dat daartoe geen grond bestond, nu 'gelet op de aandeelhoudersverhoudingen in LSM', Sturio hield in haar geplaatste kapitaal een aandelenbelang van 47%, niet was voldaan aan de vereisten voor een concern(genoten-)

405 Hof Amsterdam (OK) 9 mei 2008, *ARO* 2008/91 (*D&G*).
406 *Vide* hof Amsterdam (OK) 9 mei 2008, *ARO* 2008/91, r.o. 2.2 en 3.1-3.6 (*D&G*).
407 *Vide* hof Amsterdam (OK) 28 november 2018, *ARO* 2019/32, r.o. 1.2, 2.1-2.2 en 3.5 (*RAB*).
408 *Vide* hof Amsterdam (OK) 1 juni 2012, *ARO* 2012/82, r.o. 1.4 en 2.4-2.5 (*Callas*).

enquête.[409] Ook in dezen nam zij dus de hoogte van dat belang in ogenschouw bij de toewijsbaarheid.

Tot besluit (wederom) de *Slotervaartziekenhuis*-beschikking.[410] Daarin werd, voor zover hier van belang en kort gezegd, door drie verzoekers verzocht om een onderzoek bij Jeemer B.V. (hierna: Jeemer), Meromi Holding B.V. (hierna: Meromi), Parkrand B.V. (hierna: Parkrand) en bij Slotervaartziekenhuis B.V. (hierna: Slotervaartziekenhuis), welke vennootschappen tezamen, naar zij stelden, een zodanige eenheid vormden dat zij gerechtigd waren een concern(genoten)enquête te vragen. De Ondernemingskamer stelde te dien aanzien voorop dat het enkele feit dat verzoekers indirect aandeelhouders van bepaalde vennootschappen waren, onvoldoende was om de juistheid van de evenbedoelde stelling aan te nemen. Voorts stelde zij, kort gezegd, vast dat (i) Jeemer naast twee verzoekers nog een andere aandeelhouder had, (ii) Meromi naast Jeemer (voor 66,66%) en een verzoeker eveneens nog een andere aandeelhouder had, (iii) Jeemer naast haar aandelen in Meromi ook nog aandelen in andere vennootschappen hield en (iv) Meromi naast haar aandelen in Slotervaartziekenhuis en Parkrand (beide 100%) eveneens aandelen in andere vennootschappen hield, in het licht waarvan de verzoekers hun standpunt ten aanzien van, onder meer, de concern(genoten)enquête onvoldoende hadden toegelicht, met niet-ontvankelijkheid als gevolg, een en ander ten aanzien van bepaalde vennootschappen en bepaalde verzoekers.

De *crux* lijkt hier te zitten in het aantal door Jeemer en Meromi gehouden aandelenbelangen en het aantal aandeelhouders van beide vennootschappen, niet de hoegrootheid van de aandelenpercentages; deze werden in dit verband (*vide* r.o. 3.4) ook niet genoemd. Indien zou worden beweerd dat Jeemer een moedermaatschappij is en Meromi haar dochtermaatschappij, dan zou vandaaruit de vertakkingen en evenmin het aantal aandeelhouders van Jeemer opmerkelijk zijn. Wel zou het aantal aandeelhouders – en de omvang van hun belangen – van Meromi de aandacht trekken. Is er ondanks een meerderheidsbelang van 66,66% wel sprake van een groepsverhouding tussen Jeemer en Meromi? Het ligt op de weg van de enquêteverzoeker om dat genoegzaam toe te lichten.

7.2.5 Personele unies

Naar het oordeel van de Hoge Raad lag in 's Ondernemingskamers oordeel, houdende, voor zover hier van belang, dat de besturen van Landis en haar drie 100%-dochtermaatschappijen een 'vrijwel volledige personele unie' vormden, besloten dat, kort gezegd, er binnen laatstbedoelden geen sprake was van enige ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandige beleidsbepaling en -voering, en mitsdien aan het raken-vereiste was voldaan, in welk licht de Ondernemingskamer met juistheid had

409 *Vide* hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114, r.o. 1.2, 2.8 en 3.4 (*Sturio*).
410 *Vide* hof Amsterdam (OK) 4 juli 2013, *ARO* 2013/120, r.o. 3.1-3.4 en 3.10-3.11 (*Slotervaartziekenhuis*).

geoordeeld dat de aandeelhouders van Landis mede enquêtegerechtigd waren ten aanzien van die dochtermaatschappijen.[411]

Overzien wij de pool van geselecteerde beschikkingen,[412] dan kan geconstateerd worden dat – in lijn met het voorgaande – in alle beschikkingen daarvan waarin (mede) onderzoeken werden bevolen bij, of de verzoekers (kennelijk) – zonder dat zulks tot een onderzoeksbevel leidde – geheel of ten dele (mede) in hun verzoeken konden worden ontvangen voor zover die gericht waren op, een of meer onderliggende vennootschappen in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap (= de topvennootschap), waarvan de verzoekers houders van (certificaten van) aandelen waren, (in)direct (certificaten van) aandelen hield, een en ander onder aftrek van (i) de beschikkingen waarin ten aanzien van de bestuursposten geen of onvoldoende gegevens zijn opgenomen,[413] en (ii) twee hierna nog te bespreken beschikkingen,[414] de besturen[415] van de respectieve vennootschappen, naar ik begrijp, *de iure* of *de facto*, of, anders gezegd, formeel of materieel, (vrijwel)[416] volledige personele

411 *Vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).

412 *Vide* voetnoot 312 *supra*.

413 Dat zijn hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2000, rekestnr. 592/2000 (*Nedco*); hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/9 (*Kruisheer Elffers*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, m.nt. M.P. Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht* 2007/103, m.nt. M.J. van Ginneken (*ABN AMRO*) en hof Amsterdam (OK) 17 april 2008, *JOR* 2008/157, m.nt. A. Doorman (*ABN AMRO*).

414 Dat zijn hof Amsterdam (OK) 17 december 2008, *ARO* 2009/3 (*MCEG*); hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas (*SNS*).

415 Reeds omdat in de *Landis*-zaak werd gesproken van een personele unie tussen 'besturen', laat ik rusten de vraag of in de geselecteerde beschikkingen waarin mede werd gesproken van een ingestelde 'raad van commissarissen' bij de topvennootschap en bij een of meer van haar onderliggende vennootschappen, deze een (vrijwel) volledige personele unie vormden. Hierbij voegt zich dat in (veruit) de meeste door mij onderzochte beschikkingen er (kennelijk) geen raad van commissarissen was ingesteld.

416 Men denke hieraan dat (slechts) een van de, al dan niet middellijke, bestuurders van de topvennootschap tevens enig (statutair) bestuurder van (een van) de onderliggende vennootschap(pen) was of dat een (of meer) van de onderliggende vennootschappen een (statutair) bestuurder had die niet tevens (statutair) bestuurder van de topvennootschap was. *Vide* hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56, r.o. 2.2 (*Tactron*); hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60, r.o. 2.3-2.5 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 2.4 (*Van Doorn*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172, r.o. 2.2 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 3 december 2008, *ARO* 2008/191, r.o. 2.1 en 2.4-2.5 (*Graphic*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33, r.o. 2.5 en 3.4 (*MEI*); hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70, r.o. 2.4 en 3.5 (*DPS*); hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191, r.o. 2.1 en 2.3 (*RTC*); hof Amsterdam (OK) 25 september 2015, *ARO* 2015/214, r.o. 2.2, 2.4 en 2.7 (*Metrical*); hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128, r.o. 2.1, 2.4 en 2.8 (*Roessen & Roessen*); hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, *ARO* 2017/148, r.o. 2.2-2.3 (*Bakery Initiatives*).

unies vormden in dezer voege dat (1) de bovenliggende vennootschap (enig) (on-) middellijk bestuurder[417] van (een of meer van) haar onderliggende vennootschap(pen) was, (2) (een of meer van) de bestuurder(s) van de bovenliggende vennootschap tevens bestuurder(s) van (een of meer van) de onderliggende vennootschap(pen) was (waren) alsook / dan wel een ander over die hoedanigheid beschikte, (3) een (of meer van de) (houdster)vennootschap(pen) bestuurder(s) van de bovenliggende vennootschap was (waren) en de (on)middellijk(e) bestuurder(s) van eerstgenoemde(n) bestuurder(s) van de onderliggende vennootschap(pen) was (waren) of net andersom, of (4) een combinatie van twee of drie van de hiervoor genoemde situaties.

Allereerst zoom ik in op de twee nog te bespreken beschikkingen, te beginnen met die inzake *MCEG*.[418] Daarin werd bij op 14 november 2008 ter 's Ondernemingskamers griffie ingekomen verzoekschrift verzocht om, voor zover hier van belang en kort gezegd, een onderzoek bij Medisch Centrum voor Esthetische Geneeskunde B.V. (hierna: MCEG) en bij haar 100%-vennootschappen, te weten Medische Centrum Scheveningen B.V. (hierna: MCS) en Dokter Schoemacher Klinieken B.V. (hierna: DSK). De Ondernemingskamer trof (mede) spoedvoorzieningen bij DSK. Hierin ligt besloten dat de verzoekster (in ieder geval) mede (voorshands) bevoegd was tot het indienen van een art. 2:345, eerste lid, BW-verzoek – en daarmee van een art. 2:349a, tweede lid, BW-verzoek – te haren aanzien.[419] Ten tijde van de indiening van het verzoekschrift ontbrak echter een – rechtsgeldig benoemd – bestuur van MCEG, waardoor op dat moment niet beantwoord kon worden of de besturen van MCEG en DSK een (vrijwel) volledige personele unie vormden. Of daarvan wel sprake was tijdens de verzochte onderzoeksperiode, valt, op het eerste gezicht, evenmin te zeggen, nu de beschikking daar geen melding van maakt. Niettemin kan, op het tweede gezicht, tot een antwoord op de hier bedoelde vraag worden gekomen.

Het bestuur van DSK werd gevormd door Celine Medical B.V. (hierna: Celine) en Robot Medical B.V. (hierna: Robot). Zij waren in het verleden tevens bestuurders van MCEG. In het kader van een eerder door de Ondernemingskamer bevolen onderzoek bij MCEG was begin 2001 evenwel een overeenkomst gesloten uit hoofde waarvan Celine aftrad als haar bestuurder. Eind augustus 2007 was besloten tot ontslag van Medovaa Invest B.V. (hierna: Medovaa) als bestuurder van MCEG. Medio december

417 Ik veronderstel dat wanneer de Ondernemingskamer in haar beschikkingen louter spreekt van 'bestuurder' zij bedoelt de statutaire (= juridische, ter onderscheiding van feitelijke) bestuurder.

418 Hof Amsterdam (OK) 17 december 2008, *ARO* 2009/3, r.o. 1.1, 2.2-2.4, 2.6, 2.9-2.12 en 3.2 (*MCEG*). Het ging om een gesplitste behandeling van het verzoek om een onderzoek en het verzoek om onmiddellijke voorzieningen (*vide* r.o. 3.1). De behandeling van eerstbedoeld verzoek is er echter niet meer gekomen; de procedure werd voortijdig beëindigd. *Vide* hof Amsterdam (OK) 31 juli 2009, *ARO* 2009/133 (*MCEG*).

419 *Cf.* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*i.f.)* (*Landis*).

van dat jaar bood Robot haar ontslag aan als bestuurder van MCEG, dat ook werd aanvaard. Blijkens het handelsregister werd toen M.D.E. Koopmann tot bestuurder van haar benoemd, maar hij trad op 10 april 2008 af. Hij werd vervangen door Plastische Chirurgische Praktijk Martijn B.V., zijn holdingcompany. Later dat jaar werd deze als bestuurder van MCEG uitgeschreven uit het handelsregister. Uit het voorgaande volgt dat vanaf begin 2001 tot in het najaar van 2007 Robot en Medovaa de langstzittende bestuurders van MCEG waren. Nu laatstgenoemde niet in het bestuur van DSK zat en Celine niet (meer) in dat van MCEG zat, vormden deze besturen geen (vrijwel) volledige personele unie, ondanks het feit dat Robot wél in beide besturen zat (*vide* ook *infra*).

De tweede beschikking betreft die inzake *SNS*.[420] De Ondernemingskamer beval een onderzoek bij SNS Reaal (thans 'SRH N.V.' genaamd) en bij SNS Bank (thans 'De Volksbank N.V.' genaamd), in het geplaatste kapitaal van welke vennootschap SNS Reaal in de relevante periode alle aandelen hield. Wat deze beschikking interessant maakt, is dat (slechts) '*gemiddeld de helft* [curs. RPJ] van de bestuurders van SNS Reaal (…) in de periode van 2006 tot de Onteigening zitting [had] in het bestuur van SNS Bank'.[421] Hieruit volgt dat, in dit geval, de aanwezigheid van een (vrijwel) volledige personele unie geen ijzeren conditie voor de toewijzing van een concerngenotenenquête was.

Voordat ik de aandacht vestig op een aantal van de geselecteerde beschikkingen als bovenbedoeld waarin de verzoeker (mede) in het licht van (kennelijk) art. 2:346 BW niet (volledig) in zijn verzoek kon worden ontvangen voor zover dat betrekking had op een of meer onderliggende vennootschappen waarvan hij geen aandeel- of certificaathouder was, althans dat verzoek niet (volledig) voor toewijzing vatbaar was, sta ik stil bij de, voor de verzoeker van belang zijnde, vraag op welk moment, of binnen welke periode, er sprake dient te zien van een personele unie tussen de besturen van de te enquêteren vennootschappen.

Ik vang aan met de *Proxy*-beschikking,[422] waarin bij op 5 november 2010 te haren griffie ingekomen verzoekschrift de Ondernemingskamer werd verzocht om, voor zover hier van belang en kort gezegd, een onderzoek te bevelen bij Proxy Holding B.V. (hierna: Proxy Holding) en bij haar vier 100%-dochtermaatschappijen, een en ander over het tijdvak vanaf 1 januari 2001. Reeds vóór de indiening van dit verzoekschrift waren laatstgenoemden ten gevolge van ontbindingsbesluiten in 2002 en 2005 in de periode van 2002 tot en met 2008 opgehouden te bestaan. Niettemin leidde de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang en kort gezegd, af dat partijen kennelijk en niet ten onrechte meenden dat er wat de samenstelling

420 Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas (*SNS*).

421 Dit was een van de punten die de Ondernemingskamer 'in het bijzonder' van belang achtte bij 'de beantwoording van de vraag of een te gelasten enquête zich ook kan uitstrekken tot SNS Bank'; *vide* hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas, r.o. 3.15 (*SNS*).

422 Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82, r.o. 1.2, 2.1 en 3.17 (*Proxy*).

van de besturen van Proxy Holding en haar eerdergenoemde dochtermaatschappijen betrof, sprake 'was' van een 'vrijwel volledige personele unie' (materieel gezien, een volledige personele unie; *vide infra*), reden waarom het verzoek ook ten aanzien van die dochtermaatschappijen toewijsbaar was. Hoewel zij dat niet uitdrukkelijk zei, kan geconstateerd worden dat Proxy Holding – in de verzochte onderzoeksperiode (*vide supra*) – enig bestuurder van haar dochtermaatschappijen was. Er was toen sprake van een personele unie.[423]

Belangwekkend is eveneens 's Ondernemingskamers *Clifden*-beschikking.[424] Bij op 17 april 2014 te haren griffie ingekomen verzoekschrift werd zij verzocht, voor zover hier van belang en kort gezegd, een onderzoek te bevelen bij Clifden B.V., Rand Holding B.V. en Dr. van Son's Tuindorp Apotheek B.V. over de periode vanaf 1 januari 2003. Na de indiening van dit verzoekschrift – maar vóór de behandeling ervan ter terechtzitting – vond bij eerstgenoemde vennootschap een bestuurswisseling plaats. De Ondernemingskamer overwoog echter, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat '[i]n de periode waarop de feiten en omstandigheden die Graven aan zijn enquêteverzoek ten grondslag heeft gelegd[,] zich voordeden', er een volledige personele unie bestond tussen de besturen van de te enquêteren vennootschappen. Dergelijke feiten en omstandigheden zullen in de regel (hoofdzakelijk) in de verzochte onderzoeksperiode vallen.[425] Deze beschikking lijkt een precisering te vormen van haar beschikking inzake *Via Parva*, waarin de Ondernemingskamer in een vergelijkbaar verband als hier aan de orde sprak van 'in de periode waarop het verzoek betrekking heeft'.[426]

---

423 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 4 juli 2013, *ARO* 2013/120, r.o. 3.6 en 3.8 (*Slotervaartziekenhuis*). Michael en Rowena, twee (van de drie) verzoekers, verzochten mede een onderzoek bij A2 Antwoordservice B.V. Zij stelden meer dan 10% van de aandelen in (het geplaatste kapitaal van) deze vennootschap te hebben, waartegenover de (te enquêteren) vennootschap stelde dat zij na een aandelenemissie in 2004 elk nog slechts 0,69% van die aandelen hielden, welke emissie en welk resultaat als zodanig niet werden bestreden door hen. De Ondernemingskamer overwoog, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat het hier bedoelde verzoek strekte tot het gelasten van een onderzoek over de periode vanaf 28 december 2012. Dit betekende, aldus de Ondernemingskamer, dat het verzoek zich niet richtte op een onderzoek naar de evengenoemde emissie. Reeds daarom bestond er, zo vervolgde zij, geen aanleiding hun enquêtebevoegdheid op een wijze als door de verzoekers beoogd te beoordelen naar de toestand van vóór die emissie.

424 Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165, r.o. 1.2, 1.4, 2.1 en 3.7 (*Clifden*).

425 Ik schrijf bewust 'in de regel', omdat het mogelijk is dat de verzoeker feiten en omstandigheden aan zijn enquêteverzoek ten grondslag legt die zich (deels) vóór de verzochte onderzoeksperiode hebben voorgedaan. *Cf.* hof Amsterdam (OK) 29 april 2010, *ARO* 2010/72, r.o. 3.6 (*Celco*). Daarin werd verzocht een onderzoek te gelasten over de periode vanaf 31 december 2007. De Ondernemingskamer overwoog, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat voor zover de klachten van de verzoeker (louter) gericht waren op het beleid en de gang van zaken van de gerekestreerde vennootschappen voorafgaand aan die periode, en in het verzoekschrift was uitdrukkelijk vermeld dat zulks het geval was ten aanzien van bepaalde klachten, deze het verzoek niet konden dragen en reeds daarom geen verdere bespreking behoefden.

426 Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165, r.o. 3.3 (*Via Parva*).

Tot slot mag niet onvermeld blijven de *WiSH IP*-beschikking.[427] Daarin deed zich een atypisch, althans bijzonder, geval voor. Het volgende speelde er. OKami en Illuminate waren beide bestuurder en 50%-aandeelhouder van WiSH IP. Laatstgenoemde was, op haar beurt, enig aandeelhouder en enig bestuurder van We Projects en van SK Projects. In verband met een op 10 december 2015 genomen besluit van de gecombineerde algemene vergadering van deze (drie) vennootschappen (i) nam WiSH IP met ingang van 1 januari 2016 ontslag als bestuurder van haar beide dochtermaatschappijen, (ii) waren OKami en Illuminate voor de periode van 1 januari 2016 tot[428] 1 november 2016 enig bestuurder van We Projects respectievelijk SK Projects en (iii) werd WiSH IP met ingang van 1 november 2016 weer herbenoemd tot enig bestuurder van We Projects en van SK Projects. Op 27 september 2016 kwam het door OKami en We Projects (gezamenlijk) ingediende verzoekschrift ter griffie van de Ondernemingskamer binnen. Er werd, voor zover hier van belang en kort gezegd, verzocht om een onderzoek bij WiSH IP, We Projects en SK Projects over de periode vanaf 1 januari 2014. Onder andere laatstgenoemde concludeerde ten aanzien van de verzochte concern(genoten)enquête tot niet-ontvankelijkheid van de verzoeksters, nu, *inter alia*, er geen sprake was van een personele unie. De Ondernemingskamer constateerde, voor zover hier van belang, dat '(thans weer)' sprake was van een concern met twee 50%-aandeelhouders die *de facto* (middellijke) bestuurders waren van alle entiteiten. Gezien de economische werkelijkheid, deed het er, kort gezegd, volgens haar niet aan af dat partijen van 1 januari 2016 tot[429] 1 november 2016 de personele unie gedurende tien maanden hadden doorbroken, waarbij zij van belang achtte dat (i) de verzochte onderzoeksperiode mede betrekking had op de periode vóór 1 januari 2016 en (ii) thans weer sprake was van een (feitelijke) personele unie, hetgeen (iii) op voorhand zo was overeengekomen. Bij het standpunt dat 'uitsluitend de *status quo* op het moment van indiening van het verzoekschrift in dit kader van belang is' werd, aldus de Ondernemingskamer, het voorgaande miskend.

Uit de hier direct aan voorafgaande, in onderling verband en samenhang te beschouwen, beschikkingen, tot aan die inzake *SNS*, volgt dat het moment van indiening van het verzoekschrift niet, althans niet zonder meer of uitsluitend, doorslaggevend is bij de beantwoording van de vraag of de besturen van de te enquêteren vennootschappen een (vrijwel) volledige personele unie vormen. Integendeel, de Ondernemingskamer plaatst die vraag, gelet op haar uitspraken inzake *Clifden* en *WiSH IP*, in een breed perspectief,[430] waarbij de verzochte

427 Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO* 2017/51, r.o. 1.2, 1.4, 2.3, 2.8, 2.12 en 3.1-3.2 (*WiSH IP*).

428 In r.o. 2.12 staat onder (ii) 'tot en met', maar gezien het genoemde onder (iii), houd ik het erop dat zulks 'tot' moet zijn.

429 In r.o. 3.2 staat eveneens 'tot en met'.

430 *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165, r.o. 3.3 (*Via Parva*).

onderzoeksperiode[431] en de (aan het enquêteverzoek ten grondslag gelegde) feiten en omstandigheden die zich tijdens die periode hebben voorgedaan, een (belangrijke) rol spelen. Vergelijk ook de *ADW*-beschikking in § 7.2.4 voor eenzelfde benadering.

Dan volgt nu de behandeling van een aantal beschikkingen waarin het ontbreken van een personele unie (mede) grond voor niet-ontvankelijkheid opleverde, althans aan toewijzing in de weg stond. Ik vang aan met de *D&G*-beschikking.[432] Midcity Advertising B.V. (hierna: Midcity) verzocht, voor zover hier van belang en kort gezegd, om een onderzoek bij Downwood & Greatings B.V. (hierna: de vennootschap) en bij haar ruim 71%-vennootschap Reason Why B.V. (hierna: Reason Why). Eerstgenoemde en TGV Holding B.V. (hierna: TGV) waren beide bestuurder van de vennootschap. De Ondernemingskamer overwoog, voor zover hier van belang, dat het bestuur van Reason Why werd gevormd door TGV en A.P. Daalder (hierna: Daalder), die laatste zijnde een van de (indirecte) medeaandeelhouders van Reason Why. Van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding onderscheidenlijk van een personele unie wat de samenstelling van de respectieve besturen van de betrokken vennootschappen betrof, was 'dus', zo vervolgde zij, evenmin sprake. Daalder zat niet in het bestuur van de vennootschap en Midcity zat niet in het bestuur van Reason Why. Slechts TGV zetelde in beide besturen. Dat vond de Ondernemingskamer blijkbaar te mager om te kunnen spreken van een personele unie. *Cf.* de *MCEG*-beschikking hierboven.

In de *Proxy*-beschikking overwoog de Ondernemingskamer dat niet gezegd kon worden dat Proxy Services B.V. deel uitmaakte van de economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding, aangezien, onder andere, geen sprake was van een personele unie tussen (de besturen van) haar en Proxy Next2it B.V.[433] Wie het bestuur van de eerstbedoelde vennootschap vormde(n), blijkt niet uit de beschikking.

Alhoewel niet blijkende uit het (summiere) feitencomplex, overwoog de Ondernemingskamer in haar *SNS*-beschikking, voor zover hier van belang, dat ook het ontbreken van een personele unie van de besturen een aanwijzing vormde dat Propertize B.V., welke vennootschap een indirecte 100%-vennootschap van SNS Reaal N.V. was, tot op zekere hoogte een eigen, zelfstandig beleid voerde.[434]

---

431 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink, r.o. 2.4-2.5 en 3.30 (*SNS*), waarin de VEB *c.s.* had gesteld dat in de door haar beoogde onderzoeksperiode de verweersters een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden.

432 Hof Amsterdam (OK) 9 mei 2008, *ARO* 2008/91, r.o. 1.1, 2.1-2.2 en 3.5-3.6 (*D&G*).

433 Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82, r.o. 3.18 (*Proxy*).

434 Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink, r.o. 2.4-2.5 en 3.30 (*SNS*).

In dit rijtje hoort ook thuis de *Sturio*-beschikking.[435] De verzoekster hield aandelen in het geplaatste kapitaal van Sturio, die een 47%-belang in LSM had. Van der Steur was enig bestuurder van Sturio en Pethsur was bestuurder, en daarnaast 51%-aandeelhouder, van LSM. De Ondernemingskamer beval een onderzoek bij Sturio, maar zag geen grond om daarbij tevens de gang van zaken van, onder meer, LSM te betrekken, omdat, (mede) 'gelet op (…) de omstandigheid dat Pethsur bestuurder is van LSM', aan de vereisten voor een concern(genoten-) enquête niet was voldaan. Hier was geen sprake van een personele unie, laat staan van een (vrijwel) volledige. (Mede) dit deed, naar ik begrijp, de vorenbedoelde enquête sneven.

Toegevoegd hieraan kan ook de *JBNT*-beschikking worden, waarin de Ondernemingskamer oordeelde dat aan de hier geldende vereisten voor een concern(genoten)-enquête niet was voldaan, nu niet aannemelijk was gemaakt dat tussen JBNT en Alpha c.s. sprake was van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding, waartoe zij onder andere overwoog dat tussen de besturen van JBNT en Spaans Babcock geen volledige personele unie bestond.[436] Frappant is dat als men in deze zaak de kerstboom van enquêtesubjecten gaat tekenen, er overigens wél sprake blijkt te zijn van een volledige personele unie tussen de besturen. Dit laat zich aldus toelichten,[437] waarbij ik de namen van de vennootschappen zal afkorten vanwege de lengte. De verweersters waren verdeeld over vier lagen. JBNT hield een 70,43%-belang in AGIH, welke een 100%-belang in AGI, AGRE en in AGE hield. AGI hield een 100%-belang in zowel SB als T en AGIRE hield een 100%-belang in zowel SBH als ARED. De bestuursposten waren als volgt verdeeld. Nolst Trenité was enig bestuurder van AGE en van JBNT, die (in)direct enig bestuurder van AGIH, AGI, AGIRE, T, SBH en ARED was. Alleen met betrekking tot SB (Spaans Babcock) stond naast Nolst Trenité een andere bestuurder, te weten Eijt, die ook aandeelhouder van AGIH was. Los van SB, was Nolst Trenité dus formeel of materieel enig bestuurder van de andere verweersters.

Vermeldenswaardig is ook de *RAB*-beschikking, waarin een onderzoek werd verzocht bij, kort gezegd, RAB, waarvan Move-It en Prospect de certificaathouders waren en laatstgenoemde enig bestuurder was, en Cheops, waarin RAB indirect, namelijk via Hilkoorn, een 50%-belang hield en waarvan RAB en GAB materieel het bestuur vormden.[438] In het op Cheops gerichte verzoek werd Move-It niet-ontvankelijk verklaard, waartoe mede redengevend was dat laatstgenoemde zijn stelling dat de gebroeders Beumer, die de aandeelhouders van Prospect waren en samen daarvan het bestuur vormden, in (Hilkoorn en) Cheops '*de facto* aan de

435 Hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114, r.o. 2.1, 2.8-2.9 en 3.4 (*Sturio*).

436 Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, *ARO* 2019/29, r.o. 3.6 (*JBNT*).

437 De te geven toelichting is gebaseerd op hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, *ARO* 2019/29, r.o. 2.2-2.3 en 2.7-2.8 (*JBNT*).

438 Hof Amsterdam (OK) 28 november 2018, *ARO* 2019/32, r.o. 1.2 en 2.1-2.2 (*RAB*).

touwtjes trekken', op geen enkele wijze aannemelijk hadden gemaakt.[439] Die gebroeders Beumer zaten, materieel gezien, dus in het bestuur van zowel RAB als Hilkoorn als Cheops. GAB zat, al dan niet materieel, in het bestuur van de twee laatstgenoemden, maar niet (mede) in dat van RAB. Dat gecombineerd met het hebben van een 50%-belang, roept de vraag op of RAB wel centrale leiding, incl. beslissende zeggenschap, over Hilkoorn en Cheops kon uitoefenen en bijgevolg sprake was van, kort gezegd, een concern. Op het eerste gezicht niet, tenzij uit (aan te voeren) feiten en omstandigheden zou blijken dat RAB (lees: de gebroeders Beumer) de lakens uitdeelde(n) in die twee vennootschappen. Dat was echter door de verzoeker tot enquête niet aannemelijk gemaakt.

Tot besluit wil ik ingaan op de *Eshuis*-beschikking.[440] Overbeek Holding B.V. (hierna: Overbeek Holding) en Perspektief B.V. (hierna: Perspektief) waren beide aandeelhouder en beide (statutair) bestuurder van Eshuis Holding B.V. (hierna: Holding), die, op haar beurt, enig aandeelhouder was van Eshuis Beheer B.V. (hierna: Beheer), die weer op haar beurt enig aandeelhouder en enig bestuurder van Eshuis B.V. (hierna: Eshuis) was. P.C. Overbeek (hierna: Overbeek), de statutaire bestuurder en enig aandeelhouder van Overbeek Holding, was enig bestuurder van Beheer. Overbeek Holding verzocht bij op 14 april 2015 ter griffie ingekomen verzoekschrift de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang en kort gezegd, een onderzoek te gelasten bij Holding. Tijdens de algemene vergadering van 24 april 2015 was het besluit genomen haar te ontslaan als bestuurder van die vennootschap. Nadien verzocht Overbeek Holding bij op 8 mei 2015 te haren griffie ingekomen aanvullend verzoekschrift de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang en kort gezegd, tot het doen uitstrekken van het onderzoek tot Beheer en Eshuis. Dit verzoek was evenwel niet toewijsbaar, nu er volgens de Ondernemingskamer onvoldoende aanknopingspunten waren een concern(genoten)enquête te gelasten, in welk verband zij onder andere constateerde dat de samenstelling van de (respectieve) besturen verschillend 'is'.

Met die constatering bedoelde zij kennelijk te zeggen dat er geen sprake was van een ((vrijwel) volledige) personele unie tussen de besturen van de te enquêteren vennootschappen. Die vorenbedoelde tegenwoordige tijd lijkt, *prima facie*, te wijzen op een toetsing op het moment van indiening van het aanvullende verzoekschrift; toen vormden de besturen van Holding en haar (in)directe 100%-vennootschap immers geen personele unie. Echter, bij wijze van onmiddellijke voorziening schorste de Ondernemingskamer het vorenbedoelde ontslagbesluit, voor zover dat geldig was. In dat licht ziet het evengenoemde 'is', *secunda facie*, op de oude bestuurssamenstelling, naar ik denk. Als daar op formele wijze, hetgeen de Ondernemingskamer blijkens haar

439 Hof Amsterdam (OK) 28 november 2018, *ARO* 2019/32, r.o. 3.5 (*RAB*).

440 Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/181, r.o. 1.2, 1.5, 2.1, 2.5-2.6, 2.19, 3.13 en 3.15 (*Eshuis*).

beschikkingen inzake *Proxy* en *New Look* somtijds doet,[441] naar wordt gekeken, dan hebben alle drie de vennootschappen inderdaad verschillende bestuurders. Beziet men echter de evenbedoelde bestuurssamenstelling door een materiële bril, ook dat doet de Ondernemingskamer getuige haar beschikkingen inzake *Boon* en *Weerts & Van Rooij*,[442] dan was, strikt genomen, de samenstelling van de besturen nog steeds verschillend, maar dan alleen met dit verschil dat een van de twee bestuurders van Holding niet mede bestuurder van haar (in)directe vennootschap was.[443] Tussen de besturen van Beheer en Eshuis was sprake van een volledige personele unie, terwijl tussen de besturen van Holding en Beheer sprake was van een gedeeltelijke personele unie. Vond de Ondernemingskamer dat laatste onvoldoende (*cf.* haar beschikkingen inzake *D&G* en *JBNT* hierboven), (mede) gezien de *Landis*-zaak?[444] Of ging zij toch uit van de samenstelling van de besturen van de te enquêteren vennootschappen ten tijde van de indiening van het aanvullende verzoekschift (*cf.* haar beschikkingen inzake *Proxy, Clifden* en *WiSH IP* hierboven), waarin het verzoek om een concerngenotenenquête was gedaan?

441 *Vide* hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82, r.o. 2.1 en 3.17 (*Proxy*); hof Amsterdam (OK) 2 april 2013, *ARO* 2013/68, r.o. 2.2 en 3.3 (*New Look*). In beide zaken was de moedermaatschappij (enig) bestuurder van haar dochtermaatschappij(en) en bijgevolg was er, materieel gezien, sprake van een volledige personele unie tussen hun besturen. De Ondernemingskamer sprak echter van een 'vrijwel' volledige personele unie, hetgeen wijst op een formele benadering, nu, juridisch gezien, de bestuurder(s) van de moedermaatschappij niet ook bestuurder(s) van de onderliggende vennootschap (pen) waren; dat was slechts de moedermaatschappij.

442 *Vide* hof Amsterdam (OK) 16 juli 2010, *ARO* 2010/112, r.o. 3.3 (*Boon*); hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO* 2010/171, r.o. 3.1 (*Weerts & Van Rooij*). De Ondernemingskamer sprak, in dit verband, in de eerstgenoemde beschikking, net als in hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, *ARO* 2005/5, r.o. 3.1 (*Bouwburo*) en in hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150, r.o. 3.1 (*Curamedical*), van 'materieel' en in de laatstgenoemde beschikking van 'feitelijk'. In een groot deel van de onderzochte beschikkingen was de bovenliggende vennootschap bestuurder van haar onderliggende vennootschap(pen). Als men een formele benadering zou volgen, dan zou er in al die beschikkingen geen sprake zijn geweest van een personele unie, nu er, juridisch gezien, op beide niveaus verschillende bestuurders zetelden. Toch zijn er onderzoeken bevolen. Aangenomen mag daarom worden dat de materiële benadering leidend is. Een formalistische benadering is ook niet des Ondernemingskamers.

443 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58, r.o. 2.3, en 2.5-2.7 (*Strara*), waarin Rasker Travel Holding B.V., waarvan B.M.N. Rasker (hierna: Rasker) enig bestuurder was, en De Dobbelaar B.V., waarvan R.S. Stranders (hierna: Stranders) enig bestuurder was, het bestuur van Strara Vastgoed B.V. vormden. Laatstgenoemde vormde, samen met Stranders, het bestuur van haar 100%-dochtermaatschappij SR Horeca B.V. Feitelijk zat, gezien het voormelde, ook Rasker in het bestuur van deze vennootschap.

444 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens, r.o. 3.18 (*Landis*); HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).

7.2.6 Onmiddellijke voorzieningen

In deze paragraaf staat centraal dat deel van de (vooraf) door mij geselecteerde beschikkingen[445] waarin de Ondernemingskamer desverzocht (mede) bij (een of meer van) de onderliggende vennootschap(pen) in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekers aandeel- of certificaathouders waren, (in)direct (certificaten van) aandelen hield een of meer onmiddellijke voorzieningen heeft getroffen.[446] Ik volsta te dezer plaatse met het geven van een (globaal) overzicht daarvan en het komen tot enkele constateringen. Op de volgende wijzen heeft de Ondernemingskamer bij wege van onmiddellijke voorzieningen rechtstreeks ingegrepen bij de hiervoor bedoelde vennootschappen:

(1) benoeming van een commissaris, al dan niet (a) met een doorslaggevende stem in de algemene vergadering bij staking der stemmen en de bevoegdheden als bedoeld in afdeling 6 van titel 5 van Boek 2 BW, (b) met de bevoegdheid om bestuursvergaderingen van de vennootschappen bij te wonen en een doorslaggevende stem bij staking der stemmen in het bestuur van (een van) hen dan wel (c) onder de bepaling dat het bestuur van de

445 *Vide* voetnoot 312 *supra*.

446 Bedoeld deel betreft hof Amsterdam (OK) 2 november 2000, *JOR* 2001/6 (*Cohere*); hof Amsterdam (OK) 16 november 2000, *JOR* 2001/9 (*MUS*); hof Amsterdam (OK) 29 maart 2001, rekestnr. 306/2001 (*Incore*); hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2005, *ARO* 2005/98 (*Knapen*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*); hof Amsterdam (OK) 22 juli 2005, *ARO* 2005/121 (*Arthromed*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150 (*Curamedical*); hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72 (*Punching*); hof Amsterdam (OK) 9 mei 2006, *ARO* 2006/99 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 26 juli 2006, *ARO* 2006/142 (*K&H*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2006, *ARO* 2007/4 (*Woudwood*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, m.nt. M.P. Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht* 2007/103, m.nt. M.J. van Ginneken (*ABN AMRO*); hof Amsterdam (OK) 22 juni 2007, *ARO* 2007/102 (*Micam*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2008, *ARO* 2009/3 (*MCEG*); hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*); hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO* 2010/171 (*Weerts & Van Rooij*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33 (*MEI*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*A&R Markerink*); hof Amsterdam (OK) 10 april 2012, *ARO* 2012/56 (*Sequoia*); hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165 (*Via Parva*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40 (*Wikkelbok*); hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64 (*Plat Edam*); hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2014, *ARO* 2014/175 (*Depron*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2015, *ARO* 2015/136 (*Barendregt's*); hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165 (*Clifden*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/173 (*Lansinkveste*); hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191 (*RTC*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7 (*4Apps*); hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara*); hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue*); hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, *ARO* 2017/148 (*Bakery Initiatives*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/50 (*IHP*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*); hof Amsterdam (OK) 31 januari 2019, *ARO* 2019/73 (*Monmar*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84 (*Lap*).

vennootschap voor besluiten aangaande transacties met gelieerde partijen, voor zover die niet behoren tot de normale bedrijfsvoering, zijn toestemming nodig heeft;[447]

(2) benoeming van een bestuurder, al dan niet (a) met een doorslaggevende of beslissende stem[448] (i) in de bestuursvergadering (het bestuur) van de vennootschappen of (ii) bij verschil van inzicht tussen de bestuurders van de vennootschap en/of (b) onder de bepaling dat (i) zonder diens instemming er geen bestuursbesluiten kunnen worden genomen en de vennootschappen evenmin vertegenwoordigd kunnen worden of (ii) hij zelfstandig bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, al dan niet aldus aangevuld dat zonder hem de vennootschap niet vertegenwoordigd kan worden;[449]

---

447 *Vide* hof Amsterdam (OK) 2 november 2000, *JOR* 2001/6 (*Cohere*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*); hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72 (*Punching*); hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*A&R Markerink*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40 (*Wikkelbok*); hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165 (*Clifden*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/173 (*Lansinkveste*); hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191 (*RTC*).

448 Blijkens hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7, r.o. 3.7 (*4Apps*) verstaat de Ondernemingskamer onder een 'beslissende stem' een stem die 'bepalend' is en verstaat zij onder een 'doorslaggevende stem' een stem die bij staking der stemmen de 'doorslag' geeft. *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO* 2017/51, r.o. 3.9 (*WiSH IP*); hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, *ARO* 2017/148, r.o. 3.10 (*Bakery Initiatives*). In hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, *ARO* 2016/25, r.o. 3.6 (*Inter-Burgo*) kwam de Ondernemingskamer met een precisering in dier voege dat volgens haar een 'beslissende stem' betekent dat 'de stem van deze bestuurder in alle gevallen de doorslag geeft (lees: beslissend is), ook indien deze stem afwijkt van de overige stemmen'.

449 *Vide* hof Amsterdam (OK) 16 november 2000, *JOR* 2001/9 (*MUS*); hof Amsterdam (OK) 29 maart 2001, rekestnr. 306/2001 (*Incore*); hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2005, *ARO* 2005/98 (*Knapen*); hof Amsterdam (OK) 22 juli 2005, *ARO* 2005/121 (*Arthromed*); hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72 (*Punching*); hof Amsterdam (OK) 26 juli 2006, *ARO* 2006/142 (*K&H*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2008, *ARO* 2009/3 (*MCEG*); hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO* 2010/171 (*Weerts & Van Rooij*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33 (*MEI*); hof Amsterdam (OK) 10 april 2012, *ARO* 2012/56 (*Sequoia*); hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165 (*Via Parva*); hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2014, *ARO* 2014/175 (*Depron*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7 (*4Apps*); hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue*); hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, *ARO* 2017/148 (*Bakery Initiatives*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/50 (*IHP*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84 (*Lap*). In de *4Apps*-beschikking benoemde de Ondernemingskamer een bestuurder bij 4Apps Holding B.V. (hierna: Holding) en bij 4Apps Group B.V. (hierna: Group) en Yelloobee B.V. (hierna: Yelloobee), haar twee volle vennootschappen, van welke laatste Holding enig bestuurder was (naast de OK-bestuurder). Deze OK-bestuurder had een beslissende stem 'ten aanzien van het beleid met betrekking tot Yelloobee B.V. en met doorslaggevende stem ten aanzien van de overige kwesties'. Niet (geheel) duidelijk is hoe zulks moet worden verstaan: had de bestuurder alleen op het niveau van Holding een beslissende stem of ook op de lager gelegen niveaus en op welk(e) niveau(s) gold zijn doorslaggevende stem? In r.o. 3.6 overwoog de Ondernemingskamer dat het naar het beleid en de gang van zaken van Holding te bevelen onderzoek zich met name moest richten op 'het beleid ten aanzien van (…) Yelloobee'. Pas daarnaa overwoog zij dat het onderzoek zich tevens diende uit te

(3) schorsing van een of meer bestuurders, al dan niet onder de bepaling dat gedurende die schorsing de vennootschap ontslagen is van haar verplichting tot doorbetaling van de aan de bestuurderswerkzaamheden verbonden managementvergoedingen;[450]
(4) schorsing van een of meer commissarissen;[451]
(5) de algemene vergadering (van aandeelhouders) verbieden benoemings-, schorsings- of ontslagbesluiten te nemen ter zake van (een) bestuurder(s);[452]
(6) de vennootschap verbieden (a) op enige wijze aan enige besluitvorming ter zake van verkoop, vervreemding of verwatering van de in haar geplaatste kapitaal gehouden aandelen haar medewerking te verlenen, (b) besluiten te nemen, en handelingen ter uitvoering daarvan te verrichten, ter zake van de verkoop van de door haar gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van dochtermaatschappijen, (c) een van haar bestuurders te schorsen of te ontslaan en om de gesloten managementovereenkomst met deze op te zeggen dan wel (d) over te gaan tot (verdere) uitvoering van, of (verdere) medewerking te verlenen aan, enige handeling strekkende tot uitvoering van een gesloten *purchase and sale agreement* inzake gehouden aandelen, dan wel over te gaan tot het nemen van enig ander besluit als gevolg waarvan bepaalde vennootschappen worden vervreemd, een en ander zonder voorafgaande goedkeuring van de (buitengewone) algemene vergadering van aandeelhouders van de topvennootschap;[453]
(7) schorsing van de gelding van een bepaalde bepaling van de statuten;[454]
(8) schorsing van bepaalde door de algemene vergadering genomen besluiten;[455]

---

strekken tot Group en Yelloobee. Dit een en ander in onderling verband en samenhang beschouwende, lijkt het erop dat alleen de OK-bestuurder van Holding een beslissende stem (ter zake van het beleid ten aanzien van Yelloobee) had. Wat betreft de doorslaggevende stem, durf ik dat niet te zeggen.

450 *Vide* hof Amsterdam (OK) 29 maart 2001, rekestnr. 306/2001 (*Incore*); hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72 (*Punching*); hof Amsterdam (OK) 26 juli 2006, *ARO* 2006/142 (*K&H*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2008, *ARO* 2009/3 (*MCEG*); hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO* 2010/171 (*Weerts & Van Rooij*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33 (*MEI*); hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2014, *ARO* 2014/175 (*Depron*); hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84 (*Lap*).

451 Hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72 (*Punching*).

452 *Vide* hof Amsterdam (OK) 21 juni 2005, *ARO* 2005/98 (*Knapen*).

453 Hof Amsterdam (OK) 9 mei 2006, *ARO* 2006/99 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2006, *ARO* 2007/4 (*Woudwood*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, m.nt. M.P. Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht* 2007/103, m.nt. M.J. van Ginneken (*ABN AMRO*); hof Amsterdam (OK) 22 juni 2007, *ARO* 2007/102 (*Micam*).

454 *Vide* hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150 (*Curamedical*).

455 *Vide* hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64 (*Plat Edam*).

(9) schorsing van de (door de vennootschap) aan bepaalde personen verleende (statutaire) volmachten (om haar te vertegenwoordigen);[456]
(10) aandelenoverdracht ten titel van beheer.[457]

Geconstateerd kan worden dat in een groot deel[458] van de onderzochte – en toewijzende – beschikkingen de Ondernemingskamer desverzocht onmiddellijke voorzieningen heeft getroffen bij (mede) een of meer van de onderliggende vennootschappen en dat dit meestentijds voorzieningen zijn in de vorm van de benoeming van een persoon tot bestuurder van de vennootschap(pen), vaak onder de gelijktijdige schorsing van een of meer personen als bestuurder(s) ervan, dan wel de benoeming van een persoon tot commissaris daarvan. (Ook) in zoverre voorziet het, onder omstandigheden, eveneens op dat niveau enquêtegerechtigd zijn blijkbaar in een behoefte.

7.2.7 Beoordeling enquêtebevoegdheid

7.2.7.1 Inleiding

In deze (slot)paragraaf zal ik ingaan op de door de Ondernemingskamer verrichte bevoegdheidsbeoordeling – en daarmee de ontvankelijkheid – ter zake van de gedane verzoeken voor zover die betrekking hebben op het mede doen instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van, en het, eventueel, (mede) treffen van onmiddellijke voorzieningen bij, een of meer onderliggende vennootschappen in wier geplaatste kapitaal de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoeker aandeel- of certificaathouder is, (een deel van) de (certificaten van) aandelen houdt, een en ander aan de hand van, wederom, de pregeselecteerde beschikkingen.[459]

Een groot deel daarvan bevat evenwel geen daaraan gewijde rechtsoverwegingen.[460] Dat kan hiermee te maken hebben dat (i) gesteld of gebleken was dat en

456 *Vide* hof Amsterdam (OK) 11 mei 2015, *ARO* 2015/136 (*Barendregt's*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7 (*4Apps*).

457 Hof Amsterdam (OK) 31 januari 2019, *ARO* 2019/73 (*Monmar*).

458 Dat deel zou (nog) groter kunnen zijn wanneer in eenzelfde zaak de eventuele nadien gegeven beschikkingen waarin ten aanzien van een of meer onderliggende vennootschappen onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen, worden meegenomen. Dergelijke beschikkingen laat ik evenwel buiten beschouwing.

459 *Vide* voetnoot 312 *supra*.

460 *Vide* hof Amsterdam (OK) 20 juli 2000, rekestnr. 592/2000 (*Nedco*); hof Amsterdam (OK) 16 november 2000, *JOR* 2001/9 (*MUS*); hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129 (*Mali Zevenaar*); hof Amsterdam (OK) 6 juni 2003, *ARO* 2003/98 (*McVeldt*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2003, *ARO* 2003/110 (*B&S Heiloo*); hof Amsterdam (OK) 13 april 2004, *ARO* 2004/54 (*Cebepe*); hof Amsterdam (OK) 24 maart 2005, *ARO* 2005/55 (*ACI*); hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2005, *ARO* 2005/97 (*'t Hart*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2005, *ARO* 2005/98 (*Knapen*) en hof Amsterdam (OK) 11 oktober 2005, *ARO* 2005/188 (*Knapen*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO*

waarom, op basis van de daartoe redengevende feiten en omstandigheden, de verzoeker (ook) enquêtegerechtigd was ten aanzien van de onderliggende vennootschap(pen)[461] en/of (ii) de al dan niet (gemotiveerd) gestelde enquêtegerechtigdheid van de verzoeker dienaangaande door de verweerster(s) en/of (andere) belanghebbende(n) niet (langer) werd betwist of bestreden[462] en (iii) de Ondernemingskamer – op basis van de stukken en het verhandelde ter terechtzitting – de verzoeker enquêtegerechtigd achtte, althans haar die enquêtegerechtigdheid als evenbedoeld (niet) (on)juist voorkwam, althans geen reden had daaraan te twijfelen, dan wel niet

2005/119 (*BKV*); hof Amsterdam (OK) 22 juli 2005, *ARO* 2005/121 (*Arthromed*); hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72 (*Punching*) en hof Amsterdam (OK) 11 juli 2006, *ARO* 2006/139 (*Punching*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWI*); hof Amsterdam (OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*); hof Amsterdam (OK) 9 mei 2006, *ARO* 2006/99 (*TriQorp*) en hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 26 juli 2006, *ARO* 2006/142 (*K & H*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/193 (*Masselink*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/192 (*De Leeuw*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/46 (*ITpreneurs*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, m.nt. M.P. Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht* 2007/103, m.nt. M.J. van Ginneken (*ABN AMRO*); hof Amsterdam (OK) 22 juni 2007, *ARO* 2007/102 (*Micam*); hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53 (*Kalf-Valk*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2008, *ARO* 2009/3 (*MCEG*) en hof Amsterdam (OK) 31 juli 2009, *ARO* 2009/133 (*MCEG*); hof Amsterdam (OK) 3 december 2008, *ARO* 2008/191 (*Graphic*); hof Amsterdam (OK) 26 januari 2009, *ARO* 2009/19 (*E&M Horeca*); hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56 (*Nedelko*); hof Amsterdam (OK) 8 maart 2010, *ARO* 2010/44 (*Allround Cargo*); hof Amsterdam (OK) 29 april 2010, *ARO* 2010/72 (*Celco*); hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*); hof Amsterdam (OK) 16 november 2010, *ARO* 2010/170 (*2Link*); hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Posttate*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*Markerink*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2011, *ARO* 2012/6 (*Hein Schilder*); hof Amsterdam (OK) 10 april 2012, *ARO* 2012/56 (*Sequoia*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2013, *ARO* 2013/98 (*Meditaxi*) en hof Amsterdam (OK) 1 juli 2013, *ARO* 2013/119 (*Meditaxi*); hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2014, *ARO* 2014/175 (*Depron*); hof Amsterdam (OK) 21 april 2015, *ARO* 2015/117 (*Penta Properties*); hof Amsterdam (OK) 14 juli 2017, *ARO* 2017/147 (*TCO*); hof Amsterdam (OK) 14 december 2017, *ARO* 2018/38 (*Cosijn & Visser*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/49 (*Ager*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/50 (*IHP*); hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *ARO* 2018/90 (*Setay*); hof Amsterdam (OK) 1 maart 2018, *ARO* 2018/79 (*Trinity*); hof Amsterdam (OK) 28 maart 2018, *ARO* 2018/108 (*Baars*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/110 (*Monitor*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2018, *ARO* 2018/144 (*Harderwijk*); hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2018, *ARO* 2018/185 (*Hoeve Holland*); hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194 (*Monitus*); hof Amsterdam (OK) 4 december 2018, *ARO* 2019/41 (*Korsten*); hof Amsterdam (OK) 31 januari 2019, *ARO* 2019/73 (*Monmar*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/83 (*Treffers*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84 (*Lap*); hof Amsterdam (OK) 5 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1603 (*Cavari*).

461 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/57, r.o. 3.4 (*LdB Ogilvy & Mather*); hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, *ARO* 2007/135, r.o. 3.3 (*Callisto*); hof Amsterdam (OK) 6 mei 2008, *ARO* 2008/87, r.o. 3.1 (*Stucadoorsbedrijf L&L*); hof Amsterdam (OK) 30 maart 2011, *ARO* 2011/63, r.o. 3.7 (*Muntal*).

462 Somtijds sluit de verweerster zich aan bij het oordeel van de Ondernemingskamer of sluit zij zich aan bij, althans verzet zij zich (expliciet) niet tegen, het verzoek tot het gelasten van een onderzoek naar haar beleid en gang van zaken.

(steeds) ambtshalve een bevoegdheidsbeoordeling als hier bedoeld verrichtte.[463] Deze beschikkingen laat ik daarom in het navolgende buiten beschouwing.

Eveneens buiten beschouwing laat ik bepaalde beschikkingen waarin de Ondernemingskamer (volstond met het) oordeel(de) dat de verzoeker (voorshands) in zijn verzoek kon worden ontvangen, nu zonder toelichting, die ontbrak, ik niet (geheel) weet waarom, inzonderheid met betrekking tot zijn enquêtebevoegdheid ter zake van de onderliggende vennootschap(pen).[464]

Hetzelfde geldt voor de *Agri*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer oordeelde dat het verzoek om een onderzoek bij een van de onderliggende vennootschappen niet was toegelicht en alleen al om die reden zou worden afgewezen,[465] en de beschikking inzake *S&R*, waarin de Ondernemingskamer met betrekking tot twee onderliggende vennootschappen overwoog dat de verzoekster niet had toegelicht waarom het onderzoek zich ook daartoe zou moeten uitstrekken, reden waarom het te bevelen onderzoek niet mede daarop zou zien.[466] Mij is, zonder nadere toelichting, die ontbrak, niet geheel duidelijk hoe deze twee beschikkingen moeten worden begrepen: werd in het verzoek ter zake met geen woord gerept over de enquêtebevoegdheid noch over gegronde redenen (leeg verzoek) of werd in het verzoek ter zake wél ingegaan op de enquêtebevoegdheid, maar níét (mede) op de gegronde redenen? [467] (Mede) gezien deze onduidelijkheid, laat ik ook deze twee beschikkingen buiten beschouwing.

---

463 In beginsel neemt de Ondernemingskamer in geval van een enquêteverzoek ten aanzien van een enkelvoudige vennootschap ook geen overweging in haar beschikking op waarin zij vaststelt dat de verzoeker aan de eisen als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW voldoet en mitsdien bevoegd – en in zoverre ontvankelijk – is ten aanzien van het door hem gedane verzoek indien (gemotiveerd en onweersproken) is gesteld – en de Ondernemingskamer zulks (niet) (on)juist voorkomt, althans geen reden heeft om daaraan te twijfelen, dan wel niet *ex officio* toetst of de verzoeker inderdaad, zoals hij stelt, aan de vorenbedoelde eisen voldoet – of gebleken is dat hij daaraan voldoet.

464 *Vide* hof Amsterdam (OK) 29 maart 2001, rekestnr. 306/2001, r.o. 3.1 (*Incore*); hof Amsterdam (OK) 31 augsustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*) en hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8, r.o. 3.1 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128, r.o. 3.1 en 3.3 (*Polyplus*); Hof Amsterdam (OK) 27 juni 2003, *ARO* 2003/113, r.o. 3.1-3.12 (*Johnny Hoes*); hof Amsterdam (OK) 17 april 2008, *JOR* 2008/157, m.nt. A. Doorman, r.o. 3.1 (*ABN AMRO*).

465 Hof Amsterdam (OK) 20 december 2013, *ARO* 2014/9, r.o. 3.6 (*Agri*). De Ondernemingskamer concludeerde dat er geen gegronde redenen waren om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van 'Agri Holding c.s.', *i.e.* de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekster 50%-aandeelhouder was, en haar twee volle onderligende vennootschappen (*vide* r.o. 1.1 en 2.1-2.2), te twijfelen, om welke reden de verzoeken werden afgewezen (r.o. 3.7).

466 Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO* 2014/60, r.o. 3.11 (*S&R*). Eerder, in r.o. 3.9, oordeelde de Ondernemingskamer dat er gegronde redenen waren om aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken van de holding en van een volle onderliggende vennootschap (*vide* r.o. 2.2) van haar te twijfelen waren. Een onderzoek werd bij hen bevolen. Daarin ligt besloten dat de verzoekster te hunnen aanzien enquêtegerechtigd was.

467 *Cf.* de – reeds buiten beschouwing gelaten (*vide* voetnoot 320 *supa*) – beschikking hof Amsterdam (OK) 22 september 2015, *ARO* 2015/211, r.o. 3.13 (*Schoenaker*), waarin de Ondernemingskamer, kort gezegd en voor zover hier van belang, overwoog dat het verzoek, voor zover dat zag op – de onder Schoenaker Holding, waarvan de verzoekster certificaathouder was, hangende vennootschappen (*vide* r.o. 2.1 en

Het resterende deel van de beschikkingen[468] zal worden besproken, en wel aldus. Eerst zal ik de beschikkingen die de Ondernemingskamer heeft gegeven vóór 's Hogen Raads *Landis*-beschikking[469], bespreken. Vervolgens komen de nadien gegeven beschikkingen aan bod, waarbij ik een onderscheid heb gemaakt tussen die waarin de verzoeker níét in zijn op een of meer onderliggende vennootschappen, van de vennootschap waarvan hij aandeel- of certificaathouder was, gericht enquêteverzoek kon worden ontvangen, en die waarin hij daarin (kennelijk) wél kon worden ontvangen. Centraal in deze paragraaf staan vragen als:

(1) Dient de verzoeker te stellen dat (en toe te lichten waarom) hij (mede) enquêtegerechtigd is ten aanzien van een of meer te enquêteren onderliggende vennootschappen?
(2) Toetst de Ondernemingskamer de enquêtebevoegdheid van aandeel- of certificaathouderszijde in concernverhoudingen ambtshalve of niet-ambtshalve?
(3) Onderwerpt de Ondernemingskamer de beoordeling van de enquêtebevoegdheid ter zake aan een marginale toetsing of aan een volle toetsing?
(4) Wat is de (beslissende) maatstaf voor de beoordeling van de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverhoudingen?
(5) Stelt de Ondernemingskamer wanneer naar haar oordeel de verzoeker enquêtegerechtigd is ten aanzien van een of meer onderliggende vennootschappen, deze vervolgens (expliciet) gelijk aan een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW?
(6) Is de Ondernemingskamer na de voornoemde *Landis*-beschikking de op dochtermaatschappijen gerichte enquêteverzoeken op het punt van de enquêtebevoegdheid anders gaan toetsen en, zo ja, hoe?
(7) Blijft de Ondernemingskamer bij de beoordeling van de enquêtebevoegdheid in concernverhoudingen steken in het noemen van een criterium, al dan niet in de vorm van een schakel uit 's Hogen Raads *Landis*-beschikking, of kleurt zij dat ook feitelijk in?

In § 7.3 worden deze vragen van antwoord voorzien.

2.3) – Eastpack, Enter, Kunststoffen, Automotive en Verhuur, werd afgewezen, daar zij in het gestelde onvoldoende aanleiding zag om een onderzoek bij de vijf laatstgenoemde vennootschappen te bevelen, om te vervolgen met de overweging dat de verzoekster geen aanknopingspunten had aangedragen die zulks rechtvaardigden.

468 Met uitzondering van hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, in het bijzonder r.o. 3.18, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*), nu deze tot 's Hogen Raads *Landis*-beschikking heeft geleid en daarin overeind is gebleven.

469 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).

7.2.7.2 OK-rechtspraak vóór HR-Landis[470]

De *Bot Bouw*-beschikking[471] is, zoals gezegd, de eerste beschikking waarin de Ondernemingskamer een van aandeelhouderszijde uitgelokte enquête bij (mede) een aantal onderliggende vennootschappen heeft toegewezen. De deur daartoe werd door haar echter slechts op een kier gezet door te overwegen dat, voor zover hier van belang, de enkele omstandigheid dat de verzoekers slechts aandeelhouders van een gerekestreerde (houdster)vennootschap waren en niet ook van de dochtervennootschap(pen) 'niet zonder meer althans niet in alle gevallen' tot de slotsom leidt dat zij niet-ontvankelijk zouden moeten zijn in een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van laatstgenoemde(n). Hierop liet zij volgen, verder dan dat kwam zij niet, dat het zich immers zeer wel kan voordoen dat, kort gezegd, de doeleinden en de daarmee verband houdende reikwijdte van het enquêterecht, zoals die mede in 's Hogen Raads *Ogem*-beschikking[472] zijn geformuleerd, slechts volledig tot hun recht kunnen komen indien het te bevelen onderzoek zich mede uitstrekt tot die dochtervennootschap(pen). De Ondernemingskamer vervolgde met te overwegen, voor zover hier van belang, dat het niet wel mogelijk was een juist beeld van het beleid en de gang van zaken van de houdstervennootschap te verkrijgen als niet tevens het beleid en de gang van zaken van de geaffilieerde vennootschappen in het onderzoek werden betrokken. Zij achtte dan

---

470 Deze paragraaf is, anders dan de volgende, bewust niet opgesplitst in ontvankelijkheid en niet-ontvankelijkheid, en wel om de volgende reden. In zowel hof Amsterdam (OK) 2 november 2000, *JOR* 2001/6, r.o. 3.4 (*Cohere*) als in hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.9 (*Janson*) werd er mede verzocht om een onderzoek bij een 31%-vennootschap respectievelijk een 60%-vennootschap. Weliswaar trof in de eerstbedoelde beschikking naar het oordeel van de Ondernemingskamer een op die vennootschap gericht verweer, houdende dat bepaalde verzoekers in zoverre niet in hun verzoek konden worden ontvangen omdat zij niet voldeden aan hetgeen art. 2:346 BW daartoe eist, op zichzelf doel, maar zij oordeelde daarna enkel dat er derhalve geen onderzoek zou worden bevolen naar het beleid en de gang van zaken van die 31%-vennootschap. Ook in het dictum werden die verzoekers niet niet-ontvankelijk verklaard. Tegen die achtergrond ligt het mijns inziens voor de hand dat dit deel van het verzoek werd afgewezen ('Wijst af het anders of meer verzochte'). In de laatstbedoelde beschikking was de uitkomst hetzelfde. Ook daarin overwoog de Ondernemingskamer enkel dat het verzoek niet voor toewijzing vatbaar was voor zover het zag op de 60%-vennootschap. Een niet-ontvankelijkheidsverklaring dienaangaande sprak zij niet uit, niet in het lichaam van de beschikking, noch in het dictum. Nu in beide beschikkingen, op de hier bedoelde punten, sprake was van een afwijzing en niet van niet-ontvankelijkheid, en vóór het geven van 's Hogen Raads *Landis*-beschikking geen beschikkingen zijn gegeven waarin de Ondernemingskamer een verzoeker (kennelijk) in het licht van het bepaalde art. 2:346 BW in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaarde, splits ik de paragraaf niet in bovenbedoelde zin op.

471 Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.4-4.7 (*Bot Bouw*).

472 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Ogem*).

ook mede een onderzoek bij de onderliggende vennootschappen gerechtvaardigd en noodzakelijk, waarin besloten ligt dat het op niet-ontvankelijkheid gerichte verweer werd verworpen.

De Ondernemingskamer lijkt te suggereren dat het onderzoek bij hen ertoe strekte een juist beeld te verkrijgen van de bovenliggende vennootschap.[473] Daarvoor was – en is – echter art. 2:351, tweede lid, BW nu juist in het leven geroepen.[474] Met het geven van een onderzoeksbevel worden alle in het dictum genoemde vennootschappen zelfstandig voorwerp van onderzoek,[475] waarmee ik bedoel dat naar hun eigen beleid en gang van zaken onderzoek wordt gedaan, bij hen (onmiddellijke) voorzieningen zouden kunnen worden getroffen en wanbeleid zou kunnen worden vastgesteld. Hoe zich dit een en ander verhoudt tot het bepaalde in art. 2:346, aanhef en onderdeel b, (oud) BW, maakte de Ondernemingskamer een uitzondering daarop of stelde zij de verzoekers daaraan gelijk, blijkt niet uit de beschikking.[476]

Van (enige) terughoudendheid[477] bij het laten ontvangen van verzoekers in hun verzoeken voor zover die betrekking hebben op een of meer onderliggende vennootschappen, blijkt weinig meer in nadien gegeven beschikkingen. Zo overwoog de Ondernemingskamer in haar *Janson*-beschikking,[478] voor zover hier van belang en kort gezegd, dat doel en strekking van het enquêterecht, in het bijzonder als verwoord in de hogergenoemde *Ogem*-beschikking, meebrengen dat het verzoek om een onderzoek niet slechts toewijsbaar was ten aanzien van A.J. Janson Holding B.V., maar ook ten aanzien van haar 100%-(klein)dochtermaatschappijen – en dan komt het – 'met wie zij – als economische en organisatorische eenheid en, nu het bestuur telkens, direct dan wel indirect via Holding, in handen is van A. Janson en M.M. Janson, onder gemeenschappelijke leiding – het Janson-concern vormt'.

---

473 Aldus ook Geerts in zijn noot, onder 2, bij hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*); Geerts 2004, *op. cit.*, p. 125-126. *Vide* ook de noot, onder 3, van Van den Ingh bij de voormelde beschikking.

474 *Vide Kamerstukken II* 1967/68, 9596, 3, p. 8 (MvT). Evenzo Geerts als in voetnoot 473 *supra* aangehaald. *Vide* ook Van den Ingh daarin.

475 Zo begrijp ik ook Geerts in voetnoot 473 *supra*. Ook kunnen bij hen desverzocht onmiddellijke voorzieningen worden getroffen alsmede kan in een eventuele tweede fase de Ondernemingskamer verzocht worden bij hen wanbeleid vast te stellen en in aansluiting daarop desverzocht een of meer voorzieningen treffen.

476 Volgens Van den Ingh kon de verruiming worden gezien als een vorm van 'vereenzelviging', die er zijns inziens op neerkwam dat voor de toepassing van een of meer enquêterechtelijke bepalingen de holding en haar dochter(maatschappij) als één rechtssubject werden gezien, zodat een aandeelhouder van eerstgenoemde tevens als aandeelhouder van laatstgenoemde werd aangemerkt; *vide* zijn noot, onder 3, bij hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*).

477 *Vide* ook Geerts' noot, onder 2 (*i.f.*), bij hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*).

478 Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.1, 3.3-3.4 en 3.8 (*Janson*).

Was dit nog toegesneden op (de concrete feiten van) de voorliggende zaak, in haar beschikking inzake *Kruisheer Elffers*[479] overwoog zij dat het betoog houdende, kort gezegd, dat het verzoek voor zover gericht op een tweetal volle dochtermaatschappijen van de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekster aandeelhouder was, niet voor toewijzing in aanmerking kon komen in verband met het bepaalde in art. 2:346 BW *iuncto* art. 2:345 BW, 'in zijn algemeenheid' niet als juist kon worden aanvaard om vervolgens – in algemene bewoordingen – te overwegen, onder verwijzing naar haar *Janson*-beschikking (*vide supra*), dat doel en strekking van het enquêterecht meebrengen dat, voor zover hier van belang en kort gezegd, het enquêteverzoek niet slechts voor inwilliging vatbaar is, als daartoe overigens aanleiding bestaat, jegens 'een' holdingvennootschap, maar 'in beginsel' ook ten aanzien van 'een' '100%' dochtervennootschap, waaraan, gelijk hiervoor, de Ondernemingskamer toevoegde 'met wie zij – zoals in het onderhavige geval – een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormt'.

Het aan te leggen criterium in deze twee hierboven besproken beschikkingen was, naar de Ondernemingskamer lijkt te suggereren, of de (klein)dochtermaatschappij(en) tezamen met haar (hun) moedermaatschappij een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormde.[480] Hoe in het licht van 's Hogen Raads – vóór die beschikkingen gegeven – *De Vries Robbé*-beschikking[481] 's Ondernemingskamers hier bedoelde overwegingen moeten worden verstaan, is onduidelijk. Overigens valt op dat de *Bot Bouw*-overweging die de toelichting bij het bepaalde in art. 2:351, tweede lid, BW ademde (*vide* ook *supra*),[482] niet (meer) terugkeerde.[483]

Het bovengenoemde criterium werd – in het kader van een art. 2:346 BW-bevoegdheidsverweer – in de *Callas*-beschikking herhaald.[484] Weliswaar sprak de Ondernemingskamer daarin niet mede van onder 'gemeenschappelijke leiding', maar dat ligt erin besloten. Immers, in haar *Janson*-beschikking overwoog zij, voor zover

479 Hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/9, r.o. 3.3 (*Kruisheer Elffers*).

480 Saillant detail in de *Janson*-beschikking was dat de Ondernemingskamer haar beschikking begon met in r.o. 3.1 te overwegen dat uit hoofde van hetgeen de verzoekster had gesteld, en door Holding niet of onvoldoende was betwist, het genoegzaam vaststond dat Holding met haar 100%-(klein-) dochtervennootschappen een 'economische en organisatorsiche eenheid' vormde, dit onder leiding van A.J. Janson en M.M. Janson, in welk licht zij later, in r.o. 3.8, sprak van 'onder gemeenschappelijke leiding'. Het hier bedoelde criterium komt dus niet, althans naar het lijkt, (volledig) uit haar eigen koker.

481 HR 1 februari 2002, *NJ* 2002/225, m.nt. van J.M.M. Maeijer (zie *NJ* 2002/226) en *Ondernemingsrecht* 2002/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3 (*De Vries Robbé*).

482 *Vide* de Kamerstukken in voetnoot 474 *supra*.

483 *Vide* ook Geerts 2004, *op. cit.*, p. 126 (alsmede voetnoot 285).

484 Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60, r.o. 3.4-3.5 (*Callas*).

hier van belang en kort gezegd, dat nu het bestuur telkens (in)direct via de houdstermaatschappij in handen was van een tweetal personen, er sprake was van gemeenschappelijke leiding.[485] Kijken wij naar de onderhavige beschikking, dan blijkt dat de vorenbedoelde eenheid onder leiding stond van eveneens telkens dezelfde (rechts-) personen. Hieruit volgt dat ook te dezen sprake was van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding. Interessant verschil ten opzichte van de *Janson*-beschikking en die inzake *Kruisheer Elffers* is echter dat in de voorliggende beschikking de Ondernemingskamer ook in haar beoordeling betrok dat de (bedrijfs)activiteiten van de groep gerekestreerde vennootschappen niet plaatsvonden in de twee moedermaatschappijen, maar louter in hun (gezamenlijke) dochtermaatschappij en de daaronder hangende, maar niet in de enquêteprocedure betrokken, volle dochtermaatschappij van haar. Voorts verwees zij in dezen niet naar het doel en de strekking van het enquêterecht en evenmin naar de in dat verband meergenoemde *Ogem*-beschikking.

Een ietwat andere benadering koos de Ondernemingskamer in haar beschikking inzake *Bouwburo*.[486] Weliswaar overwoog zij, wederom, dat – naar door de verzoeker was gesteld – er *in casu* sprake was van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding, maar dat was thans slechts een schakel in haar redenering, en niet het *pièce de résistance*; dat laatste was namelijk ditmaal, zo mondde die – op onderbouwing van de verwerping van het verweer van de onderliggende vennootschap, houdende dat de verzoeker jegens haar niet in zijn verzoek kon worden ontvangen vanwege het slechts zijn van aandeelhouder van de bovenliggende vennootschap, gerichte – redenering in uit, dat in de vorenbedoelde omstandigheden (de ondernemingen van) de verweersters zodanig 'onlosmakelijk verweven' waren dat in het licht van, de vaker door haar genoemde, doel en strekking van het enquêterecht de verzoeker mede in zijn verzoek ter zake van de volle dochtermaatschappij, van de vennootschap waarvan hij aandeelhouder was, kon worden ontvangen.

De enquêtegerechtigdheid met betrekking tot een onderliggende vennootschap werd in dezen dus, zo begrijp ik, in de sleutel geplaatst van het (nieuwe) criterium 'onlosmakelijke verwevenheid'. Vermeldenswaardig is, overigens, dat de Ondernemingskamer inzicht gaf in waarom er van een eenheid als hiervoor bedoeld sprake was: (i) de bestuurstaak van het bestuur van de bovenliggende vennootschap strekte zich mede uit tot de onderneming van de onderliggende vennootschap en (ii) het bestuur van beide vennootschappen vormde materieel een – mijn woorden: volledige[487] – personele unie. Sinds haar beschikking inzake *Janson*, hoewel zij daarin niet sprak van een (volledige) 'personele unie', ligt zulks daar wel in besloten, weten wij al dat het laatstbedoelde het element 'onder gemeenschappelijke leiding' vervult (*vide supra*).

485 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.8 (*Janson*).
486 Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, *ARO* 2005/5, r.o. 3.1 (*Bouwburo*).
487 Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, *ARO* 2005/5, r.o. 2.4 (*Bouwburo*).

Separaat behandel ik de *Cohere*-beschikking[488] en (een nog niet besproken onderdeel uit) de *Janson*-beschikking,[489] welke met elkaar gemeen hebben – en dat is het belangwekkende eraan – dat in beide het enquêteverzoek niet voor toewijzing vatbaar was voor zover het zag op een niet-volle onderliggende vennootschap. In de eerstgenoemde beschikking had Archet *c.s.* verzocht om, voor zover hier van belang en kort gezegd, een onderzoek bij Cohere, Sogyo en bij Global Rangers. Ten aanzien van laatstgenoemde – een 31%-vennootschap van Cohere – werd de ontvankelijkheid bestreden, omdat Archet *c.s.* niet voldeed aan het bepaalde in art. 2:346 BW. De Ondernemingskamer ging daarin mee. Een onderzoek werd daarom niet bevolen bij Global Rangers. Van niet-ontvankelijkheid sprak de Ondernemingskamer niet. Kennelijk werd het verzoek in zoverre afgewezen. Het noemenswaardige aan deze beschikking is dat Archet *c.s.* ook niet voldeed aan het bepaalde in art. 2:346 BW ten aanzien van – Coheres 100%-vennootschap – Sogyo, bij wie wél een onderzoek werd bevolen. De ontvankelijkheid op dat punt werd echter níét (mede) bestreden. Men zou uit dit een en ander kunnen afleiden dat de Ondernemingskamer zich in dezen lijdzaam opstelde: geen ambtshalve-toetsing van de enquêtebevoegdheid ter zake van Soygo; het ligt op de weg van de verwerende partij om de ontvankelijkheid te bestrijden, waarzonder van de enquêtebevoegdheid te dier zake zal worden uitgegaan. Een andere, niet uit te sluiten, mogelijkheid is dat de Ondernemingskamer zich wél eigenstandig over die bevoegdheid heeft gebogen en, haar vóór de onderhavige beschikking gegeven *Bot Bouw*-beschikking (*vide supra*) indachtig, waarin eveneens sprake was van een onderzoek bij 100%-vennootschappen, van oordeel was dat Archet *c.s.* daarover beschikte, maar zij, nu de hier bedoelde enquêtebevoegdheid niet werd bestreden en de bevoegdheidsbeoordeling positief uitviel, het niet nodig vond om dat met zoveel woorden in haar beschikking tot uitdrukking te brengen.

Ten aanzien van het enquêteverzoek in de *Janson*-beschikking overwoog de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat het niet toewijsbaar was voor zover het betrekking had op Korteweg Staal B.V., nu (i) de holding, waarvan de verzoekster certificaathouder was, in haar geplaatste kapitaal 'slechts', op indirecte wijze, een belang van 60% had én (ii) een onderzoek de positie van de andere aandeelhouder(s) van die deelneming – welke aandeelhouder-(s) in de voorliggende procedure geen partij waren en niet geacht konden worden door de holding te worden vertegenwoordigd – zou raken. Niet geheel duidelijk is of de Ondernemingskamer dit naar aanleiding van de 'meer formele' opgeworpen verweren als bedoeld in r.o. 3.4 overwoog of dat zij zulks ambtshalve deed. Hoe dit ook zij, het verzoek kwam op het hier bedoelde onderdeel niet voor toewijzing in

488 Hof Amsterdam (OK) 2 november 2000, *JOR* 2001/6, r.o. 3.1-3.2 en 3.4 (*Cohere*).

489 Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 2.3, 3.4 en 3.9 (*Janson*).

aanmerking. Kennelijk moeten wij dit, bij gebreke van een niet-ontvankelijkheidsverklaring, verstaan als een afwijzing. De redengeving daartoe (*vide* onder (i) en (ii))) is curieus te noemen, omdat (a) de Ondernemingskamer niet, wat wel in de rede had gelegen, naging of de 60%-vennootschap, net als de 100%-vennootschappen, deel uitmaakte van de eerdergenoemde economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding (*vide supra*) en (b) zowel de 60%-vennootschap als haar aandeelhouder(s) door de Ondernemingskamer als (andere) belanghebbende(n)[490] had(den) kunnen worden opgeroepen om voor belangen op te kunnen (doen) komen.[491]

7.2.7.3 OK-rechtspraak na HR-Landis

7.2.7.3.1 Enquêteverzoeker ontvankelijk

Het onlosmakelijke verwevenheidscriterium als geformuleerd in de *Bouwburo*-beschikking (*vide* § 7.2.7.2) is nadien ook gebruikt in de *Curamedical*-beschikking en in de *Boon*-beschikking.[492] In de eerstgenoemde beschikking werd – onder verwerping van het verweer dat de verzoeksters niet in hun verzoek voor zover dat de onderliggende vennootschap betrof, konden worden ontvangen nu zij van haar geen aandeelhouders waren, terwijl die vennootschap een zelfstandig, los van de bovenliggende vennootschap bepaald en gevoerd, beleid voerde – door de Ondernemingskamer overwogen, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat niet kon worden gezegd dat er *in casu* sprake was van een zodanig zelfstandige positie van de onderliggende vennootschap dat niet langer kon worden gesproken van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding. Integendeel, zo vervolgde zij, beide verweersters stonden onder leiding van de statutaire bestuurder van de bovenliggende vennootschap, reden waarom in zoverre – en dan klinkt een overweging uit haar *Bouwburo*-beschikking door – (i) het bestuur van die vennootschap zich mede uitstrekte tot de onderneming van de onderliggende vennootschap en (ii) de beleidsbepalende functionarissen van beide vennootschappen materieel een – mijn woorden: volledige –[493] personele unie vormden, onder welke omstandigheden[494] diende te worden geconcludeerd dat (de ondernemingen van) de verweersters zodanig onlosmakelijk waren verweven dat in het licht van doel en strekking van het enquêterecht de verzoeksters ook in hun verzoek ter zake van de onderliggende vennootschap konden worden ontvangen.

---

490 Met de 'andere belanghebbende' bedoel ik de verweerster, *i.e.* de vennootschap waartegen de procedure zich richt, en met 'belanghebbende' bedoel ik in dit verband de aandeelhouder(s).

491 *Vide* ook de noot, onder 6, van Josephus Jitta bij de *Janson*-beschikking en Geerts 2004, *op. cit.*, p. 127.

492 Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150, r.o. 3.1 (*Curamedical*); hof Amsterdam (OK) 16 juli 2010, *ARO* 2010/112, r.o. 3.1 *iuncto* 3.3 (*Boon*).

493 *Vide* hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150, r.o.3.1 *iuncto* 2.11 (*Curamedical*).

494 Volledigheidshalve wijs ik erop dat 's Ondernemingskamers r.o. 3.1 langer is dan ik weergeef. Zo overwoog zij ook nog, voordat zij tot haar conclusie kwam, dat van een zodanige eenheid temeer sprake was gezien de in r.o. 2.1-2.8 vastgestelde feiten.

Het verweer dat de verzoekster geen aandeelhouder van de onderliggende vennootschappen was, mocht ook in de *Boon*-beschikking niet baten. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer was er namelijk – gelijk de verzoekster had gesteld – sprake van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding, waartoe zij *mutatis mutandis* hetzelfde overwoog als hiervoor, zij het dat het genoemde onder (i) niet (expliciet) werd genoemd.

Alhoewel zij in haar *Weerts & Van Rooij*-beschikking[495] slechts sprak van zodanig 'verweven' zijn, lijkt het er, gezien de opvallende gelijkenis tussen haar overweging ('In die omstandigheden zijn (…).') in dezen en die in de twee bovenbesproken beschikkingen, op dat het woord 'onlosmakelijk' kan worden ingelezen, alsof dat er dus staat. Maar er is meer. De Ondernemingskamer stelde (ambtshalve?) vast dat aangezien er, *mutatis mutandis*, sprake was van het genoemde onder (i) en (ii) (*vide supra*), de gerekestreerde vennootschappen deel uitmaakten van dezelfde economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding, in welke omstandigheden (de ondernemingen van) die vennootschappen zodanig (onlosmakelijk) verweven waren dat zij konden worden aangemerkt als een concern en dat in het licht van doel en strekking van het enquêterecht de verzoekster ook kon worden ontvangen in haar enquêteverzoek voor zover dat de onderliggende vennootschappen betrof. Ik versta dit oordeel aldus dat de verzoekster, gelet op doel en strekking als vorenbedoeld, ontvankelijk was omdat de vennootschappen zodanig (onlosmakelijk) verweven waren dat zij konden worden aangemerkt als een 'concern'.

Haar – naar het lijkt, nu er geen melding werd gemaakt van een verweer op dit punt: ambtshalve – gegeven oordeel in de *Steelframe*-beschikking[496] lijkt op de hiervoor besproken *Weerts & Van Rooij*-beschikking; ook in de eerstgenoemde beschikking werd immers overwogen dat in de hierna te noemen omstandigheden de (ondernemingen van de) verweersters zodanig verweven waren dat zij konden worden aangemerkt als een 'concern', zodat de verzoeksters ten aanzien van elk van hen konden worden ontvangen in hun verzoeken, waarbij eveneens het doel en de strekking van het enquêterecht werden gesleept. Er werden *in casu*, gelet op de plaatsing van twee puntkomma's, drie omstandigheden opgesomd, te weten (1) de verweersters maakten deel uit van dezelfde 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding', (2) er was sprake van 100%-verhoudingen en (3) de besturen van de verweersters vormden tezamen feitelijk een – naar in het oordeel opgesloten ligt: volledige – personele unie. Het genoemde onder (2)-(3) vormt een aanwijzing voor het genoemde onder (1). De Ondernemingskamer had haar oordeel dan ook nauwkeuriger kunnen formuleren.

495 Hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO* 2010/171, r.o. 3.1 (*Weerts & Van Rooij*).
496 Hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64, r.o. 3.4 (*Steelframe*).

Dit zo-even bedoelde – en zelden gebruikte – 'concerncriterium' kwam eveneens naar voren in de *Strara*-beschikking.[497] Daarin overwoog de Ondernemingskamer namelijk dat, voor zover hier van belang en kort gezegd, tussen partijen klaarblijkelijk niet in geschil was dat de verweersters konden worden aangemerkt als een 'concern' en dat de verzoekster 'op die grond' tevens kon worden ontvangen in haar verzoek ten aanzien van de onderliggende vennootschap,[498] waaraan zij toevoegde dat zij in de feiten en omstandigheden geen aanleiding zag anders te oordelen, waaruit volgt, zo lijkt, dat zij te dier zake niet volledig lijdelijk is; in het evenbedoelde schuilt, denk ik, een zekere marginale (terughoudende) toetsing. Onder een 'concern' verstaat de Ondernemingskamer, zo volgt uit de hierboven besproken *Weerts & Van Rooij*-beschikking, een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding'.

Van (het synoniem) 'groep' werd gesproken in haar *ICTrack*-beschikking.[499] Daarin overwoog de Ondernemingskamer (ambtshalve?), voor zover hier van belang, dat (mede) in het licht van de structuur en organisatie van de (gerekestreerde) vennootschappen 'als groep' er alle aanleiding was om ook de twee onderliggende vennootschappen in het onderzoek te betrekken, hetgeen naar haar oordeel ook gerechtvaardigd was. Een onderzoek naar eveneens hun beleid en gang van zaken werd dan ook bevolen.

In haar *Dodo*-beschikking[500] noch in haar *Florimarx*-beschikking[501] treffen wij het onlosmakelijk verwevenheidscriterium of het concerncriterium aan. Wel zien wij daarin terug dat de Ondernemingskamer keek naar wie er zetelde(n) in de besturen van de te enquêteren vennootschappen. Zo achtte zij in de eerstbedoelde beschikking gerechtvaardigd – zulks was onbestreden gebleven – dat het onderzoek zich mede diende uit te strekken tot de dochtervennootschappen nu, voor zover hier van belang, de bovenliggende vennootschap telkens het bestuur van die vennootschappen vormde zodat de besturen van deze en die van haarzelf – materieel gezien, zo voeg ik toe – uit dezelfde personen bestond.

497 Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58, r.o. 3.3 (*Strara*).

498 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, *ARO* 2007/135, r.o. 3.3 (*Callisto*): 'Nu voorts geen feiten zijn gesteld of gebleken die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat Callisto en de andere genoemde vennootschappen (voor toepassing van het enquêterecht) een concern vormen en ook overigens geen gronden zijn aangevoerd die het gelasten van een concernenquête kunnen rechtvaardigen, dient Spinola voor zover haar verzoek betrekking heeft op Hydra, Solaris, Hera B.V., PrivaZorg Beheer en PrivaZorg, daarin niet ontvankelijk te worden verklaard.' Deze beschikking heb ik buiten beschouwing gelaten.

499 Hof Amsterdam (OK) 4 maart 2008, *ARO* 2008/51, r.o. 3.11 en 3.14 (*ICTrack*).

500 Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34, r.o. 3.13 *iuncto* 2.3 (*Dodo*).

501 Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/84, r.o. 3.3 *iuncto* 2.3 en 2.4 (*Florimarx*).

In de laatstbedoelde beschikking kon naar het oordeel van de Ondernemingskamer inderdaad, gelijk beide partijen voorstonden, tevens een onderzoek plaatsvinden bij de onderliggende vennootschap, ondanks het feit dat zij slechts aandeelhouders waren van de bovenliggende vennootschap, daar de enige activiteit van de topvennootschap het houden van alle aandelen in (het geplaatste kapitaal van) de onder haar hangende vennootschap was én de aandeelhouders van eerstgenoemde tevens de (enige) bestuurders, feitelijk gezien, me dunkt, van laatstgenoemde waren. Saillant is dat ofschoon de enquêtebevoegdheid aangaande de onderliggende vennootschap, kennelijk, niet was bestreden, de Ondernemingskamer, gezien het woord 'inderdaad', bevestigde dat en waarom bij beide verweersters een enquête kon worden gelast. Wederom stelde zij zich bepaald niet lijdelijk op. Overigens valt op dat de Ondernemingskamer acht sloeg op de activiteiten van de bovenliggende vennootschap. Wat, zo vraag ik mij af, als deze meer inhielden dan het houden van aandelen als hiervoor bedoeld. Strandde het enquêteverzoek dan?

Frequent scharniert in 's Ondernemingskamers beschikkingspraktijk de enquêtebevoegdheid ter zake van een of meer onderliggende vennootschappen (louter) om de vraag of de te enquêteren vennootschappen tezamen een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding', of iets in dien aard, waarover hierna, vormen. Voorbeelden daarvan zijn haar beschikkingen inzake *Induna*,[502] *Pierson & Pierson*,[503] *Via Parva*,[504] *Wikkelbok*,[505] *Iszgro*,[506] *De Jong*,[507] *Plat Edam*,[508] *Fuhler*,[509] *Barendregt's*,[510] *Phanos Reit*,[511] *Lansinkveste*[512], *Meijbon*[513] en *Roessen & Roessen*.[514] Alleen in haar beschikking inzake *Proxy* lezen wij daarachter ook, net als in *Landis*,[515] de woorden 'en er wat de samenstelling van de onderscheiden besturen betreft[,] sprake was van een vrijwel volledige personele unie'.[516] In haar *4Apps*-beschikking sprak de Ondernemingskamer daarentegen slechts van een 'economische en organisatorische eenheid'.[517] Nog korter was zij

502 Hof Amsterdam (OK) 8 september 2011, *ARO* 2011/139, r.o. 3.5 (*Induna*).
503 Hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO* 2012/119, r.o. 3.1 (*Pierson & Pierson*).
504 Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165, r.o. 3.3 (*Via Parva*).
505 Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40, r.o. 3.2 (*Wikkelbok*).
506 Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18, r.o. 3.18 (*Iszgro*).
507 Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/85, r.o. 3.2 (*De Jong*).
508 Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64, r.o. 3.10 (*Plat Edam*).
509 Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO* 2014/61, r.o. 3.5 (*Fuhler*).
510 Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2015, *ARO* 2015/136, r.o. 3.7 (*Barendregt's*).
511 Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171, r.o. 3.5 (*Phanos Reit*).
512 Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/173, r.o. 3.7 (*Lansinkveste*).
513 Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2016, *ARO* 2016/139, r.o. 3.2-3.3 (*Meijbon*).
514 Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128, r.o. 3.7 (*Roessen & Roessen*).
515 *Vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).
516 Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82, r.o. 3.17 (*Proxy*).
517 Hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7, r.o. 3.6 (*4Apps*).

in haar *Pool*-beschikking,[518] waarin, als ik dat goed zie, (uiteindelijk) beslissend was, gezien de woorden 'ook overigens', het zijn van een 'organisatorische eenheid'. Op het bovenbedoelde scharnier zijn ook enkele variaties ontwikkeld. Zo sprak de Ondernemingskamer in haar *FazandtGroep*-beschikking[519] van een 'financiële, economische en organisatorische eenheid', in haar *Mulix*-beschikking[520] van 'economische en organisatorische samenhang' en sprak zij in haar *Jimm*-beschikking[521] van 'gezamenlijk beleid onder gemeenschappelijke leiding'.

In een deel van de voornoemde beschikkingen treffen wij een feitelijke inkleuring van het vorengeciteerde aan. Zo overwoog de Ondernemingskamer in haar beschikking inzake *Pool*, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat nu de voorraadgoederen geheel of gedeeltelijk aan de dochtervennootschappen toebehoorden en de topvennootschap 100%-aandeelhouder alsook enig bestuurder van hen was, zodat 'van enige zelfstandige beleidsbepaling door deze dochtervennootschappen geen sprake kan zijn en Pool Elements *c.s.* ook overigens een organisatorische eenheid vormen', het te gelasten onderzoek ook betrekking diende te hebben op het beleid en de gang van zaken van die dochtervennootschappen.[522]

In de *FazandtGroep*-beschikking was sprake van een 'financiële, economische en organisatorische eenheid' omdat (i) de bovenliggende vennootschap enig bestuurder en aandeelhouder van de onderliggende vennootschap was, (ii) de onderliggende vennootschap ten behoeve van haar onderneming (uitsluitend) panden (met inventaris) voor ruim € 500.000 per jaar huurde van de bovenliggende vennootschap en (iii) de evenbedoelde vennootschappen gezamenlijk werden gefinancierd en (iv) zij tezamen een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting vormden.[523]

Het genoemde onder (i) *supra*, hiermee aangevuld dat dezelfde natuurlijke personen betrokken waren bij het bestuur van beide vennootschappen, was voor de Ondernemingskamer redengevend om in haar *Mulix*-beschikking te oordelen dat er een zodanige 'economische en organisatorische samenhang' tussen Mulix Holding B.V. en Mulix B.V. was, dat de verzoekster als aandeelhouder van de bovenliggende vennootschap ook een enquête bij de onderliggende vennootschap kon verzoeken.[524]

In haar *Pierson & Pierson*-beschikking overwoog de Ondernemingskamer dat de verzoekers (onbestreden) hadden gesteld dat de verweersters tezamen een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden, waarop zij liet volgen dat het bestuur van de onderliggende vennootschap feitelijk in handen was van de bestuurder van de bovenliggende vennootschap en daarbij

518 Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8, r.o. 3.3 (*Pool*).
519 Hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180, r.o. 3.7 (*FazandtGroep*).
520 Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82, r.o. 3.7 (*Mulix*).
521 Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127, r.o. 3.10 (*Jimm*).
522 Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8, r.o. 3.3 (*Pool*).
523 Hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180, r.o. 3.7 (*FazandtGroep*).
524 Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82, r.o. 3.7 (*Mulix*).

kwam dat de eerstbedoelde vennootschap was opgericht met het enkele doel de royalties uit een beoogde franchisecontructie van de onderneming te kunnen innen, in welk licht de verzoekers mede ontvankelijk waren in hun verzoek voor zover dat zag op die vennootschap.[525]

Enquêtegerechtigd ten aanzien van de onderliggende vennootschap was ook het oordeel van de Ondernemingskamer in de *Via Parva*-beschikking.[526] Zij bereikte dat, kort gezegd, aldus. Via Parva B.V. had slechts één activiteit: het houden van haar 100%-belang in Isotron Systems B.V. (*cf.* de *Florimarx*-beschikking *supra*). Deze laatste verrichtte de ondernemingsactiviteiten. Voorts waren bij beide vennootschappen dezelfde personen betrokken. Uit dit een en ander concludeerde de Ondernemingskamer dat de verweersters tezamen een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden. Van enig zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid van de ene vennootschap ten opzichte van de andere was niet gebleken, met welke toevoeging zij lijkt te suggereren dat in geval van een eenheid als hiervoor bedoeld daar geen sprake van is (*vide* ook de *Phanos Reit*-beschikking *infra*).[527]

Van zulk een eenheid was eveneens sprake in de *Phanos Reit*-beschikking, en wel hierom dat (a) de respectieve besturen een volledige personele unie vormden en (b) binnen de onderliggende vennootschappen ten opzichte van de bovenliggende vennootschap geen zelfstandig bestuursbeleid werd bepaald en gevoerd.[528]

Verder noem ik de *Meijbon*-beschikking.[529] Daarin overwoog de Ondernemingskamer dat de Meijbon-groep een 'economische en organisatorische eenheid (…) onder gemeenschappelijke leiding' vormde, waartoe redengevend was dat de topvennootschap (in)direct enig aandeelhouder en enig bestuurder van de overige verweersters was en hun activiteiten onderling nauw verweven waren. Gezien het doel en de strekking van het enquêterecht, was de verzoekster daarom ook ontvankelijk in haar verzoek voor zover dat zag op die verweersters.

Het is nogal wisselend hoe de Ondernemingskamer – op het punt van de enquêtebevoegdheid ter zake van de onderliggende vennootschap(pen) – met enquêteverzoeken die mede gericht waren op een of meer onderliggende vennootschappen,

525 Hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO* 2012/119, r.o. 3.1 (*Pierson & Pierson*).

526 Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165, r.o. 3.3 (*Via Parva*).

527 Ik lees r.o. 3.3 dus niét op deze wijze dat het voor de enquêtebevoegdheid in dit geval van belang was dat er sprake was van een economische en organisatorisch eenheid onder gemeenschappelijke leiding én van het niet zelfstandig kunnen bepalen en voeren van bestuursbeleid, maar veeleer dat dat laatste wat zei over dat eerste (het versterkte de bereikte conclusie dat er van een eenheid als hiervoor bedoeld sprake was). Men vergelijke ook de hierna te bespreken *Phanos Reit*-beschikking, waarin blijkens het redengevende voegwoord woord 'nu' de aanwezigheid van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding werd onderbouwd met (mede) het niet zelfstandig bepalen en voeren van bestuursbeleid; *vide* hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171, r.o. 3.5 (*Phanos Reit*).

528 Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171, r.o. 3.5 (*Phanos Reit*).

529 Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2016, *ARO* 2016/139, r.o. 3.3 (*Meijbon*).

omgaat. Zo overwoog zij in haar *Induna*-beschikking[530] dat '[a]angenomen' moest worden dat Induna B.V. en haar dochtervennootschappen een 'economische en organisatorische eenheid' vormden. Zij stonden, aldus de Ondernemingskamer, onder 'gemeenschappelijke leiding'. Tegen die achtergrond beval zij een onderzoek bij alle verweersters.

In haar *Jimm*-beschikking[531] oordeelde de Ondernemingskamer dat uit de stellingen van partijen voortvloeide dat bij Jimm Holding B.V. en de drie dochtervennootschappen sprake was van een 'gezamenlijk beleid onder gemeenschappelijke leiding'. Mede dit leidde tot een aantal beslissingen, onder andere tot het bevelen van een onderzoek.

Een onderzoek werd eveneens bevolen in de *Plat Edam*-beschikking,[532] waarbij de Ondernemingskamer in aanmerking dat – zoals de verzoekster 'onbestreden' had aangevoerd – de verweersters samen een 'economische en organisatorische eenheid' vormden en onder 'gemeenschappelijke leiding' stonden. Ook in haar *Iszgro*-beschikking[533] en in haar *Lansinkveste*-beschikking[534] constateerde de Ondernemingskamer dat '[o]nweersproken' respectievelijk 'niet bestreden' was dat er sprake was van een eenheid als evenbedoeld. Zij concludeerde daartoe – onder vermelding dat de verzoekster zulks 'onbestreden' had gesteld – in de *Via Parva*-beschikking (*vide* ook *supra* en *infra*).[535] In haar *Barendregt's*-beschikking[536] was tussen partijen 'niet in geschil' dat de verweersters zulk een eenheid vormden.

Verder ging de Ondernemingskamer in haar beschikkingen inzake *Proxy*,[537] *Wikkelbok*,[538] *Fuhler*[539] en *De Jong*.[540] In de eerstgenoemde beschikking overwoog de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang, dat de verzoekster haar bevoegdheid ten aanzien van, onder andere, de Proxy Dochters niet uitvoerig had toegelicht, maar dat tegen de reikwijdte van het verzochte onderzoek op dat punt evenmin verweer was gevoerd. Daaruit leidde zij af dat partijen kennelijk – en naar het oordeel van de Ondernemingskamer 'niet ten onrechte' – meenden dat die vennootschappen een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' van Proxy Holding vormden en er wat de samenstelling van de onderscheiden besturen betrof, sprake was van een 'vrijwel volledige personele

530 Hof Amsterdam (OK) 8 september 2011, *ARO* 2011/139, r.o. 3.5 (*Induna*).
531 Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127, r.o. 3.10 (*Jimm*).
532 Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64, r.o. 3.10 (*Plat Edam*).
533 Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18, r.o. 3.18 (*Iszgro*).
534 Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/173, r.o. 3.7 (*Lansinkveste*).
535 Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165, r.o. 3.3 (*Via Parva*).
536 Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2015, *ARO* 2015/136, r.o. 3.7 (*Barendregt's*).
537 Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82, r.o. 3.17 (*Proxy*).
538 Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40, r.o. 3.2 (*Wikkelbok*).
539 Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO* 2014/61, r.o. 3.5 (*Fuhler*).
540 Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/85, r.o. 3.2 (*De Jong*).

unie', reden waarom het verzoek ook ten aanzien van de Proxy Dochters toewijsbaar was. In de tweedegenoemde beschikking bevestigden de gerekestreerde vennootschappen, zoals uit hun stellingen bleek, dat zij *de facto* een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden. Deze opvatting kwam de Ondernemingskamer 'juist' voor. In de derdegenoemde beschikking overwoog zij, voor zover hier van belang, dat voor zover het verzoek zag op de overige als verweersters genoemde (dochter)vennootschappen, het op de – onweersproken gebleven, voldoende toegelichte en 'aannemelijk te achten' – stelling berustte dat de verweersters een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden. In de vierdegenoemde beschikking lezen wij, tot slot, dat de verzoeker onweersproken en naar het oordeel van de Ondernemingskamer op 'juiste' gronden had gesteld dat de verweersters een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden, zodat daar verder van zou worden uitgegaan.

Weer een stap verder ging de Ondernemingskamer in haar beschikkingen inzake *FazandtGroep*,[541] *Mulix*,[542] *Pierson & Pierson*[543] en *Via Parva*.[544] Hierin ging de Ondernemingskamer – uit, naar wat lijkt, eigen beweging; er wordt in de beschikking namelijk geen verband gelegd met een (gevoerd) verweer op dit punt – de bevoegdheidsvraag behandelen door uit te leggen waarom de verzoeker (mede) een enquête kon uitlokken bij de onderliggende vennootschap(pen).[545] Haar beschikking inzake *Pool* lees ik ook aldus; zulks ligt erin besloten.[546] Weliswaar noemde de Ondernemingskamer daarin redenen waarom het onderzoek ook betrekking diende te hebben op een aantal dochtervennootschappen, maar die redenen voerden haar ook tot een gevolg, namelijk dat er sprake was van een 'organisatorische eenheid'. En daarin ligt de beantwoording van de voorvraag: kán het onderzoek zich ook in evenbedoelde zin uitstrekken? Ja dus, om reden als zo-even bedoeld.

In de *4Apps*-beschikking overwoog zij dat het onderzoek tevens betrekking diende te hebben op het beleid en de gang van zaken van een tweetal onderliggende vennootschappen die een 'economische en organisatorische eenheid' met de topvennootschap vormden.[547] Waarom er van zulk een eenheid sprake was, vermeldt de

541 Hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180, r.o. 3.7 (*FazandtGroep*).
542 Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82, r.o. 3.7 (*Mulix*).
543 Hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO* 2012/119, r.o. 3.1 (*Pierson & Pierson*).
544 Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165, r.o. 3.3 (*Via Parva*).
545 In hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO* 2012/119, r.o. 3.1 (*Pierson & Pierson*) zowel als hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165, r.o. 3.3 (*Via Parva*) was de stelling dat de verweersters tezamen een 'economische en organisatorsiche eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden, niet bestreden. Voorts blijkt uit die laatste beschikking dat de enquêtegerechtigdheid ten aanzien van de onderliggende vennootschap, tussen partijen niet in geschil was.
546 Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8, r.o. 3.3 (*Pool*).
547 Hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7, r.o. 3.6 (*4Apps*).

beschikking niet. Verder vraag ik mij af of het hiervoor geciteerde uit het verzoekschrift is gehaald of dat de Ondernemingskamer eigenstandig op basis van de stukken tot die conclusie is gekomen.

Overigens signaleer ik dat van de hiervoor in het kader van het criterium 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' besproken beschikkingen in die betreffende *Meijbon* het verweer was gevoerd dat de verzoekster niet in haar verzoek kon worden ontvangen voor zover dat betrekking had op een of meer onderliggende vennootschappen nu zij daarvan geen aandeelhouder was.[548] Weliswaar was daarvan ook sprake in de *Wikkelbok*-beschikking, maar dat verweer werd ter terechtzitting niet langer gehandhaafd.[549] Tevens noem ik de *Phanos Reit*-beschikking.[550] Daarin werd door de verweersters aangevoerd dat een zogeheten concern(genoten)enquête hier niet op zijn plaats was. Naar aanleiding van de processtukken en hetgeen partijen ter zitting hadden aangevoerd, concludeerde de Ondernemingskamer echter dat de verweersters tezamen een eenheid als hier bedoeld vormden en de verzoekers bovendien haars inziens genoegzaam duidelijk hadden gemaakt waarom *in casu* een concern(genoten)enquête geboden was.

Soms staat het hogergenoemde criterium naast een ander criterium ('en-en'): het ontbreken van zelfstandige beleidsbepaling en/of -voering. Zo overwoog de Ondernemingskamer in haar beschikking inzake *A&T Van Beek*, voor zover hier van belang, dat uit de stellingen van partijen bleek dat A&T Van Beek B.V. en Manneken Pis B.V. een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden én dat binnen de laatstbedoelde vennootschap 'geen sprake is van een ten opzichte van A&T zelfstandig *bepaald* [curs. RPJ] bestuursbeleid'.[551] Een soortgelijke overweging is te vinden in haar beschikking inzake *DPS*. Daarin overwoog de Ondernemingskamer namelijk, voor zover hier van belang, dat de verweersters – naar partijen het kennelijk over eens waren – een 'organisatorische en economische eenheid onder nagenoeg gemeenschappelijke leiding' vormden en voorts van een ten opzichte van de topvennootschap 'zelfstandig *gevoerd* [curs. RPJ] bestuursbeleid niet [is] gebleken', reden waarom de Ondernemingskamer de aandeelhouders van die vennootschap mede enquêtegerechtigd achtte ten aanzien van de dochtervennootschappen.[552]

Nog meer criteria waren achter elkaar geplakt in de *MEI*-beschikking ('en-en-en'), waarin de Ondernemingskamer – naar aanleiding hiervan, zo ik begrijp, dat bepaalde partijen zich op het standpunt stelden dat het op de onderliggende vennootschappen gerichte verzoek voor niet-ontvankelijkheid in aanmerking kwam – concludeerde dat

548 Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2016, *ARO* 2016/139, r.o. 3.2-3.3 (*Meijbon*).
549 Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40, r.o. 3.2 (*Wikkelbok*).
550 Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171, r.o. 3.5 (*Phanos Reit*).
551 Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/55, r.o. 3.5 (*A&T Van Beek*).
552 Hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70, r.o. 3.5 (*DPS*).

de topvennootschap en haar drie volle dochtervennootschappen tezamen een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden én dat tussen hun respectieve besturen een 'vrijwel volledige personele unie' bestond alsmede dat binnen die dochtervennootschappen ten opzichte van die topvennootschap 'geen zelfstandig bestuursbeleid wordt *bepaald en gevoerd* [curs. RPJ]', hetwelk meebracht dat de verzoekster als aandeelhouder van de bovenliggende (top)vennootschap mede enquêtebevoegd was ten aanzien van die onderliggende (dochter)vennootschappen.[553]

Aparte bespreking verdient de beschikking inzake *New Company Investments*.[554] Daarin had de verzoekster aan haar gegronde redenen-stelling, voor zover hier van belang, ten grondslag gelegd dat gezien de samenstelling van hun besturen en de zeggenschapsverhoudingen, er tussen de verweersters sprake was van een 'economische en organisatorische eenheid' – waardoor – de onderliggende vennootschappen ten opzichte van de topvennootschap 'geen zelfstandig beleid voeren'. De Ondernemingskamer kwam daar niet meer over te spreken, maar beval wel een onderzoek bij al deze verweersters. Mag daaruit worden afgeleid dat zij impliciet het vorenbedoelde sanctioneerde?

Het 'niet zelfstandig (kunnen) voeren van beleid'-criterium stond alleen – er werd niet eveneens gesproken van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding, of iets dergelijks – in de beschikking inzake *Readen Retail*.[555] Daarin werd door een deel van de verweersters betwist dat binnen de dochtervennootschappen geen sprake was van zelfstandige beleidsvoering. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer hadden zij echter niet toegelicht hoe die stelling zich verhield tot het gegeven dat de topvennootschap zelf bestuurder van de eederbedoelde vennootschappen was. Hierbij had de Ondernemingskamer mijns inziens ook moeten betrekken het feit dat de topvennootschap in dit geval 100% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van haar drie (gerekestreerde) dochtermaatschappijen had, aangezien, zoals uit de volgende paragraaf nog zal blijken, in het geval dat de onderliggende vennootschap een of meer minderheidsaandeelhouders heeft waarmee een aandeelhoudersovereenkomst is gesloten, de uitkomst qua zelfstandige beleidsbepaling en/of -voering anders kan liggen, dit ondanks het feit dat de (bestuurder van de) bovenliggende (ook) bestuurder van die vennootschap is.

553 Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33, r.o. 3.4 (*MEI*).
554 Hof Amsterdam (OK) 6 april 2017, *ARO* 2017/104, r.o. 3.1 en 3.9 (*New Company Investments*).
555 Hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5, r.o. 3.6 (*Readen Retail*).

Met enige regelmaat duikt het raken-vereiste op in 's Ondernemingskamers rechtspraak. Voorbeelden daarvan zijn de beschikkingen inzake *Van Doorn*,[556] *New Look*,[557] *BHC*,[558] *Clifden*,[559] *RTC*,[560] *Mertical*,[561] *Blue*,[562] *WiSH IP*,[563] *Bakery Initiatives*,[564] *ADW*[565] en *SNS*.[566] Inhoudelijk verschillen deze beschikkingen echter.

Het meest kort van stof was de Ondernemingskamer in haar *BHC*-beschikking.[567] Daarin overwoog de Ondernemingskamer slechts, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat tussen partijen niet in geschil was dat het beleid en de gang van zaken van de dochtervennootschappen de belangen van de aandeelhouders 'evenzeer en op gelijke wijze raken' als het beleid en de gang van zaken van BHC en zij 'daarom' een onderzoek zou gelasten bij deze vennootschappen.

Uitgebreider was de Ondernemingskamer in haar beschikkingen inzake *RTC* en *Metrical*,[568] waarin zij in – *mutatis mutandis*: nagenoeg gelijkluidende – overwegingen oordeelde dat zij verstond dat de enquêtebevoegdheid ten aanzien van de onderliggende vennootschap erop werd gebaseerd dat de gerekestreerde vennootschappen tezamen een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden én dat binnen de onderliggende vennootschap geen sprake was van enig ten opzichte van de bovenliggende vennootschap 'zelfstandig *bepaald en gevoerd* [curs. RPJ] bestuursbeleid' en dat 'derhalve' het beleid en de gang van zaken van de onderliggende vennootschap de belangen van verzoek(st)er(s) als aandeelhouder(s) van de bovenliggende vennootschap 'evenzeer en op gelijke wijze raken' als het beleid en de gang van zaken van de laatstbedoelde vennootschap zelf. Dit was in beide zaken niet bestreden. Ontvankelijkheid ter zake was (kennelijk) het gevolg.

556 Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.2 (*Van Doorn*).
557 Hof Amsterdam (OK) 2 april 2013, *ARO* 2013/68, r.o. 3.3 (*New Look*).
558 Hof Amsterdam (OK) 8 januari 2013, *ARO* 2013/24, r.o. 3.17 (*BHC*).
559 Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165, r.o. 3.6-3.7 (*Clifden*).
560 Hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191, r.o. 3.5 (*RTC*).
561 Hof Amsterdam (OK) 25 september 2015, *ARO* 2015/214, r.o. 3.3 (*Metrical*).
562 Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24, r.o. 3.4 (*Blue*).
563 Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO* 2017/51, r.o. 3.2 (*WiSH IP*).
564 Hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, *ARO* 2017/148, r.o. 3.1 (*Bakery Initiatives*).
565 Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83, r.o. 3.4 (*ADW*).
566 Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas, r.o. 3.14 (*SNS*). *Cf.*, in dezelfde zaak, hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink, r.o. 3.30 (*SNS*), waarin de Ondernemingskamer overwoog dat 'niet [kan] worden aangenomen dat het bestuursbeleid van Propertize niet zelfstandig werd bepaald en gevoerd ten opzichte van SNS Reaal (en van SNS Bank)'. Over het raken-vereiste werd met geen woord gerept.
567 Hof Amsterdam (OK) 8 januari 2013, *ARO* 2013/24, r.o. 3.17 (*BHC*).
568 Hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191, r.o. 3.5 (*RTC*); hof Amsterdam (OK) 25 september 2015, *ARO* 2015/214, r.o. 3.3 (*Metrical*).

Sterke gelijkenis met de twee hierboven genoemde beschikkingen vertoont de *ADW*-beschikking.[569] Maar er zijn een paar (relevante) verschillen aan te wijzen. De Ondernemingskamer verstond dat de verzoekster haar enquêtebevoegdheid ten aanzien van de dochtermaatschappijen erop baseerde dat deze samen met ADW Accountants, waarvan de verzoekster aandeelhouder was, een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden. Totdat laatstbedoelde vennootschap haar aandelen in het geplaatste kapitaal van die dochtermaatschappijen overdroeg, had zij een 100%-belang daarin en vormden de besturen van hen een 'volledige personele unie'. Dit een en ander was 'niet bestreden' en de Ondernemingskamer zag – saillant detail – in de te dezen naar voren gekomen feiten en omstandigheden 'geen aanleiding om anders te oordelen' (*cf.* de *Strara*-beschikking *supra*). Van – wederom een saillant detail – enig 'zelfstandig (…) *bepaald* [curs. RPJ] bestuursbeleid' was '[n]iet (…) gebleken. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer raakten '[d]erhalve' het beleid en de gang van zaken van de dochtermaatschappijen de belangen van de aandeelhouders van ADW Accountants 'evenzeer en op gelijke wijze' als het beleid en de gang van zaken van ADW Accountants zelf. De verzoekster kon dan ook in haar concern(genoten)enquêteverzoek worden ontvangen.

De *New Look*-zaak zag er ietwat anders uit.[570] Daarin verwierp de Ondernemingskamer het gevoerde verweer dat de verzoekster niet in haar op de onderliggende vennootschap gerichte verzoeken kon worden ontvangen. Haar motivering zag er aldus uit. De verzoekster had – onbetwist – aangevoerd dat de gerekestreerde vennootschappen tezamen een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden en dat hun respectieve besturen een 'vrijwel volledige personele unie' vormden, waarbij binnen de onderliggende vennootschap geen sprake was van enig ten opzichte van de bovenliggende vennootschap 'zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid'. Dit zo zijnde, de Ondernemingskamer had 'geen aanwijzingen van het tegendeel' (*cf.* de beschikkingen inzake *Strara* en *ADW*), was, kort gezegd, het raken-vereiste vervuld en was de verzoekster 'daarom' ontvankelijk in haar verzoek voor zover dat zag op het gelasten van een onderzoek bij de onderliggende vennootschap.

Ook in de beschikkingen inzake *Clifden*, *Blue*, *WiSH IP*, *Bakery Initiatives* en *SNS* werd de ontvankelijkheid op het niveau van de onderliggende vennootschap(pen) – tevergeefs – bestreden. En in de *Van Doorn*-beschikking werd de vraag opgeworpen of de verzoekster te dien aanzien wel in haar verzoek kon worden ontvangen, nu zij in haar geplaatste kapitaal geen aandelen hield. Verschil ten opzichte van de *New Look*-beschikking is dat in de voormelde beschikkingen 's Ondernemingskamers oordeel van feitelijke stoffering was voorzien. Zo overwoog de Ondernemingskamer in haar *Van Doorn*-beschikking, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat de Van

569 Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83, r.o. 3.4 (*ADW*).
570 Hof Amsterdam (OK) 2 april 2013, *ARO* 2013/68, r.o. 3.3 (*New Look*).

Doorn-vennootschappen zodanig waren gestructureerd dat de opbrengsten van de verweersters louter werden gegenereerd in de dochtervennootschappen van verweerster sub 2, van welke laatste vennootschap twee personen ook beiden commissaris waren, waardoor het beleid en de gang van zaken van de onderliggende vennootschap de aandeelhouders van de bovenliggende vennootschap 'evenzeer raken' als het beleid en de gang van zaken van de laatstbedoelde vennootschap zelf.[571]

In haar *Clifden*-beschikking overwoog de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat in het licht hiervan dat in de relevante periode (i) Clifden enig aandeelhouder was van Rand en Rand van Tuindorp, en er een volledige personele unie tussen hun besturen bestond en (ii) het enige relevante activum van Clifden uit de aandelen in (het geplaatste kapitaal van) Rand bestond – zoals het enige relevante activum van Rand bestond uit de aandelen in (het geplaatste kapitaal van) Tuindorp en het enige relevante activum van Tuindorp aanvankelijk uit de apotheek bestond, na verkoop daarvan uit haar vordering op Goudsesingel en later (mede) uit apotheek Hoogeterp – niet voldoende was weersproken dat er bij Rand en Tuindorp geen sprake was van enige ten opzichte van Clifden 'zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid', op welke wijze het beleid en de gang van zaken van Rand en Tuindorp de belangen van de verzoeker als aandeelhouder van Clifden 'evenzeer en op gelijke wijze [raakt]' als het beleid en de gang van zaken van Clifden zelf, om welke reden de verzoeker mede enquêtegerechtigd was ten aanzien van Rand en Tuindorp.[572]

Anders dan in de bovenbedoelde beschikking, werd er in de *Blue*-beschikking[573] (weer) gesproken van een 'economische en organisatorische eenheid (…) onder gemeenschappelijke leiding'. Uit de feiten bleek, zo oordeelde de Ondernemingskamer, dat twee verweersters zulk een eenheid vormden. Naar ik begrijp[574] waren die feiten de volgende: (i) Blue Beheer was enig aandeelhouder van Blue Personeelsbemiddeling, (ii) de bestuurder van Blue Beheer was ook enig bestuurder van Blue Personeelsbemiddeling, (iii) Blue Personeelsbemiddeling voerde geen zelfstandig beleid en (iv) de activiteiten van de beide vennootschappen waren onderling nauw verweven. Het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappij (lees: Blue Personeelsbemiddeling) 'raakt' – kennelijk: derhalve – de belangen van de verzoekster als aandeelhouder van Blue Beheer 'evenzeer en op gelijke wijze' als het beleid en de gang van zaken van Blue Beheer zelf. Tegen de achtergrond van het doel en de strekking van het enquêterecht was de verzoeker 'daarom' ook ontvankelijk in haar verzoek voor dat zag op Blue Personeelsbemiddeling, aldus, nog steeds, de Ondernemingskamer.

571 Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.2 (*Van Doorn*).

572 Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165, r.o. 3.6-3.7 (*Clifden*).

573 Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24, r.o. 3.4 (*Blue*).

574 Ik lees de puntkomma halverwege r.o. 3.4 als een dubbele punt. Deze had er kennelijk moeten staan.

Met de *Blue*-beschikking heeft de *Bakery Initiatives*-beschikking[575] gemeen dat ook daarin werd gesproken van een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding', in het voorliggende geval omdat naar het oordeel van de Ondernemingskamer de *Memorandum of Understanding of Bakery Initiatives*, waarin afspraken omtrent de samenwerking in de twee verweersters waren vastgelegd, en hetgeen uit de gedingstukken volgde, er 'geen misverstand' over lieten bestaan dat de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoekster aandeelhouder was, en haar 100%-dochtervennootschap tezamen zulk een eenheid vormden. In afwijking van de eerstbedoelde beschikking werd daarna niet gesproken van het 'evenzeer *en op gelijke wijze* [curs. RPJ]' raken van de belangen van de aandeelhouders van de bovenliggende vennootschap, maar slechts van het 'evenzeer' raken. Eveneens anders luidde de slotzin van 's Ondernemingskamers aan de bevoegdheidsvraag gewijde overweging. Er werd namelijk hiermee afgesloten dat een onderzoek bij de bovenliggende vennootschap '– die als beleidsbepalende houdstermaatschappij fungeert maar waarin geen onderneming wordt gedreven – (…) gegeven de aard van de gerezen geschillen en gelet op de doelstellingen van de enquêteprocedure, *slechts zin en inhoud* [curs. RPJ] [heeft] indien ook het beleid en de gang van zaken van (de onderneming van) BI [*i.e.* de onderliggende vennootschap, toev. RPJ] in dat onderzoek wordt betrokken'. De gecursiveerde woorden zijn nieuw; ik ben ze nog niet eerder in dit verband tegengekomen.

In tegenstelling tot de beschikkingen inzake *RTC*, *Metrical*, *New Look* en *Clifden* werd in de *WiSH IP*-beschikking[576] niet gesproken van of over het ontbreken van zelfstandige beleidsbepaling en -voering De Ondernemingskamer – constateerde – dat (thans weer) sprake was van een 'concern' met twee aandeelhouders (ieder 50%) die *de facto* (middellijk) bestuurders en aandeelhouders van alle entiteiten waren. Vervolgens – oordeelde – zij dat de ondernemingen van WiSH IP, We Projects en SK Projects tezamen een 'economische en organisatorische eenheid (…) onder gemeenschappelijke leiding' vormden. Hierop volgde meteen dat 'derhalve' het beleid en de gang van zaken van de dochtermaatschappijen de belangen van de aandeelhouders van WiSH IP 'evenzeer en op gelijke wijze [raakten]' als het beleid en de gang van zaken van deze vennootschap zelf. In het licht van het doel en de strekking van het enquêterecht konden de verzoeksters naar haar oordeel worden ontvangen in hun verzoek om een onderzoek bij mede We Projects en SK Projects.

Hekkensluiter is de *SNS*-beschikking,[577] waaruit ik, mede gelet op de hoeveelheid rechtsoverwegingen, een paar onderdelen haal. Daarin liet de Ondernemingskamer haar licht schijnen over de sleutel waarin de bevoegdheidsvraag, in geval van een

575 Hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, *ARO* 2017/148, r.o. 2.5 en 3.1 (*Bakery Initiatives*).

576 Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO* 2017/51, r.o. 3.2 (*WiSH IP*).

577 Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas, r.o. 3.14 *et seq.* (*SNS*).

van aandeelhouderszijde uitgelokte concerngenotenenquête, moet worden geplaatst en over de feiten en omstandigheden die zij bij de beantwoording daarvan, *in casu*, van belang achtte. Zij deelde niet de opvatting van SNS Reaal *c.s.* dat een concern-(genoten)enquête slechts mogelijk is als SNS Bank 'in geen enkel opzicht' een zelfstandig bestuursbeleid zou hebben gevoerd. De door de Hoge Raad in zijn *Landis*-beschikking[578] geformuleerde maatstaf begrijpt de Ondernemingskamer namelijk aldus dat het aankomt op de vraag of, kort gezegd en geabstraheerd van het concrete geval, belangen 'evenzeer en op gelijke wijze' worden geraakt, waarvan volgens haar ook sprake kan zijn indien 'enige ruimte' bestaat voor het voeren van een eigen beleid. Te dezen achtte zij de volgende feiten en omstandigheden in het bijzonder van belang bij de beantwoording van de vraag of een te gelasten enquête zich eveneens kon uitstrekken tot SNS Bank:

(a) SNS Reaal hield, in de relevante periode, een 100%-belang in SNS Bank, die toen eenzelfde belang in Property Finance hield;
(b) de gewone SNS Reaal-aandelen waren ter beurze genoteerd;
(c) in zijn jaarverslagen, aandeelhoudersvergaderingen, persberichten, trading updates, investor days en andere externe communicatie had SNS Reaal steeds informatie verschaft en verantwoording afgelegd over het gevoerde en te voeren beleid van SNS Bank, Property Finance incluis, als onderdeel van zijn concern;
(d) tussen de raden van commissarissen van SNS Reaal en SNS Bank bestond een volledige personele unie;
(e) in de periode van 2006 tot de onteigening had gemiddeld de helft van de SNS Reaal-bestuurders zitting in het bestuur van SNS Bank;
(f) bestuurders van SNS Reaal en SNS Bank waren vertegenwoordigd in het centrale risicocomité van Property Finance en in de kredietcommissie;
(g) SNS Reaal ten aanzien van SNS Bank een 403-verklaring had afgegeven; en
(h) de in financieel opzicht sterke verbondenheid en afhankelijkheid tussen SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance.

Gezien deze feiten en omstandigheden, die de 'verwevenheid' (*cf.* de beschikkingen inzake *Bouwburo*, *Curamedical* en *Boon* hierboven)[579] tussen SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance beschreven (*vide* r.o. 3.34), oordeelde de Ondernemingskamer onder andere dat ook indien aangenomen moest worden dat SNS Bank ten

578 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, kennelijk r.o. 3.3.5 (*Landis*).

579 Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, *ARO* 2005/5, r.o. 3.1 (*Bouwburo*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150, r.o. 3.1 (*Curamedical*); hof Amsterdam (OK) 16 juli 2010, *ARO* 2010/112, r.o. 3.3 (*Boon*).

opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van zelfstandig beleid, zulks in het licht van die (feiten en?) omstandigheden niet aan het bevelen van een onderzoek bij (mede) SNS Bank in de weg stond. Verderop overwoog zij onder andere dat het 'gekunsteld' zou zijn een zodanig onderscheid te maken tussen het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal en het beleid en de gang van zaken van SNS Bank ten aanzien van Property Finance, dat het beleid van SNS Reaal wél onderzocht zou kunnen worden, maar dat van SNS Bank níét. Aan de doeleinden van het enquêterecht zou zonder goede reden 'ernstig afbreuk worden gedaan indien in het onderhavige geval VEB *c.s.* en Stichting Beheer slechts bevoegd zouden zijn een enquête te verzoeken naar SNS Reaal en niet tevens naar SNS Bank' (*cf.* de *Bakery Initiatives*-beschikking *supra*), aldus de Ondernemingskamer.

Een laatste cluster van beschikkingen betreft die waarin de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang, overwoog dat tussen partijen 'terecht' niet in geschil was dat *in casu* sprake was van (lees: mogelijk werd geacht) een zogeheten 'concernenquête'; men zie haar beschikkingen inzake *Thermen*, *Staat* en *Three Ships*.[580] Deze – (bepaald) niet in duidelijkheid uitblinkende – overweging moet, naar het mij toeschijnt, aldus worden begrepen dat de Ondernemingskamer daarmee, mede in het licht hiervan dat de gegronde redenen-toets al was verricht en zij al had geoordeeld dat een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de verweersters zou worden bevolen, bedoelde te zeggen dat haars inziens partijen op goede gronden ('terecht') niet twistten over het antwoord op de vraag of de verzoekster(s) (mede) een enquête kon(den) uitlokken bij de onderliggende vennootschap(pen), welke goede reden, zo lijkt zij te suggereren, was dat die vraag bevestigend moest worden beantwoord; de enquêteverzoeker(s) was (waren) tot het evenbedoelde bevoegd. Dit zou betekenen dat de Ondernemingskamer zich in de onderhavige beschikkingen eigenstandig over die enquêtebevoegdheid had gebogen.

Terughoudend was de Ondernemingskamer in de – aan de drie bovengenoemde beschikkingen voorafgaande – *Woudwood*-beschikking[581], waarin het verweer werd gevoerd dat onmiddellijke voorzieningen – het verzoek daartoe werd separaat en als eerste behandeld – niet konden worden getroffen omdat in dezen van een zogeheten concern(genoten)enquête géén sprake kon zijn nu niet voldaan was aan de voorwaarde dat bij alle te enquêteren rechtspersonen gegronde redenen waren om aan een juist beleid te twijfelen. Dit verweer werd door haar verworpen, omdat die redenen wel degelijk ten aanzien van beide gerekestreerde vennootschappen waren aangevoerd, waarbij zij opmerkte dat of zulks ook tot toewijzing van het enquêteverzoek zou leiden, thans nog niet aan de orde was. Dat een concern(genoten)enquête

580 Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2013, *ARO* 2013/26, r.o. 3.10 (*Thermen*); hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2013, *JOR* 2014/159, m.nt. W.H. van Baren, r.o. 3.11 (*Staat*); hof Amsterdam (OK) 12 december 2013, *ARO* 2014/6, r.o. 3.13 (*Three Ships*).

581 Hof Amsterdam (OK) 27 december 2006, *ARO* 2007/4, r.o. 3.6 (*Woudwood*).

'op zichzelf' mogelijk was, hadden de partijen die het eerderbedoelde verweer opwierpen, 'overigens' onderschreven, zodat dit punt verder geen behandeling behoefde, aldus de Ondernemingskamer.[582] Tegen de achtergrond van het direct daaraan voorafgaande komt het mij voor dat dit – aan duidelijkheid te wensen overlatend – oordeel aldus moet worden verstaan dat door die partijen (in ieder geval)[583] werd onderschreven dat de verzoekster bevoegd was tot het uitlokken van een enquête bij de onderliggende vennootschap. Over de vraag of zulks terecht (met een goede reden) werd onderschreven, liet de Ondernemingskamer zich niet uit. Aan die onderschrijving verbond zij het gevolg dat 'dit punt verder geen behandeling behoeft'. Anders dan in de drie hiervoor besproken beschikkingen, boog de Ondernemingskamer zich in de voorliggende beschikking dus niet eigenstandig over de enquêtebevoegdheid van de verzoekster ter zake van de onderliggende vennootschap, dit omdat die bevoegdheid werd onderschreven.

7.2.7.3.2 Enquêteverzoeker niet-ontvankelijk

Het aantal beschikkingen waarin de verzoeker niet in zijn verzoek, voor zover dat betrekking had op een of meer onderliggende vennootschappen, kon worden ontvangen, is relatief dun bezaaid. Afgetrapt zal worden met de *Villa Happ*-beschikking.[584] Daarin oordeelde de Ondernemingskamer dat het betoog van een belanghebbende, houdende dat de verzoekster niet in haar verzoek kon worden ontvangen voor zover dat zich richtte tot Villa Happ nu zij van haar geen houder van (certificaten van) aandelen was, doel trof. Daartoe overwoog zij dat de verzoekster had nagelaten genoegzaam te *stellen* dat er sprake was van een dusdanige 'economische en organisatorische eenheid' tussen de bovenliggende vennootschap en de onderliggende vennootschap dat zij als aandeelhouder van Villa Happ International ook bevoegd moest worden geacht een enquête te verzoeken met betrekking tot haar 100%-vennootschap, Villa Happ. Evenmin was volgens de Ondernemingskamer *gebleken* dat de bedrijfsactiviteiten van de Villa Happ-vennootschappen (uitsluitend)

582 Een verzoek om een concerngenotenenquête kan slechts voor toewijzing in aanmerking komen indien aan zowel de formele eisen als aan de materiële eisen wordt voldaan (en de door de Ondernemingskamer te maken belangenafweging in het voordeel van de enquêteverzoeker uitvalt). De eerstbedoelde eisen zien op de kenbaarmaking van bezwaren, de enquêtebevoegdheid, art. 2:344 BW-rechtspersonen en het type geschil dat aan de Ondernemingskamer wordt voorgelegd. De laatstbedoelde eisen zien op de gegronde redenen. Deze moeten – zoals gesteld – bij alle te enquêteren vennootschappen aanwezig zijn. In de *Woudwood*-beschikkng werd er door bepaalde partijen op de materiële kant van de concern(genoten)enquête geschoten. De concern(genoten)enquête werd 'overigens onderschreven' door hen. Gelet op het voorgaande, ga ik ervan uit dat daarmee wordt bedoeld dat zij onderschreven dat – formeelrechtelijk – een concern(genoten)enquête mogelijk was.

583 De formele kant van de concerngenotenenquête is breder dan de enquêtebevoegdheid; *vide* voetnoot 582 *supra*.

584 Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2007, *ARO* 2007/121, r.o. 3.3 (*Villa Happ*).

plaatsvonden in Villa Happ. Veeleer was gebleken dat in haar in het geheel géén bedrijfsactiviteiten werden uitgeoefend.

Wat dat eerste deel van die beschikking betreft, zijn in dat verband ook vermeldenswaardig de beschikkingen inzake *RVDD*, *Pebblestone*, *Slotervaartziekenhuis*, *Best Green* en *Callas*. In de eerstgenoemde beschikking[585] had de verzoekster blijkens haar verzoekschrift een zogenoemde 'concernenquête' beoogd. Maar zij had op geen enkele wijze toegelicht dat was voldaan aan de vereisten voor zulk een enquête, en ook overigens had zij niet toegelicht dat zij *ex* art. 2:346 BW bevoegd zou zijn tot het indienen van een enquêteverzoek ten aanzien van andere vennootschappen en entiteiten dan de vennootschap waarvan zij certificaathouder was, reden waarom te hunnen aanzien het verzoek niet toewijsbaar was, aldus de Ondernemingskamer in een – naar het lijkt: ambtshalve – gegeven oordeel. Een andere verzoekster – in dezelfde zaak – kreeg eveneens het lid op de neus. Zij hield geen (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een aantal vennootschappen en had niet toegelicht op welke andere grond (dan art. 2:346, aanhef en onderdeel b, (oud) BW, neem ik aan) zij bevoegd zou zijn tot het uitlokken van een enquête bij hen. De Ondernemingskamer verklaarde haar dan ook in zoverre niet-ontvankelijk, en wel, naar het lijkt, ambtshalve. Zulks gebeurde ook in de tweedegenoemde beschikking en in de vierdegenoemde beschikking, aangezien, wederom, de verzoekster haar enquêtebevoegdheid (uit welken hoofde bevoegd) ter zake van de onderliggende vennootschap(pen) niet had toegelicht.[586] In de derdegenoemde beschikking was er door de (gezamenlijke) verzoekers wel het een en ander gesteld, onder meer dat de te enquêteren vennootschappen een zodanige 'eenheid' vormden dat zij gerechtigd waren een 'concernenquête' te vragen, welke bevoegdheid werd bestreden, maar hadden zij in het licht van bepaalde vaststellingen door de Ondernemingskamer hun standpunt ten aanzien van onder andere de evenbedoelde enquête – niet voldoende – toegelicht, hetgeen betekende dat hun verzoeken in zoverre niet-ontvankelijk waren.[587] Verderop in deze beschikking lezen wij dat twee (van de drie) verzoekers 'met geen woord' hadden toegelicht dat twee vennootschappen een 'economische en organisatorische eenheid' vormden en daarom een concern(genoten)enquête geïndiceerd zou zijn.[588] Zij werden niet-ontvankelijk verklaard. Dat gebeurde, tot besluit, eveneens – mede naar aanleiding van een verweer – in de vijfdegenoemde beschikking, nu, voor zover hier van belang, de verzoekster 'niet voldoende' had toegelicht dat Callas Initiative B.V. en Callas Holding B.V., waarvan de eerstgenoemde vennootschap 40%-aandeelhouder was, een zodanige 'economische en organisatorische eenheid' vormden dat een concern(genoten)enquête moest worden toegewezen.[589]

585 Hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98, r.o. 3.6-3.7 (*RVDD*).

586 Hof Amsterdam (OK) 3 september 2012, *ARO* 2012/130, r.o. 3.15 (*Pebblestone*); hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2014, *ARO* 2014/173, r.o. 3.3 (*Best Green*).

587 Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2013, *ARO* 2013/120, r.o. 3.1-3.4 (*Slotervaartziekenhuis*).

588 Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2013, *ARO* 2013/120, r.o. 3.10 (*Slotervaartziekenhuis*).

589 Hof Amsterdam (OK) 1 juni 2012, *ARO* 2012/82, r.o. 1.4 (*Callas*).

Aan de hogergenoemde trits beschikkingen kan nog worden toegevoegd 's Ondernemingskamers *Eshuis*-beschikking.[590] Daarin werd door Overbeek Holding, waarvan Overbeek statutair bestuurder en enig aandeelhouder was, aanvankelijk verzocht om, voor zover hier van belang en kort gezegd, een onderzoek bij Holding en later tevens bij Beheer en bij Eshuis. Holding was 100%-aandeelhouder van Beheer, die, op haar beurt, 100%-aandeelhouder van Eshuis was. Overbeek Holding vormde – tot 24 april 2015; tijdens de op die datum gehouden algemene vergadering van aandeelhouders van Holding was namelijk het besluit genomen Overbeek Holding te ontslaan als bestuurder – samen met Perspektief het bestuur van Holding. Overbeek was enig bestuurder van Beheer, welke enig bestuurder van Eshuis was. Volgens Overbeek Holding was aan de criteria voor een concern(genoten)enquête voldaan, in welk verband zij onder meer wees op een goedkeuringsregeling in de statuten van Beheer, op grond waarvan belangrijke bestuursbesluiten van Beheer en Eshuis waren onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van Holding. Perspektief stelde zich daarentegen op het standpunt dat aan die vereisten níét was voldaan, de redenen waartoe niet, althans niet duidelijk, blijken uit de beschikking. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer was het hier bedoelde verzoek niet voor toewijzing vatbaar, aangezien er haars inziens onvoldoende aanknopingspunten waren om een concern-(genoten)enquête te gelasten: (i) de verweersters vormden geen (economische? en) 'organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding', (ii) de samenstelling van hun respectieve besturen was verschillend en (iii) niet gezegd kon worden dat de besturen van Holding (Beheer?) en Eshuis ten opzichte van Holding geen 'zelfstandig beleid' voerden. De verzoekster had, aldus de Ondernemingskamer, 'onvoldoende toegelicht' dat zich desondanks een situatie voordeed waarin het beleid en de gang van zaken van de dochter(maatschappij) en kleindochter(maatschappij) de belangen van de aandeelhouders van de moeder(maatschappij) 'evenzeer en op gelijke wijze raken' als het beleid en de gang van zaken van de moeder(maatschappij).

Wat betreft het tweede deel van de *Villa Happ*-beschikking, lijkt de Ondernemingskamer te suggereren dat als in (uitsluitend) Villa Happ wel (de) bedrijfsactiviteiten hadden plaatsgevonden, de verzoekster enquêtebevoegd moest worden geacht ten aanzien van die vennootschap. Het niet onbelangrijk vinden van dergelijke activiteiten blijkt ook uit haar beschikking inzake *Via Parva*, waarin haar conclusie dat de verweersters tezamen een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' vormden, onder andere leunde op het feit dat de onderliggende vennootschap alle ondernemingsactiviteiten verrichtte.[591] Noemenswaardig is voorts

590 Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/181, r.o. 1.2, 1.5, 2.1, 2.5-2.6, 2.19, 3.2-3.3 en 3.13 (*Eshuis*).

591 Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165, r.o. 3.3 (*Via Parva*). Hierin werd gesproken van alle '(overige)' ondernemingsactiviteiten. Dat komt omdat zij eerder overwoog dat de bovenliggende vennootschap geen andere activiteit verrichtte dan het houden van de aandelen in het geplaatste kapitaal van de onderliggende vennootschap.

de *4Apps*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer het verzoek afwees – niet te verwarren met het niet-ontvankelijk verklaren – voor zover het Flexfair betrof, omdat in haar al langere tijd geen enkele activiteit plaatsvond.[592] In de *Pool*-beschikking – welke was gegeven tussen de eerstgenoende beschikking en de laatstgenoemden – waren ten tijde van de terechtzitting de activiteiten van de te enquêteren vennootschappen reeds 'vrijwel geheel' geëindigd, maar dat stond blijkbaar niet aan de toewijsbaarheid van het onderzoeksbevel in de weg.[593] Ook in de *Readen Retail*-beschikking weerhield het feit dat een van de onderliggende te enquêteren vennootschappen reeds vóór de indiening van het enquêteverzoek failliet was verklaard, de Ondernemingskamer er niet van om toch bij deze vennootschap een enquête te gelasten.[594]

Voorts vestig ik de aandacht op 's Ondernemingskamers beschikkingen inzake *MBV* en *D&G*.[595] In de *MBV*-beschikking werd verzocht om, voor zover hier van belang en kort gezegd, een onderzoek bij MBV en bij Open Line. De verzoeker hield (louter) aandelen in het geplaatste kapitaal van MBV, welke, op haar beurt, 75% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van Open Line hield. Offline – waarvan de enquêteverzoeker direct noch indirect aandeelhouder was – hield het resterende 25%-belang. Open Line en Off Line stelden zich op het standpunt dat de verzoeker niet in zijn verzoek kon worden ontvangen voor zover dat gericht was op Open Line. Dit standpunt werd door de Ondernemingskamer gehonoreerd. Daartoe overwoog zij, voor zover hier van belang, dat de verzoeker geen aandeelhouder was van Open Line terwijl ook niet gezegd kon worden dat binnen deze vennootschap 'geen sprake is van enig ten opzichte van MBV zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid', hetgeen ook niet zo was in de periode dat het bestuur van Open Line enkel uit aandeelhouders van MBV bestond, nu ook toen – en dan komt het – ingevolge de aandeelhoudersovereenkomst voor een aantal besluiten de instemming nodig was van Off Line.[596] Niet-ontvankelijkheid volgde.

De reden dat ik de twee hogergenoemde beschikkingen geclusterd heb, is omdat ook in de *D&G*-beschikking een aandeelhoudersovereenkomst een rol van betekenis speelde. Er werd verzocht om, voor zover hier van belang en kort gezegd, een

592 Hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7, r.o. 3.6 (*4Apps*).

593 Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8, r.o. 2.2 en 3.3 (*Pool*). *Cf.* hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145, r.o. 3.9 (*TriQorp*), in welke – buiten beschouwing gelaten (*vide* § 7.2.7.1 en voetnoot 460 aldaar) – beschikking de Ondernemingskamer overwoog, voor zover hier van belang, dat zij geen aanleiding zag Happy-Connect Nederland B.V., een onderliggende vennootschap, mede in het onderzoek te betrekken nu deze zijn activiteiten had gestaakt.

594 Hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5, r.o. 2.19 en 3.6 (*Readen Retail*).

595 Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, *ARO* 2008/49, r.o. 1.1, 2.1-2.2 en 3.1-3.2 (*MBV*); hof Amsterdam (OK) 9 mei 2008, *ARO* 2008/91, r.o. 1.1, 2.2, 2.5 en 3.1-3.6 (*D&G*).

596 In hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, *ARO* 2008/49, r.o. 2.3, *in fine* (*MBV*) lezen wij dat in de aandeelhoudersovereenkomst een negental besluiten was omschreven waarvoor – unanieme – voorafgaande toestemming van de algemene vergadering van aandeelhouders van Open Line vereist was.

onderzoek bij D&G en bij Reason Why. D&G hield ruim 71% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van Reason Why. De overige aandelen waren verdeeld over drie minderheidsaandeelhouders (twee hadden elk een bijna 12%-belang en één had een bijna 5%-belang), waartoe de enquêteverzoekster niet behoorde. Ten aanzien van het op Reason Why gerichte verzoek overwoog de Ondernemingskamer – naar het lijkt: ambtshalve – dat, kort gezegd, Midcity, nu zij geen (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van Reason Why hield, niet *ex* art. 2:346 BW enquêtebevoegd was, maar zij – in weerwil van de tekst van die bepaling – wel een enquête bij Reason Why kon uitlokken indien de economische werkelijkheid daartoe aanleiding gaf, waartoe, in het algemeen, dan nodig is dat binnen de onderliggende vennootschap geen sprake is van enig ten opzichte van de bovenliggende vennootschap 'zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid' en dat derhalve het beleid en de gang van zaken van de eerstbedoelde vennootschap de belangen van de verzoek(st)er als aandeelhouder van de laatstbedoelde vennootschap 'evenzeer en op gelijke wijze raken' als het beleid en de gang van zaken van 'zijn eigen' vennootschap. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer gaf de economische werkelijkheid echter geen aanleiding tot de uitstrekking van de verzoekster haar enquêtebevoegdheid ten aanzien van Reason Why, reden waarom zij in zoverre niet in haar verzoek kon worden ontvangen. Deze conclusie werd onder meer hierdoor geschraagd dat, voor zover hier van belang en kort gezegd, uit de aandeelhoudersovereenkomst volgde dat een groot aantal belangrijke besluiten in de algemene vergadering van aandeelhouders (van Reason Why) slechts kon worden genomen als D&G in die vergadering in haar stemgedrag werd gesteund door ten minste de twee grootste (van de drie) minderheidsaandeelhouders.[597]

Ook in de beschikkingen inzake *JBNT*[598] en *RAB*[599] hielden de hoogstgelegen verweersters, die dezelfde namen droegen als de evengenoemde beschikkingen, niet alle aandelen in de direct daaronder liggende vennootschappen. In de eerstgenoemde beschikking overwoog de Ondernemingskamer dat niet aan de 'hier geldende vereisten voor een concernenquête' (*vide* ook *infra*) was voldaan, aangezien de verzoekster, gezien het verweer van een aantal enquêtesubjecten, niet aannemelijk had gemaakt dat tussen JBNT en de overige verweersters sprake was van een 'economische en organisatorische eenheid (…) onder gemeenschappelijke leiding'. Daartoe was onder meer redengevend dat Alpha Group International Holding (hierna: AGIH), eveneens een verweerster, waaronder nog eens zeven andere verweersters hingen (alle acht tezamen hierna aangeduid als 'Alpha c.s.'), naast JBNT, die, naar beneden afgerond, een 70%-belang had, ook andere aandeelhouders, die samen ongeveer een 30%-belang vertegenwoordigden, had. Andere redenen waren, kort gezegd, dat

597 In hof Amsterdam (OK) 9 mei 2008, *ARO* 2008/91, r.o. 2.5 (*D&G*) lezen wij *inter alia* dat overeengekomen was dat een aantal besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders van Reason Why met een gekwalificeerde meerderheid van 95% van alle geplaatste kapitaal moest worden genomen.

598 Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, *ARO* 2019/29, r.o. 3.6-3.7 (*JBNT*).

599 Hof Amsterdam (OK) 28 november 2018, *ARO* 2019/32, r.o. 1.2, 2.1-2.2 en 3.5 (*RAB*).

(i) JBNT naast deelname in Alpha c.s. ook andere activiteiten ontplooide, (ii) de leiding over de activiteiten van Alpha c.s. was opgeknipt en de aansturing vond veeleer plaats op het niveau van AGIH en (iii) tussen de besturen van JBNT en Spaans Babcock, ook een verweerster, bestond geen volledige personele unie. Mede[600] in dat licht concludeerde de Ondernemingskamer tot niet-ontvankelijkheid.

De *RAB*-beschikking is om meerdere redenen belangwekkend. Move-It verzocht om een onderzoek bij RAB en bij Cheops. Saillant is dat bij Hilkoorn niet om een enquête was verzocht, terwijl die vennootschap het verbindingsstuk tussen RAB en Cheops vormde: RAB had een 50%-belang in Hilkoorn, die een 100%-belang in Cheops had. De Ondernemingskamer stelde vast dat (a) de aandelen in het geplaatste kapitaal van Cheops indirect, namelijk via Hilkoorn, voor 50% werden gehouden door GAB, die niet gelieerd was aan RAB, en (b) Cheops bestuurd werd door Hilkoorn, waarvan het bestuur werd gevormd door RAB en GAB. De stelling van Move-It dat de materiële bestuurders van RAB feitelijk de dienst uitmaakten in (Hilkoorn en) Cheops, was op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt. Ik begrijp het daaropvolgende oordeel van de Ondernemingskamer aldus dat in dat licht niet gezegd kon worden dat Cheops deel uitmaakte van een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' die zou rechtvaardigen dat het indirecte belang van Move-It in Cheops – en dan komt het – op één lijn kon worden gesteld met de positie van een aandeel- of certificaathouder, reden waarom de verweersters zich met juistheid op het standpunt hadden gesteld dat Move-It niet kon worden ontvangen in haar op Cheops gerichte verzoek. Het in het kader van een concerngenotenenquête spreken van het op één lijn stellen als hiervoor bedoeld ben ik nog niet eerder tegengekomen in een OK-beschikking.

Bespreking verdient ook (een van) de *SNS*-beschikking(en) van de Ondernemingskamer.[601] Er werd in deze zaak verzocht om een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal, SNS Bank en Propertize. SNS Reaal hield alle aandelen in het geplaatste kapitaal van SNS Bank, welke, op haar beurt, tot

600 *Vide* hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, *ARO* 2019/29, r.o. 3.5 en 3.7 (*JBNT*).

601 Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink, r.o. 1.2, 2.4-2.5 en 3.29-3.32 (*SNS*). *Cf.*, in dezelfde zaak, hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas, r.o. 3.14 (*SNS*), waarin de Ondernemingskamer het volgende overwoog: 'De Ondernemingskamer deelt niet de opvatting van SNS Reaal *c.s.* dat een concernenquête slechts mogelijk is indien SNS Bank in geen enkel opzicht een zelfstandig bestuursbeleid zou hebben gevoerd. De Ondernemingskamer begrijpt de door de Hoge Raad in de zaak Landis (4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899 («JOR» 2005/58, m.nt. Van den Ingh; red.), NJ 2005, 127) geformuleerde maatstaf aldus *dat het aankomt op de vraag of – toegesneden op het onderhavige geval – het beleid en de gang van zaken van SNS Bank de belangen van de aandeelhouders van SNS Reaal evenzeer en op gelijke wijze raken als de gang van zaken van SNS Reaal zelf en dat dat ook het geval kan zijn indien SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van een eigen beleid*.' (curs. RPJ)

31 december 2013 alle aandelen in het geplaatste kapitaal van Propertize hield. Ten aanzien van laatstgenoemde – het debat over de vraag of met betrekking tot SNS Bank was voldaan aan de vereisten voor het gelasten van een concern(genoten) enquête, achtte zij niet voltooid, reden waarom de beslissing daarover werd aangehouden – overwoog de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang, aldus, waarbij zij opgemerkt dat de verweersters (gemotiveerd) hadden betwist dat SNS Reaal het bestuursbeleid bij Propertize bepaalde. Naar haar oordeel kon niet worden aangenomen dat het bestuursbeleid van Propertize 'niet zelfstandig werd bepaald en gevoerd' ten opzichte van SNS Reaal (en van SNS Bank). Afwezigheid, zo vervolgde zij, van een zodanig 'zelfstandig' beleid kon niet worden afgeleid uit de enkele omstandigheid dat in de raad van commissarissen en het centrale risicocomité van Propertize, naast andere leden, een of meer bestuurders van SNS Reaal zaten. Integendeel, de stellingen van de verzoekers wezen juist op een zekere 'beleidsvrijheid' van het bestuur van Propertize. Ook het ontbreken van een personele unie tussen de besturen van de respectieve vennootschappen vormde een aanwijzing dat Propertize tot op zekere hoogte een 'eigen, zelfstandig' beleid voerde. Al met al was, aldus, nog steeds, de Ondernemingskamer, onvoldoende gebleken dat ten aanzien van Propertize was voldaan aan de vereisten voor het instellen van een concern(genoten)enquête, hetwelk ertoe leidde, een andere enquêterechtelijke bevoegdheidsgrond was niet gesteld, dat de verzoekers in zoverre in hun verzoek niet-ontvankelijk dienden te worden verklaard.

Hoewel er in dezen, op het punt van de onderliggende vennootschappen, sprake was van, kennelijk, afwijzing (*vide* het dictum: wijst af het meer of anders verzochte) in plaats van niet-ontvankelijkheid, en deswege de navolgende beschikking, strikt genomen, niet in deze paragraaf thuishoort, noem ik haar toch, omdat ik denk dat de verzoekster ter zake niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard, wat ik zo zal toelichten. Het betreft de *Sturio*-beschikking.[602] Daarin werd verzocht om een onderzoek bij Sturio, waarvan de verzoekster aandeelhouder was, en om daarin ook de gang van zaken in deelneming LSM te betrekken. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer bestond daartoe echter geen grond, omdat niet aan de vereisten voor een concern(genoten)enquête – waarvan ook al melding werd gemaakt in de hierboven genoemde beschikkingen inzake *RVDD*, *JBNT* en *SNS* – was voldaan. Hierbij keek zij naar (1) de aandeelhoudersverhoudingen in LSM, Sturio had daarin slechts een 47%-belang, en (2) de omstandigheid dat Pethsur bestuurder was van LSM, Van der Steur was, naast het zijn van aandeelhouder ervan, enig bestuurder van Sturio, zodat hun besturen geen personele unie vormden. Nu de evenbedoelde vereisten verband houden met de enquêtebevoegdheid, levert naar mijn gevoelen het daaraan niet voldoen niet-ontvankelijkheid op.

602 Hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114, r.o. 1.2, 2.1, 2.8-2.9 en 3.4 (*Sturio*).

7.3 Tussenconclusie

De Hoge Raad overwoog in de *Slotervaartziekenhuis*-beschikking – onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak, waaronder *Landis* – dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat, voor de toepassing van art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW, de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft, aan een houder van (certificaten van) aandelen, kennelijk als bedoeld in voormeld artikel, dient te worden gelijkgesteld, indien en voor zover dat belang van die kapitaalverschaffer, de enquêteverzoeker, op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeel- of certificaathouder van die vennootschap. Het hebben van een 'eigen economisch belang' houdt mijns inziens in, de rechtspraak ter zake blinkt (bepaald) niet uit in duidelijkheid, dat de houder daarvan een vorderingsrecht toekomt ter zake van de met de betalingen op en voor de (onderliggende) aandelen, zoals uitkering van winst en verkoopopbrengst, corresponderende waarde, met inbegrip van waardestijging of -daling. Kort en goed: de houder van een economisch belang dient, materieel gezien, te kunnen worden beschouwd als een (doorsnee)certificaathouder.

De moedermaatschappij houdt echter (in beginsel) de aandelen in het geplaatste kapitaal van een dochtermaatschappij niet (geheel en al) voor rekening en risico van haar aandeelhouders, zodat in concernverhoudingen niet kan worden gewerkt met het economisch belang. Deze 'leer van de economische gerechtigdheid' volgt, in tegenstelling tot wat de Hoge Raad lijkt te suggereren (*vide supra*), ook niet uit de *Landis*-beschikking. In die beschikking ligt besloten dat ten aanzien van een mede te enquêteren dochtermaatschappij een aandeel- of certificaathouder van een moedermaatschappij aan een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW dient te worden gelijkgesteld, indien hij door het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappij evenzeer en op gelijke wijze in zijn economisch belang bij de waarde van de (onderliggende) aandelen in het geplaatste kapitaal van die moedermaatschappij wordt geraakt (het 'raken-vereiste') als door het beleid en de gang van zaken van deze laatste zelf (één economisch belang dat op twee verschillende niveaus identiek wordt geraakt dus). Daarvan zal, globaal gezegd, sprake zijn als de concernverhouding tussen de te enquêteren vennootschap dusdanig hecht is dat feitelijk de moedermaatschappij het *alter ego* van haar dochtermaatschappij is. De '*Landis*-leer' moet dan ook onderscheiden worden van de leer als hiervoor bedoeld.

Hoewel de 'concerngenotenenquête' met de hogergenoemde uitspraak is gesanctioneerd, mist de daartoe gegeven onderbouwing overtuigingskracht. Immers, naar de letter der wet zijn houders van (certificaten van) aandelen niet bevoegd tot het uitlokken van een enquête bij een andere vennootschap dan 'hun eigen' en ook zijn in de parlementaire geschiedenis geen aanknopingspunten te vinden dat zij dat naar de geest der wet wél zouden zijn, waarbij komt dat de – in het kader van art. 2:347 BW – gemaakte opmerkingen van de staatssecretaris in concernverband zich niet lenen

voor analoge toepassing, aangezien het woord 'onderneming' in art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW niet voorkomt. Tegen deze achtergrond, alsook in aanmerking nemende de zwaarte van het enquêtemiddel, kon ons hoogste civiele rechtscollege naar mijn gevoelen niet met toverformules als 'het doel en de strekking van het enquêterecht' en 'de economische werkelijkheid' alsnog de leemte te dezen opvullen. De enquêtebevoegdheid in concernverhoudingen vergt een solide juridische basis. Een wetswijziging was dan ook geïndiceerd.

Zowel vóór als na HR-Landis heeft de Ondernemingskamer verzoeken strekkende tot het doen gelasten van een concerngenotenenquête toegewezen. Wat ook is voorgekomen, is dat het verzoek niet tot een onderzoeksbevel leidde, maar de verzoeker (kennelijk) wel enquêtegerechtigd werd geacht tot het doen van een verzoek als hiervoor bedoeld. Gering zijn de beschikkingen waarin de verzoeker niet kon worden ontvangen in zijn enquêteverzoek voor zover dat zich richtte op een of meer dochtermaatschappijen. Overzien wij vanaf de *Bot Bouw*-beschikking uit 2000, waarin de Ondernemingskamer voor het eerst een concerngenotenenquête beval, tot aan de datum van afsluiting van dit onderzoek in (medio) 2019 alle geselecteerde beschikkingen, dan valt het volgende op: (i) in het leeuwendeel daarvan was het concerngenotenenquêteverzoek afkomstig van een aandeelhouder, (ii) in de bulk van die beschikkingen ging het om besloten vennootschappen, (iii) in het gros van de zaken gelastte de Ondernemingskamer een onderzoek bij twee of drie vennootschappen, maar ook wel bij een achttal vennootschappen, (iv) hoofdzakelijk was sprake van *two-tiered* concernstructuren (moeder-dochter), maar ook een zich tot vier *tiers* uitstrekkend verzoek (moeder-dochter-kleindochter-achterkleindochter) kwam eens door de ontvankelijkheidstoets heen, (v) grotendeels zagen de beschikkingen waarin een concerngenotenenquête werd bevolen of waarin de verzoeker in een daartoe strekkend verzoek (kennelijk) enquêtegerechtigd werd geacht zonder dat zulks tot een dergelijk bevel leidde, op volle (klein)dochtermaatschappijen, maar ook een (ca.) 95%-belang, 90%-belang, 80%-belang, 70%-belang, 66,7%-belang, 51%-belang, 50%-belang, 43%-belang en een 18,44%-belang kwam voor, (vi) op een enkele uitzondering na was sprake van (vrijwel) volledige personele unies, hetzij formeel, hetzij materieel, tussen de besturen, maar ook een geval waarin slechts voor de helft overlapping was, is eens gesanctioneerd, en (vii) in een groot deel van de beschikkingen werden (mede) op dochterniveau onmiddellijke voorzieningen getroffen, veelal in de vorm van de benoeming van een persoon tot bestuurder of commissaris.

Ook heb ik gekeken naar de beoordeling van de enquêtebevoegdheid door de Ondernemingskamer, in welk verband een zevental vragen is opgeworpen, dat zich aldus laat beantwoorden:

(i) Uit de onderzochte beschikkingen lijkt te volgen dat de verzoekende aandeel- of certificaathouder van een moedermaatschappij die ten aanzien van haar mede te onderzoeken dochtermaatschappij niet (rechtstreeks) voldoet aan het bepaalde in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW, moet stellen

dat, en (voldoende) motiveren waarom, hij desondanks bevoegd is tot het indienen van een daarop gericht enquêteverzoek (dat aan de vereisten voor een concerngenotenenquête is voldaan), waartoe hij (minstens) een of meer (delen van de) schakels uit de *Landis*-beschikking van de Hoge Raad (*vide* onder (vi) *infra*) zal moeten stellen, althans dient uit de processtukken en/of het verhandelde ter terechtzitting te blijken dan wel te kunnen worden opgemaakt dat daarvan sprake is.

(ii) Uit een deel van de onderzochte beschikkingen lijkt te volgen dat de Ondernemingskamer de bevoegdheid tot het doen van een concerngenotenenquêteverzoek ambtshalve toetst, terwijl uit een ander deel daarvan lijkt te volgen dat zij dat níét ambtshalve toetst en bijgevolg die bevoegdheid (voldoende) gemotiveerd zal dienen te worden bestreden door de verwerende partij(en).

(iii) Uit een deel van de onderzochte beschikkingen lijkt te volgen dat de Ondernemingskamer, blijkens de woorden 'inderdaad', 'juist', 'juiste gronden' en 'terecht', de beoordeling van de hierboven bedoelde bevoegdheid aan een volle toetsing onderwerpt, terwijl uit een ander deel daarvan lijkt te volgen dat zij, blijkens de woorden 'niet ten onrechte', 'geen aanleiding anders te oordelen' en 'aannemelijk te achten', de beoordeling van die bevoegdheid aan een marginale (terughoudende) toetsing onderwerpt.

(iv) Uit de onderzochte beschikkingen komt een waaier van, al dan niet naast elkaar staande, criteria tevoorschijn, namelijk 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding', 'onlosmakelijk verweven', 'concern', 'groep', 'economische en organisatorische eenheid', 'organisatorische eenheid', 'financiële, economische en organisatorische eenheid', 'economische en organisatorische samenhang', 'gezamenlijk beleid onder gemeenschappelijke leiding', geen sprake van 'zelfstandig bepaald bestuursbeleid', geen sprake van 'zelfstandig gevoerd bestuursbeleid', geen sprake van 'zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid', 'vrijwel volledige personele unie', 'evenzeer en op gelijke wijze raken' en 'evenzeer raken'. Meestentijds scharniert de beoordeling van de enquêtebevoegdheid in concernverhoudingen echter (uiteindelijk) om de vraag of sprake is van een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' dan wel van het 'evenzeer en op gelijke wijze raken'.

(v) Uit de onderzochte beschikkingen waarin de Ondernemingskamer (in wezen) heeft geoordeeld, althans dat ligt erin besloten, dat een verzoeker bevoegd was tot het indienen van een concerngenotenenquêteverzoek, blijkt niet, althans niet expliciet, dat zij die verzoeker ook gelijk heeft gesteld aan een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW.

(vi) Uit de onderzochte beschikkingen volgt dat zowel vóór 's Ondernemingskamers *Landis*-beschikking uit oktober 2003 (zie *Janson*, *Kruisheer Elffers* en *Callas*) als na het dienaangaande gevelde oordeel van de Hoge Raad in

februari 2005 het criterium 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' (samen met 'vrijwel volledige personele unie' noem ik dit de eerste '*Landis*-schakel') voorkwam en – nog steeds – voorkomt. Hoewel de Ondernemingskamer, na die cassatiebeschikking, niet meteen (zie *Curamedical*, *Dodo* en *Florimarx*) de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverhoudingen anders is gaan beoordelen door in lijn met de *Landis*-beschikking van de Hoge Raad (met zoveel woorden) te toetsen of sprake was van het 'evenzeer en op gelijke wijze raken' van belangen (dit noem ik de derde *Landis*-schakel), past zij sinds (halverwege) 2015 dat 'raken-vereiste' jaarlijks toe. Kijken wij in de periode 2006-2018 naar de door de Ondernemingskamer gegeven beschikkingen waarin sprake was van een concerngenotenenquêteverzoek, dan valt op dat (in ieder geval) de twee hiervoor bedoelde criteria elkaar afwisselden in de zin dat de ene keer het eerstgenoemde criterium werd gebruikt en de andere keer het laatstgenoemde criterium. Op 7 juli 2015 vielen zij samen in de zin dat in twee op die datum gegeven beschikkingen het eerstbedoelde criterium werd toegepast en in één daarop gegeven beschikking het laatstbedoelde criterium werd toegepast. Opmerkelijk is, overigens, dat in de op 26 juli 2018 gegeven *SNS*-beschikking de Ondernemingskamer overwoog dat zij de in 's Hogens Raads *Landis*-beschikking geformuleerde maatstaf aldus begreep dat het aankomt op de vraag of belangen 'evenzeer en op gelijk wijze' worden geraakt, terwijl zij nadien in twee in november 2018 gegeven beschikkingen, namelijk *JBNT* en *RAB*, (weer) sprak van een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding'. Als daarvan sprake was, en uit de feiten volgde dat er eveneens een (vrijwel) volledige personele unie tussen de besturen van de te enquêteren vennootschappen aanwezig was, wat bijna altijd het geval was, dan ligt daarin besloten dat geen sprake was van enig zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid van de dochtermaatschappij ten opzichte van haar moedermaatschappij en was mitsdien – impliciet – aan het raken-vereiste voldaan. Beschikkingen waarin het (uiteindelijk) aankwam op de vraag of er geen sprake was van 'zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid' (wat ik de tweede *Landis*-schakel noem), zijn schaars.[603] Een voorbeeld hiervan betreft de *SNS*-beschikking uit 2015.

603 Spruitenburg 2018, *op. cit*., p. 166, 169 en 412 schreef successievelijk dat '[h]et 'raken-vereiste' komt slechts in 6 beschikkingen terug. Dit vereiste neemt dus niet zo'n prominente rol in als het oordeel van de Hoge Raad in Landis doet vermoeden. Het "raken-vereiste" komt bovendien pas aan de orde nadat de OK (al dan niet impliciet) heeft vastgesteld dat zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid bij de dochtervennootschap ontbreekt. De rechtspraak van de OK ná Landis bevestigt dan ook mijn vermoeden dat het zwaartepunt voor de toewijzing van een concernenquête moet liggen bij de omstandigheid dat de moedervennootschap het beleid van haar dochtervennootschap bepaalt zodat bij laatstgenoemde geen sprake is van zelfstandig bepaald en gevoerd beleid' en '[h]et zwaartepunt voor de afwijzing van een concernenquête lijkt dus eveneens te liggen bij de omstandigheid of al dan niet

(vii) Uit een deel van de onderzochte beschikkingen blijkt dat de Ondernemingskamer in het kader van de beoordeling van de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverhoudingen volstond met, bleef steken in, het noemen van (een deel van) een of meer Landis-schakels (*vide* onder (vi) *supra*), terwijl uit een ander deel van die beschikkingen blijkt dat zij ook (zelfstandig) onderbouwde waaróm aan een bepaald criterium was voldaan.

sprake is van een zelfstandig bepaald en gevoerd beleid bij de dochter, en niet (ook) bij het "raken-vereiste"' en '[n]iet het "raken-vereiste", maar het element dat daaraan voorafgaat is naar mijn mening dus de doorslaggevende factor: het al of niet ten opzichte van de moedervennootschap zelfstandig bepaalde en gevoerde bestuursbeleid'. Ik haal dit niet uit 's Ondernemingskamers beschikkingspraktijk. Ook noem ik A. van Wees en F. Eikelboom, 'Overvloed en onbehagen aan het IJdok; kroniek enquêterecht 2017', in: Y. Borrius *et al.* (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 152, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 62, alwaar zij schreven dat '[d]it voorbeeld [houdende dat binnen dochtermaatschappijen geen sprake is van een ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald beleid, toev. RPJ] is verworden tot een bijna vast criterium bij het verzoeken en gelasten van een concernenquête'. Dat haal ik evenmin uit haar beschikkingspraktijk.

Hoofdstuk 8

GEGRONDE REDENEN

In deze paragraaf staat de vraag centraal of in geval van een verzoek om een concerngenotenenquête bij alle in zulk een enquête te betrekken vennootschappen moet blijken dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen, een en ander als bedoeld in art. 2:350, eerste lid, BW. Onder die (open) norm versta ik het volgende.

Naar mijn opvatting dient de verzoeker tot enquête dusdanige feiten en omstandigheden (gemotiveerd) te stellen en, bij (gemotiveerde) betwisting, aannemelijk te maken dat de Ondernemingskamer tot de overtuiging wordt gebracht dat er een reële kans bestaat dat als er een onderzoek wordt gelast, uit het naar aanleiding daarvan opgestelde verslag ten minste van onjuist beleid of van een onjuiste gang van zaken blijkt.[1] Hij behoeft niet een vermoeden van wanbeleid aannemelijk te maken, ofschoon daar zeer wel sprake van kan zijn, is een vermoeden van onjuist beleid (een onjuiste gang van zaken incluis) voldoende, noch behoeft hij aannemelijk te maken dat de aangevoerde feiten en omstandigheden wijzen op mogelijk wanbeleid[2] dan wel dat er een redelijke kans bestaat dat een te verrichten onderzoek wanbeleid zal uitwijzen.

Zulks volgt immers niet uit de formulering van de norm, waarin de gegronde redenen slechts gericht hoeven te zijn op de *twijfel* aan de *juistheid* van het beleid of de gang van zaken. Verder wordt daarmee miskend dat in het systeem van onze enquêteregeling drie verschillende (open) normen een belangrijke rol spelen, namelijk (i) gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te

1 Op die lijn zit ook Slagter (deel 2) 2013, *op. cit*., p. 1663.

2 In hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *JOR* 2013/7, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.8 (*Cancun*) lijkt de Ondernemingskamer dat wel te suggereren door het volgende te overwegen: 'Hetgeen hiervoor is overwogen houdt mede in dat niet van een verzoeker in de eerste fase van een enquêteprocedure kan worden gevergd dat hij alle mogelijke gronden en feiten *voor het bestaan van mogelijk wanbeleid* [curs. RPJ] bij een vennootschap naar voren brengt in dier voege dat hij deze in een later stadium, nadat het onderzoek heeft plaatsgevonden, niet meer zou mogen aanvullen.'

twijfelen, (ii) onjuist beleid en (iii) wanbeleid, die in gradatie (lees: zwaarte) oplopen.[3] In geval van het hanteren van een vermoeden van onjuist beleid betekent zulks dat uit het onderzoeksverslag kan blijken dat (a) dit vermoeden ongegrond is, (b) er inderdaad sprake is van onjuist beleid of (c) er zelfs sprake is van wanbeleid.[4] Bovendien wordt door het hanteren van een vermoeden van wanbeleid, of een eis die daarmee welhaast op één lijn kan worden gesteld, te veel van de verzoeker verlangd wat zijn stelplicht aangaat, een en ander in het licht van deze situatie dat hij, door het verstoken blijven van (relevante) informatie, met een (oplopend) informatieachterstand als gevolg, niet precies weet wat zich binnen de vennootschap(pen) heeft afgespeeld – ziedaar (een van) de reden(en) voor zijn bezoek aan de Ondernemingskamer – en hij daarom beperkt zal zijn in de door hem aan te kunnen voeren feiten en omstandigheden, zowel in hoeveelheid als in soort als in gedetailleerdheid. Het verzochte onderzoek strekt er juist toe de relevante feiten (de waarheid) boven tafel te krijgen en aldus die informatieachterstand weg te werken.[5]

Dit gezegd hebbende, dan nu terug naar de aan het begin van deze paragraaf opgeworpen vraag. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme,[6] Slagter,[7] Buijn

3 *Vide* over de verhouding tussen norm gegronde redenen om aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken te twijfelen en de norm wanbeleid ter illustratie hof Amsterdam (OK) 15 maart 2005, *JOR* 2005/88, r.o. 3.33 (*Emba*) en daarover Geerts 2006, *op. cit.*, p. 58 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/753.

4 In die richting ook *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, 3, p. 6 (MvT), waarin de minister van Justitie zich het verloop van de enquêteprocedure als volgt voorstelde: 'Uit het resultaat van het onderzoek kan blijken dat achteraf gezien de twijfel toch ongegrond was, of dat inderdaad van een onjuist beleid moet worden gesproken. Blijkt het beleid in zeer ernstige mate te zijn te kort geschoten [*sic*], zodat van wanbeleid moet worden gesproken, dan is er voldoende aanleiding tot toepassing van een of meer voorzieningen door de ondernemingskamer, voor zover niet reeds vrijwillig maatregelen zijn getroffen.' In verband met dit 'voortschrijdend proces' wordt zijns inziens ook de terminologie toegespitst in de zin dat 'voor elk volgend stadium eisen worden gesteld, die scherper worden naarmate meer gegevens in de loop der procedure bekend worden'. *Vide* ook *Advies inzake het enquêterecht* (advies van 19 mei 1967, SER 1967/05), Den Haag: SER 1967, p. 7. *Vide* voorts Maeijers noot, onder 2, bij HR 18 juni 1980, *NJ* 1981/547, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bureau Beckers*), waarin hij sprak van een 'dietrapsraket'. *Vide* bovendien R.M. Hermans, 'De voorfase van de enquêteprocedure', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 75, Deventer: Kluwer 2004, p. 270, alwaar hij de enquêteprocedure vergeleek met een 'hordeloop'. Elk stadium is zijns inziens een horde en die horden worden steeds hoger. Zowel Maeijer als Hermans sprak slechts van, kort gezegd, bezwaren, gegronde redenen en wanbeleid. Anders dan de minister, bezigden zij niet (mede) het begrip 'onjuist beleid'.

5 *Cf.* Hermans noot, onder 2, bij hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2009, *JOR* 2009/254, m.nt. R.M. Hermans (*ASMI*); conclusie, onder 4.11, van A-G Timmerman bij HR 30 maart 2012, *NJ* 2012/423, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2012/142, m.nt. B. Winters (*ASMI*).

6 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/739.

7 Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1657.

en Storm,[8] Geerts,[9] Raaijmakers,[10] Van Solinge,[11] Storm,[12] A-G Timmerman,[13] Ziekman[14] en Zweedijk[15] beantwoorden deze bevestigend; zij zijn (kennelijk) van mening dat per afzonderlijke te enquêteren vennootschap moet blijken van gegronde redenen.[16] Bartman[17] en Van Wijk[18] zijn daarentegen van mening dat daarvan níét hoeft te blijken,[19] aangezien de Hoge Raad in zijn *Landis*-beschikking overwoog 'dat binnen de dochtermaatschappijen geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid',[20] hetgeen impliceert dat de moedermaatschappij het bestuursbeleid van haar dochtermaatschappij(en) volledig bepaalt, reden waarom volstaan kan worden met het vaststellen dat ten aanzien van eerstgenoemde is voldaan aan de art. 2:350, eerste lid, BW-eis.

Ik ben het eens met de eerstgenoemden; de – afwijkende – mening van de twee laatstgenoemden deel ik om de navolgende redenen niet. Ten eerste dienen, daarover bestaat volgens mij geen verschil van mening, ook de bezwaren tegen het beleid en/of de gang van zaken van een dochtermaatschappij van tevoren kenbaar te worden gemaakt (wél bestaat discussie over de vraag of het bestuur van die dochtermaatschappij daar juridisch van op de hoogte moet worden gebracht of dat zulks ook feitelijk kan), een en ander op de voet van art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW

8 Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1000.

9 Geerts 2004, *op. cit.*, p. 120; Geerts 2005, *op. cit.*, p. 89; Geerts 2006, *op. cit.*, p. 12 en 15.

10 Noot, onder 4 (p. 1039), van Raaijmakers bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*).

11 Van Solinge 2012a, *op. cit.*, p. 204; Van Solinge 2012b, *op. cit.*, p. 87.

12 Storm 2018, *op. cit.*, p. 115.

13 Conclusie, onder 2.15, bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*).

14 Ziekman, *op. cit.*, p. 395-396.

15 Zweedijk, *op. cit.*, p. 85.

16 *Vide* ook E.M. Soerjatin, 'Kroniek enquêterecht 2004: over consolidatie gesproken', in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 82, Deventer: Kluwer 2005, p. 79.

17 Bartman 2005, *op. cit.*, p. 555-556.

18 Van Wijk 2009, *op. cit.*, p. 15.

19 *Vide* ook De Groot, *op. cit.*, p. 25.Volgens J.H. Lemstra, 'Enquête sans frontières', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 277 leggen Bartman en Van Wijk de *Landis*-beschikking op het hier bedoelde punt in de door hem bepleite zin uit.

20 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*).

(*vide* nader hoofdstuk 6). In het verlengde daarvan moeten er naar mijn opvatting ook gegronde redenen zijn om aan de juistheid van haar beleid of gang van zaken te twijfelen. Ten tweede valt niet alleen (bestuurs)beleid binnen de draagwijdte van art. 2:350, eerste lid, BW, maar – sinds 1 januari 2013 – ook een 'juiste gang van zaken'. Ten derde moge het zo zijn dat in de eerdergenoemde situatie de moedermaatschappij (feitelijk) het bestuursbeleid van haar dochtermaatschappij volledig bepaalt, en er derhalve op het niveau van laatstgenoemde geen sprake is van beleidsautonomie, maar zulks betekent niet, althans niet zonder meer, dat de gegronde redenen bij die dochtermaatschappij dezelfde zijn als die bij haar moedermaatschappij, waarbij ik erop wijs dat in de meergenoemde beschikking de Hoge Raad de moeder- en dochtermaatschappijen noch hun beleid en/of gang van zaken met elkaar heeft vereenzelvigd. Ten vierde is het niet kunnen bepalen en voeren van zelfstandig bestuursbeleid zijdens een dochtermaatschappij – een – situatie waarin aan het raken-vereiste wordt voldaan; er kunnen er meer of andere zijn (*vide* nader § 7.1.3.1.3). Ten vijfde is in de huidige – op de enkelvoudige vennootschap gerichte – enquêteregeling nu eenmaal de voorwaarde opgenomen dat de Ondernemingskamer een enquêteverzoek als bedoeld in art. 2:345, eerste lid, BW slechts toewijst indien van het bepaalde in art. 2:350, eerste lid, BW is gebleken; dat is het geldende systeem.[21] Dat sinds 's Hogen Raads *Landis*-beschikking door houders van (certificaten van) aandelen ook, onder bepaalde omstandigheden, bevoegdelijk om een enquête kan worden verzocht bij een of meer onder 'hun eigen' vennootschap ressorterende dochtermaatschappijen, doet daar niet aan af.

Resteert de vraag welke mening – bij gebreke van een uitspraak van de Hoge Raad te dezen – de Ondernemingskamer is toegedaan. Bij de beantwoording van die vraag zij vooropgesteld dat alhoewel in een deel van de, veelal wat oudere, beschikkingen zij niet (uitdrukkelijk) vermeldde of er mede (voorshands) gegronde redenen waren om aan de juistheid van het beleid en/of de gang van zaken van (een deel van) de eveneens te enquêteren onderliggende vennootschap(pen), van de bovenliggende vennootschap in wier geplaatste kapitaal de verzoeker (certificaten

21 Op die lijn zit ook A-G Timmerman in zijn conclusie, onder 2.15, bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*).

van) aandelen hield, te twijfelen,[22] uit het gros van haar beschikkingen blijkt dat zij zulks (expliciet) vermeldt.[23]

22 *Vide* hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*); hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2003, *ARO* 2003/110 (*B&S Heiloo*); hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 13 april 2004, *ARO* 2004/54 (*Cebepe*); hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*); hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/84 (*Florimarx*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2005, *ARO* 2005/98 (*Knapen*); hof Amsterdam (OK) 22 juli 2005, *ARO* 2005/121 (*Arthromed*); hof Amsterdam (OK) 9 mei 2006, *ARO* 2006/99 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, m.nt. M.P. Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht* 2007/103, m.nt. M.J. van Ginneken (*ABN AMRO*); hof Amsterdam (OK) 22 juni 2007, *ARO* 2007/102 (*Micam*); hof Amsterdam (OK) 13 juli 2007, *ARO* 2007/121 (*Villa Happ*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8 (*Pool*); hof Amsterdam (OK) 4 maart 2008, *ARO* 2008/51 (*TCTrack*); hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53 (*Kalf-Valk*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82 (*Mulix*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2015, *ARO* 2015/136 (*Barendregt's*); hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128 (*Roessen & Roessen*); hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194 (*Monitus*); hof Amsterdam (OK) 4 december 2018, *ARO* 2019/41 (*Korsten*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/83 (*Treffers*). *Vide* met betrekking tot de beschikkingen inzake *Korsten* en *Treffers* hoofdstuk 7, voetnoot 312 (onder 'Ten achtste' respectievelijk 'Ten negende'). Indien sprake was van een concerngenotenenquête, en de verzoeker dus geen, of onvoldoende, (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van de onderliggende vennootschap(pen) houdt, hij houdt zulks louter (in voldoende mate) in dat van de bovenliggende vennootschap, dan kan hieraan worden toegevoegd hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, *JOR* 2002/112, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Broadnet*). In hof Amsterdam (OK) 27 december 2006, *ARO* 2007/4 (*Woudwood*) trof de Ondernemingskamer wél onmiddellijke voorzieningen bij de (twee) verweersters, maar overwoog zij níét dat er gegronde redenen waren om aan een juist beleid van beide vennootschappen te twijfelen waren. Hetzelfde geldt *m.m.* ook voor hof Amsterdam (OK) 17 december 2008, *ARO* 2009/3 (*MCEG*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33 (*MEI*), waarin wél een onderzoek bij een aantal vennootschappen werd bevolen, maar níét (expliciet) ten aanzien van hun beleid een gegronde redenen-oordeel werd uitgesproken. Hetzelfde geldt voor hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70 (*DPS*). *Vide* bovendien hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82 (*Proxy*). Daarin beval de Ondernemingskamer een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een holding en haar vier – ten tijde van de indiening van het enquêteverzoek reeds opgehouden te bestaan hebbende – dochtermaatschappijen, maar oordeelde zij enkel ten aanzien van het beleid van een van die vennootschappen, en wel een dochtermaatschappij, dat er gegronde redenen waren. *Vide* tevens hof Amsterdam (OK) 25 september 2015, *ARO* 2015/214 (*Metrical*) en hof Amsterdam (OK) 28 maart 2018, *ARO* 2018/108 (*Baars*), waarin de Ondernemingskamer – in haar tot afwijzing van het verzoek (als gedaan in het verzoekschrift) voerende – beoordeling algemeen sprak van (het ontbreken van) gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen, zonder te expliciteren op welke vennootschap(pen) zulks betrekking had. Spiegelbeeldig daaraan is hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7 (*4Apps*). Overigens noem ik hof Amsterdam (OK) 18 mei 2015, *ARO* 2015/138 (*Pharma Feed*); hof Amsterdam (OK) 21 mei 2015, *ARO* 2015/139 (*Proov*). *Vide* daarover nader voetnoot 325 van hoofdstuk 7 (onder 'Ten vijftiende' respectievelijk 'Ten zestiende').

23 *Vide* hof Amsterdam (OK) 20 juli 2000, rekestnr. 592/2000 (*Nedco*); hof Amsterdam (OK) 2 november 2000, *JOR* 2001/6 (*Cohere*); hof Amsterdam (OK) 16 november 2000, *JOR* 2001/9 (*MUS*); hof Amsterdam (OK) 29 maart 2001, rekestnr. 306/2001 (*Incore*); hof Amsterdam (OK)

31 augustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*) en hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/125, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128 (*Polyplus*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129 (*Mali Zevenaar*); hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/9 (*Kruisheer Elffers*); hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 6 juni 2003, *ARO* 2003/98 (*Mc Veldt*); hof Amsterdam (OK) 27 juni 2003, *ARO* 2003/113 (*Johnny Hoes*); hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, *ARO* 2005/5 (*Bouwburo*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 24 maart 2005, *ARO* 2005/55 (*ACI*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2005, *ARO* 2005/97 (*'t Hart*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150 (*Curamedical*); hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Van Doorn*); hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72 (*Punching*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWI*); hof Amsterdam (OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*); hof Amsterdam (OK) 26 juli 2006, *ARO* 2006/142 (*K&H*); hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/193 (*Masselink*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/192 (*De Leeuw*); hof Amsterdam (OK) 23 januari 2007, *ARO* 2007/23 (*Van de Steege*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/46 (*ITpreneurs*); hof Amsterdam (OK) 22 november 2007, *ARO* 2007/189 (*Zondervan*); hof Amsterdam (OK) 17 april 2008, *JOR* 2008/157, m.nt. A. Doorman (*ABN AMRO*); hof Amsterdam (OK) 24 april 2008, *ARO* 2008/86 (*Van Loon*); hof Amsterdam (OK) 3 december 2008, *ARO* 2008/191 (*Graphic*); hof Amsterdam (OK) 26 januari 2009, *ARO* 2009/19 (*E&M Horeca*); hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56 (*Nedelko*); hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180 (*FazandtGroep*); hof Amsterdam (OK) 8 maart 2010, *ARO* 2010/44 (*Allround Cargo*); hof Amsterdam (OK) 29 april 2010, *ARO* 2010/72 (*Celco*); hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*); hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Poststate*); hof Amsterdam (OK) 16 juli 2010, *ARO* 2010/112 (*Boon*); hof Amsterdam (OK) 16 november 2010, *ARO* 2010/170 (*2Link*); hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO* 2010/171 (*Weerts & Van Rooij*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/55 (*A&T Van Beek*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*Markerink*); hof Amsterdam (OK) 8 september 2011, *ARO* 2011/139 (*Induna*); hof Amsterdam (OK) 29 september 2011, *ARO* 2011/148 (*RVDD*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2011, *ARO* 2012/6 (*Hein Schilder*); hof Amsterdam (OK) 10 april 2012, *ARO* 2012/56 (*Sequoia*); hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO* 2012/119 (*Perison & Pierson*); hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165 (*Via Parva*); hof Amsterdam (OK) 8 januari 2013, *ARO* 2013/24 (*BHC*); hof Amsterdam (OK) 17 januari 2013, *ARO* 2013/26 (*Thermen*); hof Amsterdam (OK) 2 april 2013, *ARO* 2013/68 (*New Look*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2013, *ARO* 2013/98 (*Meditaxi*) en hof Amsterdam (OK) 1 juli 2013, *ARO* 2013/119 (*Meditaxi*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127 (*Jimm*); hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2013, *JOR* 2014/159, m.nt. W.H. van Baren (*Staat*); hof Amsterdam (OK) 12 december 2013, *ARO* 2014/6 (*Three Ships*); hof Amsterdam (OK) 20 december 2013, *ARO* 2014/9 (*Agri*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40 (*Wikkelbok*); hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO* 2014/60 (*S&R*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO* 2014/61 (*Fuhler*); hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64 (*Plat Edam*); hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/85 (*De Jong*); hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2014, *ARO* 2014/175 (*Depron*); hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18 (*Iszgro*); hof Amsterdam (OK) 21 april 2015, *ARO* 2015/117 (*Penta Properties*); hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165 (*Clifden*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171 (*Phanos Reit*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/173 (*Lansinkveste*); hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191 (*RTC*); hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara*); hof Amsterdam (OK) 13 mei 2016, *ARO* 2016/139 (*Meijbon*); hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue*); hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO* 2017/51 (*WiSH IP*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2017,

Kijken wij naar een aantal, hier van belang zijnde, beschikkingen waarin het enquêteverzoek voor zover dat (mede) zag op een of meer onderliggende vennootschappen, niet voor toewijzing in aanmerking kwam, dan ontstaat het volgende beeld. In de beschikkingen inzake *Agri*[24] en *S&R*[25] liep het verzoek hierop vast dat het niet was 'toegelicht', met welk toelichten, mede gezien de *Best Green*-beschikking,[26] (mede) lijkt te worden gedoeld op het aan de gegronde redenen-stelling ten grondslag gelegde. Volgens mij was er in de twee eerstgenoemde beschikkingen ofwel niet gesteld dat en waarom er gegronde redenen waren om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van de onderliggende vennootschap(pen) te twijfelen, ofwel sprake van een blote stelling (wel gesteld dat er gegronde redenen waren, maar zulks niet gesubstantieerd). *Vide* ook § 7.2.7.1.

Een andere cluster van beschikkingen omvat de beschikkingen inzake *Janssen*,[27] *Fortis*,[28] *Synpact*,[29] *Polderland*[30] en *Vos*[31], waarin de respectieve verzoeken hierop afstuitten dat het – naar ik begrijp: ter schraging van de (centrale) stelling dat er

ARO 2017/104 (*New Company Investments*); hof Amsterdam (OK) 14 juli 2017, *ARO* 2017/147 (*TCO*); hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, *ARO* 2017/148 (*Bakery Initiatives*); hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5 (*Readen Retail*); hof Amsterdam (OK) 1 november 2017, *ARO* 2018/32 (*HASBOS*); hof Amsterdam (OK) 14 december 2017, *ARO* 2018/38 (*Cosijn & Visser*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/49 (*Ager*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/50 (*IHP*); hof Amsterdam (OK) 1 maart 2018, *ARO* 2018/79 (*Trinity*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83 (*ADW*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/110 (*Monitor*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2018, *ARO* 2018/144 (*Harderwijk*); hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas (*SNS*); hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2018, *ARO* 2018/185 (*Hoeve Holland*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*); hof Amsterdam (OK) 31 januari 2019, *ARO* 2019/73 (*Monmar*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84 (*Lap*); hof Amsterdam (OK) 5 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1603 (*Cavari*). Indien in de navolgende zaken sprake was van een concerngenotenenquête, en de verzoeker dus geen, of onvoldoende, (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van de onderliggende vennootschap(pen) houdt, hij houdt zulks louter (in voldoende mate) in dat van de bovenliggende vennootschap, dan kan hieraan worden toegevoegd hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2000, *JOR* 2001/5 (*Paalman*) en hof Amsterdam (OK) 20 april 2001, rekestnr. 835/2000 (*Paalman*). *Vide* nader voetnoot 324 van hoofdstuk 7 (onder 'Ten tweede').

24 Hof Amsterdam (OK) 20 december 2013, *ARO* 2014/9, r.o. 3.6 (*Agri*).

25 Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO* 2014/60, r.o. 3.11 (*S&R*).

26 Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2014, *ARO* 2014/173, r.o. 3.3 (*Best Green*).

27 Hof Amsterdam (OK) 10 september 2008, *ARO* 2008/155, r.o. 3.9 (*Janssen*).

28 Hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *JOR* 2009/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2009/13, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.17 (*Fortis*).

29 Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *JOR* 2011/282, m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 3.27 (*Synpact*).

30 Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2014, *ARO* 2014/35, r.o. 3.9 (*Polderland*).

31 Hof Amsterdam (OK) 9 december 2016, *ARO* 2017/60, r.o. 3.3 *iuncto* 3.4 (*Vos*).

gegronde redenen waren om aan de juistheid van het beleid en/of de gang van zaken te twijfelen – aangevoerde[32] slechts betrekking had op de bovenliggende vennootschap, waarvan de verzoeker aandeel- of certificaathouder was.[33]

Weer een andere cluster bevat de beschikkingen inzake *Mondoor*[34] en *Barcofra*.[35] Daarin faalde het verzoek namelijk om reden hiervan dat er in verband met (de uitstrekking van) het te bevelen onderzoek bij (tot) de onderliggende vennootschappen geen (redengevende) feiten en omstandigheden naar voren waren gebracht.

Preciezer was de Ondernemingskamer in haar beschikkingen, ook een apart cluster, inzake *2H Media*[36] en *Muntal*.[37] Daarin liepen de respectieve verzoeken namelijk hierop stuk dat er geen (concrete) feiten en/of omstandigheden waren gesteld die 'gegronde redenen' ter zake van de onderliggende vennootschap(pen) konden opleveren. Kort van stof was de Ondernemingskamer in haar, van dezelfde cluster deel uitmakende, *B&A*-beschikking, waarin zij, kort gezegd, overwoog dat 'niets' was aangevoerd dat een gegronde redenen-oordeel kon dragen.[38] Tot deze tros behoren ook de beschikkingen inzake *Twister Media*,[39] *Best Green*[40] en *Care*.[41] In de laatstgenoemden faalden de verzoeken om reden dat niet (op kenbare wijze) was gesteld op welke gronden getwijfeld moest worden aan het beleid en de gang van zaken van een onderliggende vennootschap respectievelijk dat de gegronde redenen louter betrekking hadden op het beleid en de gang van zaken van de bovenliggende vennootschap. In de eerstgenoemde beschikking strandde het verzoek nu geen enkel bezwaar tegen het beleid en de gang van zaken van een aantal

32 Er dient te worden gesteld dat er gegronde redenen zijn om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken te twijfelen. Deze (centrale) stelling dient van stoffering te worden voorzien (de toelichting, motivering, substantiëring of onderbouwing, het, anders gezegd, waarom). Dit noemt men de aangevoerde 'bezwaren', 'verwijten', 'argumenten', 'stellingen' of 'gronden'. *Vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *JOR* 2009/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2009/13, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.3-3.4 en 3.13 (*Fortis*); hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *JOR* 2011/282, m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 3.1, 3.3 en 3.25-3.27 (*Synpact*); hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2014, *ARO* 2014/173, r.o. 3.2 (*Best Green*); hof Amsterdam (OK) 9 december 2016, *ARO* 2017/60, r.o. 3.4 (*Vos*). Onder dat aangevoerde hangen de (concrete) feiten en omstandigheden.

33 *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 22 september 2015, *ARO* 2015/211, r.o. 3.13 (*Schoenaker*). Daarin zag de Ondernemingskamer 'in het gestelde onvoldoende aanleiding om een onderzoek binnen deze [onderliggende, toev. RPJ] vennootschappen te gelasten. Erwo heeft geen aanknopingspunten aangedragen die een onderzoek bij deze vennootschappen rechtvaardigen'. Mitsdien werd het verzoek in zoverre afgewezen.

34 Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2006, *JOR* 2006/69, m.nt. R.G.J. Nowak, r.o. 3.8 (*Mondoor*).

35 Hof Amsterdam (OK) 20 januari 2009, *ARO* 2009/15, r.o. 3.12 (*Barcofra*).

36 Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2007, *ARO* 2007/103, r.o. 3.10 (*2H Media*).

37 Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2011, *ARO* 2011/63, r.o. 3.7 (*Muntal*).

38 Hof Amsterdam (OK) 27 november 2007, *ARO* 2007/190, r.o. 3.20 (*B&A*).

39 Hof Amstesrdam (OK) 28 oktober 2011, *ARO* 2011/167, r.o. 3.12 (*Twister Media*).

40 Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2014, *ARO* 2014/173, r.o. 3.3 (*Best Green*).

41 Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, *ARO* 2017/72, r.o. 3.7 (*Care*).

onderliggende vennootschappen was aangevoerd en ook overigens niets was gesteld waaruit kon worden afgeleid 'dat en waarom sprake zou zijn van gegronde redenen om aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken' van die vennootschappen te twijfelen, waardoor het verzoek in zoverre van onvoldoende feitelijke grondslag was voorzien.

Uit het vorenstaande, in onderling verband en samenhang beschouwd, volgt dat de aan het begin van deze paragraaf opgeworpen vraag bevestigend moet worden beantwoord; bij álle in de concerngenotenenquête te betrekken vennootschappen moet sprake zijn van gegronde redenen om aan de juistheid van het beleid of van de gang van zaken te twijfelen. De verzoeker dient dat te stellen én, belangrijker, te substantiëren. De Ondernemingskamer gaat vervolgens na of de gestelde gegronde redenen daadwerkelijk – per te enquêteren vennootschap (*vide* ook *infra*) – aanwezig zijn. Heeft de verzoeker niets gesteld, zijn stelling niet van stoffering (lees: gronden) voorzien of levert het aangevoerde geen gegronde redenen op om te twijfelen aan de juistheid van het beleid en/of de gang van zaken van een of meer onderliggende vennootschappen, dan komt het verzoek in zoverre niet voor toewijzing in aanmerking.

Tot slot vraag ik, apart, aandacht voor de navolgende twee OK-beschikkingen. De eerste betreft de *Callas*-beschikking. Hierin overwoog de Ondernemingskamer, na te hebben geoordeeld dat er sprake was van gegronde redenen ter zake van het beleid van de twee moedermaatschappijen, dat '[v]anwege de onlosmakelijke verwevenheid van Callas Beheer, Callas Initiative en Callas Holding en van het door ieder van deze vennootschappen gevoerde beleid alsmede de economische en organisatorische eenheid van deze drie vennootschappen' er tot geen andere oordeel kon worden gekomen dan dat 'op dezelfde gronden' ook sprake van dergelijke redenen met betrekking tot het beleid van hun dochtermaatschappij, Callas Holding.[42] Waarom er wél gegronde redenen waren om te twijfelen aan een juist beleid van die moedermaatschappijen, maar níét, zo vervolgde de Ondernemingskamer, aan dat van die dochtermaatschappij, had een tweetal belanghebbenden ook niet duidelijk kunnen maken.[43]

Weliswaar stelde de Ondernemingskamer ook in dezen – conform het thans vigerende systeem – ten aanzien van de (mede te enquêteren) dochtermaatschappij vast dat er gegronde redenen waren om aan de juistheid van haar beleid te twijfelen, maar haar benadering was een andere dan die zij normaliter pleegt te volgen.

---

42 Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60, r.o. 3.3-3.4 (*Callas*). *Cf.* hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127, r.o. 3.4 (*Jimm*), waarin de Ondernemingskamer overwoog, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat de verstoorde verhouding tussen de aandeelhouders/bestuurders en de financiële toestand van Jimm Holding, de moedermaatschappij, en – gezien 'de verwevenheid van het beleid en de gang van zaken in de onderscheiden vennootschappen': haar dochtermaatschappijen – gegronde redenen opleverde om aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken van al deze vennootschappen te twijfelen.

43 Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60, r.o. 3.4 (*Callas*).

Deze zag er namelijk, naar het lijkt, in dit geval, kort gezegd, aldus uit (een drietrapsraket). Zijn er gegronde redenen op moederniveau? Zo ja, is er sprake van (een bepaalde mate van) ineenstrengeling van (het beleid van) de (respectieve) groepsmaatschappijen? Zo ja, dan volgt daaruit dat er ook gegronde redenen zijn, en wel dezelfde, op dochterniveau, tenzij duidelijk wordt gemaakt waarom zulks toch niet het geval is. Dit komt dicht in de buurt van een concernbenadering, waarover hoofdstuk elf. Kennelijk kon het beleid van de twee moedermaatschappijen niet, althans moeilijk, van dat van hun dochtermaatschappij worden (af)gescheiden. Er zij evenwel aan herinnerd dat de huidige enquêteregeling uitgaat van de enkelvoudige rechtspersoon, waarin, strikt genomen, het beleid en de gang van zaken van iedere vennootschap op zichzelf zou moeten worden beschouwd.

De tweede beschikking betreft die inzake *Setay*.[44] Daarin kwam de Ondernemingskamer tot het oordeel dat er gegronde redenen waren om te twijfelen aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van Setay Beheer, de moedermaatschappij, reden waarom een onderzoek werd bevolen. Vervolgens overwoog zij – en dan komt het – dat waar 'de werkzaamheden feitelijk plaatsvinden binnen de werkmaatschappij Setay B.V. – en Setay Beheer haar enige bestuurder is – geldt *dit* [curs. RPJ] evenzo voor Setay B.V.'. Dit oordeel lijkt aldus te moeten worden verstaan dat omdat de werkzaamheden feitelijk plaatsvonden bij de dochtermaatschappij én de moedermaatschappij haar enige bestuurder was, er ook gegronde redenen aanwezig waren – kennelijk dezelfde als ten aanzien van Setay Beheer – om te twijfelen aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van Setay, en deswege een onderzoek daarnaar eveneens geïndiceerd was. Anders dan de *Callas*-beschikking (*vide supra*), kwam de Ondernemingskamer dus over een andere band tot gegronde redenen op dochterniveau; de voorliggende beschikking maakte in dit verband geen melding van, onder meer, eventuele onlosmakelijke verwevenheid tussen (het beleid van) de te enquêtereen vennootschappen.

44 Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *ARO* 2018/90, r.o. 3.6 (*Setay*).

Hoofdstuk 9

(VERHAAL) ONDERZOEKSKOSTEN EN SCHADEVERGOEDING

9.1 Onderzoekskosten

Overzien wij 's Ondernemingskamers beschikkingspraktijk ter zake van de vanaf 2002[1] tot de datum van afsluiting van dit onderzoek in (medio) 2019 op verzoek van houders van (certificaten van) aandelen gelaste concerngenotenenquêtes,[2] dan doemt daaruit het volgende beeld op. In de dicta van haar onderzoeksbeschikkingen stelt de Ondernemingskamer vast wat het onderzoek ten hoogste mag kosten, een en ander

1 De beschikkingen van daarvoor zijn gegeven in het guldentijdperk, waardoor de daarin voorkomende bedragen zouden moeten worden omgerekend naar euro's. Om dat te vermijden heb ik gekozen voor het jaar van invoering van de euro: (1 januari) 2002.

2 Deze pool van beschikkingen bestaat uit hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128 (*Polyplus*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129 (*Mali Zevenaar*); hof Amsterdam (OK) 31december 2002, *ARO* 2003/9 (*Kruisheer Elffers*); hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 6 juni 2003, *ARO* 2003/98 (*McVeldt*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2003, *ARO* 2003/110 (*B&S Heiloo*); hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 13 april 2004, *ARO* 2004/54 (*Cebepe*); hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, *ARO* 2005/5 (*Bouwburo*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 24 maart 2005, *ARO* 2005/55 (*ACI*); hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*); hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/84 (*Florimarx*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2005, *ARO* 2005/97 (*'t Hart*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150 (*Curamedical*); hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Van Doorn*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWI*); hof Amsterdam (OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*); hof Amsterdam (OK) 26 juli 2006, *ARO* 2006/142 (*K&H*); hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/193 (*Masselink*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/192 (*De Leeuw*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/46 (*ITpreneurs*); hof Amsterdam (OK) 22 juni 2007, *ARO* 2007/102 (*Micam*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8 (*Pool*); hof Amsterdam (OK) 4 maart 2008, *ARO* 2008/51 (*ICTrack*); hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53 (*Kalf-Valk*); hof Amsterdam (OK) 3 december 2008, *ARO* 2008/191 (*Graphic*); hof Amsterdam (OK) 26 januari 2009, *ARO* 2009/19 (*E&M Horeca*); hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180 (*FazandtGroep*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82 (*Mulix*); hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*); hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010,

exclusief omzetbelasting (btw). Dit (initiële) kostenplafond varieert van € 5.000[3] tot, op één uitzondering na,[4] € 50.000.[5] Meestentijds[6] bedraagt het kostenmaximum

ARO 2010/104 (*Posttate*); hof Amsterdam (OK) 16 november 2010, *ARO* 2010/170 (*2Link*); hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO* 2010/171 (*Weerts & Van Rooij*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33 (*MEI*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/55 (*A&T Van Beek*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82 (*Proxy*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*Markerink*); hof Amsterdam (OK) 8 september 2011, *ARO* 2011/139 (*Induna*); hof Amsterdam (OK) 10 april 2012, *ARO* 2012/56 (*Sequoia*); hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO* 2012/119 (*Pierson & Pierson*); hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165 (*Via Parva*); hof Amsterdam (OK) 8 januari 2013, *ARO* 2013/24 (*BHC*); hof Amsterdam (OK) 17 januari 2013, *ARO* 2013/26 (*Thermen*); hof Amsterdam (OK) 2 april 2013, *ARO* 2013/68 (*New Look*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127 (*Jimm*); hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2013, *JOR* 2014/159, m.nt. W.H. van Baren (*Staat*); hof Amsterdam (OK) 12 december 2013, *ARO* 2014/6 (*Three Ships*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40 (*Wikkelbok*); hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO* 2014/60 (*S&R*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO* 2014/61 (*Fuhler*); hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64 (*Plat Edam*); hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/85 (*De Jong*); hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2014, *ARO* 2014/175 (*Depron*); hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18 (*Iszgro*); hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70 (*DPS*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2015, *ARO* 2015/136 (*Barendregt's*); hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165 (*Clifden*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171 (*Phanos Reit*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/173 (*Lansinkveste*); hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191 (*RTC*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7 (*4Apps*); hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara*); hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue*); hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO* 2017/51 (*WiSH IP*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2017, *ARO* 2017/104 (*New Company Investments*); hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128 (*Roessen & Roessen*); hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, *ARO* 2017/148 (*Bakery Initiatives*); hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5 (*Readen Retail*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/50 (*IHP*); hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *ARO* 2018/90 (*Setay*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83 (*ADW*); hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/110 (*Monitor*); hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2018, *ARO* 2018/185 (*Hoeve Holland*); hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194 (*Monitus*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*); hof Amsterdam (OK) 31 januari 2019, *ARO* 2019/73 (*Monmar*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84 (*Lap*); hof Amsterdam (OK) 5 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1603 (*Cavari*).

3 *Vide* hof Amsterdam (OK) 24 maart 2005, *ARO* 2005/55 (*ACI*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*); hof Amsterdam (OK) 26 januari 2009, *ARO* 2009/19 (*E&M Horeca*).

4 Dat is hof Amsterdam (OK) 7 november 2018, *ARO* 2019/28 (*SNS*). Daarin is het (initële) onderzoeksbudget vastgesteld op € 2.300.000, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen.

5 *Vide* hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33 (*MEI*); hof Amsterdam (OK) 10 april 2012, *ARO* 2012/56 (*Sequoia*); hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191 (*RTC*).

6 Bij tijd en wijle worden de (initële) onderzoekskosten op een hoger bedrag vastgesteld. Zo stelde in hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83 (*ADW*) de Ondernemingskamer het bedrag dat het onderzoek '(waaronder begrepen het beproeven van een minnelijke regeling)' ten hoogste mocht kosten, vast op € 40.000. Dat was ook het geval in hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194 (*Monitus*) en in hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO* 2017/51 (*WiSH IP*). In hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/110 (*Monitor*) en in hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*) wordt een bedrag van € 35.000 vermeld.

€ 10.000,[7] € 15.000,[8] € 20.000[9] of € 25.000,[10] waarbij opmerking verdient dat het eerstbedoelde (initiële) maximum na de *2Link*-beschikking[11] niet meer is voorgekomen.

7 *Vide* hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128 (*Polyplus*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129 (*Mali Zevenaar*); hof Amsterdam (OK) 31december 2002, *ARO* 2003/9 (*Kruisheer Elffers*); hof Amsterdam (OK) 6 juni 2003, *ARO* 2003/98 (*McVeldt*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2003, *ARO* 2003/110 (*B&S Heiloo*); hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/84 (*Florimarx*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2005, *ARO* 2005/97 (*'t Hart*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150 (*Curamedical*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/192 (*De Leeuw*); hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8 (*Pool*); hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53 (*Kalf-Valk*); hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180 (*FazandtGroep*); hof Amsterdam (OK) 16 november 2010, *ARO* 2010/70 (*2Link*).

8 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8 (*Easy World Airline*); hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/193 (*Masselink*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/46 (*ITpreneurs*); hof Amsterdam (OK) 22 juni 2007, *ARO* 2007/102 (*Micam*); hof Amsterdam (OK) 3 december 2008, *ARO* 2008/191 (*Graphic*); hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82 (*Mulix*); hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Posttate*); hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO* 2010/171 (*Weerts & Van Rooij*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/55 (*A&T Van Beek*); hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*Markerink*); hof Amsterdam (OK) 2 april 2013, *ARO* 2013/68 (*New Look*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40 (*Wikkelbok*); hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18 (*Iszgro*); hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara*); hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *ARO* 2018/90 (*Setay*).

9 *Vide* hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*); hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Van Doorn*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWI*); hof Amsterdam (OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*); hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82 (*Proxy*); hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165 (*Via Parva*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127 (*Jimm*); hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO* 2014/60 (*S&R*); hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO* 2014/61 (*Fuhler*); hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2014, *ARO* 2014/175 (*Depron*); hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70 (*DPS*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2015, *ARO* 2015/136 (*Barendregt's*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7 (*4Apps*).

10 *Vide* hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*); hof Amsterdam (OK) 8 september 2011, *ARO* 2011/139 (*Induna*); hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO* 2012/119 (*Pierson & Pierson*); hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64 (*Plat Edam*); hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/85 (*De Jong*); hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165 (*Clifden*); hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128 (*Roessen & Roessen*); hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5 (*Readen Retail*); hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/50 (*IHP*); hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2018, *ARO* 2018/185 (*Hoeve Holland*); hof Amsterdam (OK) 31 januari 2019, *ARO* 2019/73 (*Monmar*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84 (*Lap*).

11 Hof Amsterdam (OK) 16 november 2010, *ARO* 2010/70 (*2Link*).

Behoudens de *Euroyal*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer bepaalde dat de onderzoekskosten bij helfte ten laste van beide verzoeksters kwamen,[12] en de *Mulix*-beschikking, waarin de Ondernemingskamer niet (expliciet) bepaalde ten laste van wie de onderzoekskosten kwamen,[13] bepaalde de Ondernemingskamer dat de onderzoekskosten, al dan niet hoofdelijk, werden gedragen door (een van) de te enquêteren vennootschap(pen) alsmede dat deze voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker, al dan niet vóór de aanvang van diens werkzaamheden, zekerheid diende(n) te stellen.[14] Veelal kwamen die kosten – overeenkomstig het thans vigerende systeem, dat uitgaat van enkelvoudige rechtspersonen, die elk (dan ook) hun eigen kosten dragen – ten laste van zowel de moedermaatschappij als haar dochtermaatschappij(en), soms zelfs in een bepaalde verhouding.[15] Niettemin heeft de Ondernemingskamer in een niet onaanzienlijk aantal beschikkingen bepaald dat zij – in afwijking van het vorenbedoelde systeem – alleen ten laste van eerstgenoemde kwamen.[16]

12 Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*). Uit deze beschikking blijkt niet dat de verzoeksters daartoe de bereidheid hadden uitgesproken.

13 Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82 (*Mulix*). Wel bepaalde zij dat de gerekestreerde vennootschappen zekerheid voor de onderzoekskosten moesten stellen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat zij ook degenen zijn ten laste van wie die kosten kwamen.

14 In hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82 (*Mulix*) werd aan dat zekerheid stellen nog toegevoegd 'op de door hem te bepalen wijze'.

15 *Vide* hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60 (*Callas*); hof Amsterdam (OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*). In de eerstgenoemde beschikking werden de onderzoekskosten, alsook de zekerheidsstelling daarvoor, voor telkens een derde over de drie te enquêteren vennootschappen verdeeld en in de laatstgenoemde beschikking werd één te enquêteren (dochter)vennootschap ontzien en werden de onderzoekskosten in een 90%-10%-verhouding verdeeld over de andere te enquêteren vennootschappen, waarvoor in diezelfde verhouding zekerheid moest worden gesteld.

16 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128 (*Polyplus*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129 (*Mali Zevenaar*); hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 13 april 2004, *ARO* 2004/54 (*Cebepe*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180 (*FazandtGroep*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82 (*Proxy*); hof Amsterdam (OK) 8 januari 2013, *ARO* 2013/24 (*BHC*); hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127 (*Jimm*); hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40 (*Wikkelbok*); hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70 (*DPS*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171 (*Phanos Reit*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7 (*4Apps*); hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara*); hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue*); hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128 (*Roessen & Roessen*); hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5 (*Readen Retail*); hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194 (*Monitus*); hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*); hof Amsterdam (OK) 5 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1603 (*Cavari*). In hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2018, *ARO* 2018/185, r.o. 3.9 (*Hoeve Holland*) overwoog de Ondernemingskamer dat zij (mede) de onderzoekskosten ten laste zou brengen van 'Hoeve Holland', de moedermaatschappij, maar in het dictum zijn die kosten ten laste van deze vennootschap én haar dochtemaatschappij Koppenberg gebracht. *Cf.* hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194, r.o. 3.15 en het dictum (*Monitus*).

9.2 Schadevergoeding

Indien de Ondernemingskamer het (enquête)verzoek afwijst, en daarbij – op verzoek of ambtshalve – beslist dat het naar haar oordeel niet op redelijke grond is gedaan,[17] kan de rechtspersoon waartegen dat verzoek zich richtte, tegen de verzoeker(s) bij de Ondernemingskamer een eis instellen tot vergoeding van de schade die hij ten gevolge van het evenbedoelde verzoek lijdt, voor de instelling waarvan als woonplaats mede geldt de woonplaats die de verzoeker heeft gekozen voor de indiening van het enquêteverzoek, dit een en ander op grond van art. 2:350, tweede lid, BW.

Dit artikel (eertijds: art. 53a WvK) is voorgesteld door de commissie-Verdam[18] en staat in de wet sinds 1970.[19] Mij zijn sedertdien slechts drie beschikkingen bekend waarin de Ondernemingskamer besliste dat het verzoek niet op redelijke grond was gedaan, te weten *La Casserole*,[20] *Amtel*[21] en *RVDD*,[22] waarbij ik aanteken dat alleen in die laatste een concerngenotenenquête speelde. Bij mijn weten is in geen van die gevallen nadien bij de Ondernemingskamer een vordering tot schadevergoeding ingesteld. Willems stelt dan ook terecht vast dat art. 2:350, tweede lid, BW een 'dode letter' is.[23] Ook noemenswaardig is hetgeen hij verder nog opmerkte, namelijk dat ook al zou de Ondernemingskamer beslissen dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan, hij niet goed vermocht in te zien welk heil van de hier bedoelde

17 *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, *ARO* 2018/99, r.o. 3.9 (*Echo Pharmaceuticals*), waarin de Ondernemingskamer overwoog, voor zover hier van belang, dat bij de toewijzing van een verzoek houdende dat het enquêteverzoek niet op redelijke grond (in de beschikking wordt gesproken van op 'onredelijke' grond) is gedaan, in zijn algemeenheid, tegen de achtergrond van het mede door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter, terughoudendheid geboden is, waarbij zij voor de toepassing van art. 2:350, tweede lid, BW aansluiting heeft gezocht bij de maatstaf die geldt voor de vraag of er sprake is van misbruik van procesrecht. De verklaring dat een (enquête)verzoek op onredelijke grond (lees: niet op redelijke grond) is gedaan, kan eerst dan worden toegewezen indien de enquêteverzoekende partij haar verzoek heeft gebaseerd 'op feiten en omstandigheden waarvan zij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan zij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden'. *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 27 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1754, r.o. 3.19 (*Intergamma*), waarin naar de voornoemde uitspraak wordt verwezen.

18 *Vide* rapport-Verdam 1967, p. 69 en 72.

19 *Vide* de Wet van 10 september 1970 tot wijziging van de artikelen 53-54c van het Wetboek van Koophandel (Herziening van het enquêterecht), welke gepubliceerd is in *Stb.* 1970, 411. Deze wet trad in werking op 1 januari 1971; *vide Stb*. 1970, 532.

20 Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2009, *JOR* 2009/190, m.nt. G. van Solinge, r.o. 3.9 (*La Casserole*).

21 Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2011, *ARO* 2011/39, r.o. 3.18 (*Amtel*).

22 Hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98, r.o. 3.5 (*RVDD*).

23 J.H.M. Willems, 'Het enquêterecht in de revisie', in: *Geschillen in de vennootschap. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 13 en zaterdag 14 november 2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, Deventer: Kluwer 2010, p. 226.

schadevergoedingsactie te verwachten is; '[n]iet alleen wordt de rechtspersoon verwezen naar de gecompliceerde dagvaardingsprocedure, maar ook vergt het de nodige fantasie om vast te stellen dat schade is geleden door het doen van het verzoek, complexe vraagstukken omtrent causaliteit en vaststelling van de omvang van de schade nog maar daargelaten'.[24] Art. 2:350, tweede lid, BW heeft zijns inziens een 'hoog symbolisch gehalte'.[25]

Naar mijn opvatting dient het hier bedoelde artikel uit de (huidige) enquêteregeling te worden geëcarteerd, en wel reeds hierom dat het element aansprakelijkheid daarin niet thuishoort; die regeling vindt haar uiterste grens in het vaststellen van verantwoordelijkheid voor mogelijk blijkend wanbeleid. Voorts oordeelt de Ondernemingskamer (hoogst) zelden dat een (enquête)verzoek niet op redelijke grond is gedaan en is een bij haar nadien ingestelde eis tot schadevergoeding een zeldzaamheid.[26] Overigens zij erop gewezen dat in geval van schrapping van art. 2:350, tweede lid, BW zulks een eventuele actie uit hoofde van art. 6:162 BW onverlet laat.[27] Tegen deze achtergrond, alsook gezien de opmerking(en) van Willems, laat ik (het bepaalde in) voormeld artikel verder rusten; er zal bij de bespreking van het enquêterecht in concernverhoudingen naar wenselijk recht bijgevolg geen aandacht aan worden besteed.

9.3 Kostenverhaal

Bij het verhalen van de onderzoekkosten heeft de art. 2:354 BW-gerechtigde twee mogelijkheden. De eerste betreft het verhalen van die kosten op de verzoekers tot enquête. Dit kan worden gedaan indien uit het verslag blijkt dat het enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan (*cf.* art. 2:350, tweede lid, eerste volzin, BW). De ministers Polak en De Geus spraken hiervan dat de Ondernemingskamer 'er als het ware is ingelopen' respectievelijk 'door verzoekers op een dwaalspoor is gebracht'.[28] Bij mijn weten is de hier bedoelde mogelijkheid nog nooit met vrucht

24 Willems 2010, *op. cit.*, p. 226.

25 *Ibid.*

26 Eén keer werd een schadevergoedingsactie ingesteld, maar wees de Ondernemingskamer de eis af, omdat zij in de enquêtezaak niet had beslist dat het verzoek niet op redelijke grond was gedaan; *vide* hof Amsterdam (OK) 24 september 1998, *NJ* 1999/332 (*Horgen Papier*).

27 *Cf.* Geerts' noot, onder 2, bij hof Amsterdam (OK) 13 februari 1997, *TVVS* 1997/62, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Boommarkt*). *Vide* ook SER-advies 1988, p. 26, waarin werd opgemerkt dat de Ondernemingskamer sneller en doeltreffender dan de gewone civiele rechter een beslissing kan nemen over een vordering op grond van art. 2:350, tweede lid, BW. Op zichzelf lijkt mij dat juist, maar dat laat de (voor)vraag onbeantwoord: is er wel behoefte aan zulk een bepaling?

28 *Vide Handelingen II* 1969/70, 62, p. 2964; *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 25, p. 14.

aangewend.[29] Deze mogelijkheid tot kostenverhaal is dan ook een dode letter. Wat mij betreft, kan tot schrapping ervan worden overgegaan.[30]

De tweede mogelijkheid regardeert het verhalen van de onderzoekskosten op een bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst[31] van de rechtspersoon was[32]

29 Evenzo M.W. Josephus Jitta, 'Jongens ware we, maar aardige jongens, in: S. Perrick, H.-J. de Kluiver en I. Spinath (red.), *Kort Juridisch. Liber Amicorum Peter Wakkie. 22 juni 2018 – 70 jaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 83. *Vide* ook Storm 2018, *op. cit.*, p. 319-320, die vier, bij hem bekende, ingestelde – en afgewezen – gevallen noemde (voetnoot 300). Van Solinge schreef reeds in zijn noot, onder 9, bij HR 8 april 1998, *JOR* 1998/133, m.nt. G. van Solinge, *TVVS* 1998/73, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Skipper Club*) dat het onwaarschijnlijk is dat een situtaie waarin de onderzoekskosten op een verzoeker tot enquête worden verhaald, zich in de praktijk voordoet. P. van der Vlis, 'De kosten van een enquête; wie zal dat betalen?', *TVVS* 1997/8, p. 228 noemde die situatie 'welhaast hypothetisch', dit vanwege het reeds gegeven gegronde redenen-oordeel. *Vide* ook Van der Vlis 2000, *op. cit.*, p. 321, alwaar hij spreekt van een 'tamelijk denkbeeldig scenario'. *Vide* bovendien SER-advies 1988, p. 42 en P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 8, volgens wie de hier bedoelde situatie zich 'niet snel zal voordoen'. Soortgelijke bewoordingen treffen wij ook aan in B. Winters, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:354 BW, aant. C.1; M.W. Josephus Jitta, in: *T&C Ondernemingsrecht*, art. 2:354 BW. Op het vorenbedoelde spoor zit ook Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1807. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/779 stellen dat uit het verslag niet snel van een onredelijke grond zal blijken. Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 822 stellen dat niet op redelijke grond gedane verzoeken in de praktijk 'niet of nauwelijks' zullen voorkomen.

30 Tweede Kamerlid Nederhorst heeft al eens door middel van het voorstellen van een amendement getracht de mogelijkheid tot kostenverhaal op de verzoekers tot enquête te schrappen, zij het vruchteloos, aangezien zijn amendement is verworpen; *vide Kamerstukken II* 1969/70, 9596, 12; *Handelingen II* 1969/70, 62, p. 2964-2965; *Handelingen II* 1969/70, 63, p. 2997. *Vide* ook *Kamerstukken II* 1971/72, 11005, 6, p. 12 (VV); *Kamerstukken II* 1972/73, 11005, 7, p. 16 (MvA); C.J. van Zeben en J.W. Du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoeringswet Boek 2. Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977, p. 1481-1482. Verder noem ik Van der Vlis 2000, *op. cit.*, p. 321 (herhaald op p. 324): 'Het meest voor de hand ligt mijns inziens om beide bepalingen [art. 2:350, tweede lid, BW en art. 2:354 BW, toev. RPJ] te laten vervallen (…).'

31 Volgens Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1081 (voetnoot 131) zou dat een (interim-)manager kunnen zijn. Storm 2014a, *op. cit.*, p. 219 (voetnoot 175) voegde daar nog aan toe een (groot)aandeelhouder.

32 Dat degene op wie het art. 2:354 BW-verzoek gericht is, niet meer bij de geënquêteerde rechtspersoon in dienst 'is', staat volgens de Ondernemingskamer niet aan een veroordeling tot betaling van de onderzoekskosten in de weg, nu haars inziens 'een redelijke uitleg van het bepaalde in artikel 2:354 BW meebrengt dat met die bepaling is bedoeld kostenverhaal mogelijk te maken op personen die ten tijde van het onjuiste beleid in enige relevante betrekking stonden tot de vennootschap en ten aanzien van wie uit het verslag is gebleken dat zij voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken verantwoordelijk zijn, ongeacht of die betrekking tot de vennootschap nog bestaat op het moment waarop het kostenverhaal wordt verzocht'; *vide* hof Amsterdam (OK) 28 juni 2001, *JOR* 2001/148, m.nt. F.J.P. van den Ingh, r.o. 3.25 (*De Vries Robbé*). *Vide* ook P.G.F.A. Geerts, 'Betere regeling van de positie van de enquêteur', *TVVS* 1993/2, p. 41; P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 10.

of is.[33] Dit kan worden gedaan indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid, welk woord op de topleiding (lees: het bestuur en, zo die er is, de raad van commissarissen) slaat, dan wel een onbevredigende gang van zaken, welke woorden op de lagere functionarissen, die niet het beleid hebben bepaald, maar die door, bijvoorbeeld, het geven van verkeerd advies of het verstrekken van onjuiste inlichtingen de evenbedoelde gang van zaken teweeg hebben gebracht, slaan, van de rechtspersoon.[34]

Mij zijn slechts drie beschikkingen bekend waarin de Ondernemingskamer – in een concerngenotenenquêtezaak – op die voet een verzoek tot kostenverhaal heeft toegewezen, namelijk *Polyplus*,[35] *Landis*[36] en *Pierson & Pierson*.[37] In de eerstbedoelde zaak gelastte de Ondernemingskamer desverzocht een onderzoek bij Polyplus Holding B.V. (hierna: Holding) en haar twee 100%-dochtermaatschappijen Polyplus Kunststoffen B.V. en Polyplus Special Products B.V., van welke vennootschappen zij tevens, kennelijk enig, bestuurder was, en bepaalde de Ondernemingskamer dat de onderzoekskosten ten laste van Holding kwamen.[38] Deze laatste had nadien de Ondernemingskamer verzocht haar enig (statutair) bestuurder, G. Schokker,[39] te veroordelen tot betaling van de zo-even genoemde kosten, hetwelk werd ingewilligd, nu hij verantwoordelijk kon worden gehouden voor het onjuiste beleid en de onbevredigende gang van zaken van de drie voornoemde vennootschappen.[40]

---

33 In HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3.1 (*VHS*) sprak de Hoge Raad – in het kielzog van plv. P-G Van Soest (*vide* zijn conclusie, onder 6.3 en 6.4, bij die beschikking) – van een '(rechts)persoon die in de sfeer van de rechtspersoon is opgetreden'. *Vide* daarover ook Maeijers noot, onder 4 (2e al.), en die van Van den Ingh, onder 4, bij HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis (*Text Lite*). Naar het oordeel van de Hoge Raad, als uitgesproken in HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleeft, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.3.3 (*Leaderland*), strookt het met de strekking van art. 2:354 BW om deze bepaling toepasselijk te achten op alle personen die in de sfeer van de (geënquêteerde) rechtspersoon zijn opgetreden en verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor zijn slechte functioneren, ook zonder dat zij dragers waren van een formele verantwoordelijkheid. Hiermee sanctioneerde hij het oordeel van de Ondernemingskamer in de beschikking *a quo* om zowel een juridisch bestuurder als een feitelijk bestuurder (*vide* ook de conclusie, onder 2.9 *et seq*., van A-G Wesseling-van Gent bij 's Hogen Raads beschikking) in de onderzoekskosten te veroordelen; *vide* r.o. 3.2.2-3.3.4.

34 *Kamerstukken II* 1968/69, 9596, 6, p. 16 (MvA).

35 Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2003, *ARO* 2003/141 (*Polyplus*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 18 december 2002, *ARO* 2003/16 (*Polyplus*).

36 Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77, m.nt. J.F. Ouwehand, *JIN* 2012/11, m.nt. M. van den Berg, r.o. 4.132 *et seq.* (*Landis*).

37 Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2014, *ARO* 2014/121, r.o. 5.11 (*Pierson & Pierson*).

38 Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128 (*Polyplus*).

39 Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128, r.o. 2.3 (*Polyplus*).

40 *Vide* hof Amsterdam (OK) 18 december 2002, *ARO* 2003/16, r.o. 1.3 (*Polyplus*); hof Amsterdam (OK) 21 juli 2003, *ARO* 2003/141, r.o. 1.4-1.5 en 3.7 (*Polyplus*).

In de tweedebedoelde zaak gelastte de Ondernemingskamer desverzocht een onderzoek bij Landis en haar drie 100%-dochtermaatschappijen Detron, Landis International en Landis Group en bepaalde zij dat de onderzoekskosten ten laste kwamen van Landis.[41] De curatoren van laatstgenoemde verzochten de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang, een aantal (gewezen) bestuurders en commissarissen van, naar ik begrijp, Landis hoofdelijk te veroordelen tot betaling van die – uiteindelijk onverplicht ten laste van de boedel gekomen – kosten,[42] hetgeen ten aanzien van een deel van hen voor honorering in aanmerking kwam en, wat de hoogte daarvan aanging, niet hoger uitkwam dan eerder door de Ondernemingskamer als maximum was bepaald.[43]

In de derdegenoemde zaak gelastte de Ondernemingskamer desverzocht een onderzoek bij Pierson & Pierson B.V. (hierna: Pierson & Pierson) en haar volle dochtermaatschappij Tana Netting Netherlands B.V., waarvan de eerstgenoemde vennootschap tevens enig bestuurder was, en bepaalde zij dat de onderzoekskosten ten laste van hen beide kwamen.[44] Toen het tweede fase-verzoek bij de Ondernemingskamer binnenkwam verzochten beide vennootschappen om die kosten op Th.U. van der Bijl, de enig bestuurder van Pierson & Pierson,[45] te kunnen verhalen, welk verzoek voor toewijzing in aanmerking kwam, nu naar het oordeel van de Ondernemingskamer aan de vereisten van art. 2:354 BW was voldaan.[46] Hij werd dan ook door haar veroordeeld in de betaling daarvan.

---

41 Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*).

42 Tot het doen van zulk een (zelfstandig) verzoek is blijkens de tekst van art. 2:354 BW de rechtspersoon bevoegd. Is deze gefailleerd, dan kan het door de curator worden gedaan; *vide* hof Amsterdam (OK) 19 juni 1997, *JOR* 1997/83, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/136, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bobel*); hof Amsterdam (OK) 10 december 1998, *NJ* 1999/390, *JOR* 1999/32, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Spiegelenburg*); hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77, m.nt. J.F. Ouwehand, *JIN* 2012/11, m.nt. M. van den Berg, r.o. 4.136-4.137 (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102, m.nt. D.A.M.H.W. Strik, r.o. 11.8 (*Van der Moolen*); hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61, m.nt. P. van Schilfgaarde, *AA* 2016/3, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 15.4 (*Meavita*). Hebben de enquêteverzoekers (een deel van) de onderzoekskosten betaald, dan brengt volgens de Hoge Raad een redelijke uitleg van art. 2:354 BW mee dat zij eveneens een verzoek als daarin bedoeld kunnen doen; *vide* HR 18 november 2016, *NJ* 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde, *JOR* 2017/30, m.nt. A. Hammerstein, *Ondernemingsrecht* 2017/50, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté, r.o. 3.5.2 (*Meavita*). Aangenomen mag mijns oordeels worden dat zulks *mutatis mutandis* ook voor een art. 282 Rv-belanghebbende geldt. *Vide* eveneens hof Amsterdam (OK) 11 oktober 2016, *ARO* 2017/69, r.o. 4.13 (*Lansinkveste*): 'Het verzoek te beslissen dat de onderzoekskosten op grond van artikel 2:354 BW op bestuurder De Groot kunnen worden verhaald, wordt eveneens afgewezen, aangezien dat verzoek niet door de vennootschap is gedaan *en evenmin door een partij die die kosten zelf heeft gedragen* [curs. RPJ].'

43 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens, r.o. 2.4 (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77, m.nt. J.F. Ouwehand, *JIN* 2012/11, m.nt. M. van den Berg, r.o. 1.3, 1.8, 4.132, 4.135-4.137, 4.142 en 4.149 (*Landis*).

44 Hof Amsterdam (OK) 11 juni 2013, *ARO* 2012/119 (*Pierson & Pierson*).

45 Hof Amsterdam (OK) 11 juni 2013, *ARO* 2012/119, r.o. 2.3 (*Pierson & Pierson*).

46 Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2014, *ARO* 2014/121, r.o. 1.7 en 5.11 (*Pierson & Pierson*).

Uit het vorenstaande vloeit voort dat degene die (*de iure et*) *de facto* de onderzoekskosten draagt, de Ondernemingskamer kan verzoeken de kosten op een bestuurder en/of commissaris te mogen verhalen, waartoe zij, indien aan de vereisten van art. 2:354 BW is voldaan, een veroordeling tot betaling kan uitspreken. Financiert de moedermaatschappij het onderzoek, dan kan zij dus een art. 2:354 BW-verzoek indienen. In het geval waarin zowel zij als haar dochtermaatschappij de kosten ten behoeve van dat onderzoek moeten ophoesten, dan kunnen zij beide daartoe overgaan. Dit is conform het thans vigerende systeem.

Aandacht verdient hiernaast de aard van de art. 2:354 BW-procedure. Niettegenstaande het feit dat in dit artikel wordt gesproken van 'verantwoordelijk', ben ik van mening dat deze procedure in wezen een (bijzondere) aansprakelijkheidsprocedure is.[47] Anders gezegd: art. 2:354 BW (2e onderdeel) is een aansprakelijkheidsbepaling gehuld in het gewaad van een verantwoordelijkheidsbepaling. Hierbij heb

47 *Vide* (in die richting/gelijke zin) (ook) Van der Vlis 1997, *op. cit.,* p. 229; G. van Solinge, 'Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid' (oratie Nijmegen), in: *Drie Nijmeegse redes. Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering*, Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 59, Deventer: Kluwer 1998, p. 55; P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 9.4; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1803; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1063 (*vide* ook p. 1084); C.D.J. Bulten en A.F.J.A. Leijten, 'Een lastige doorbraakbepaling?', in: D. Busch en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels koers. Liber Amicorum Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol. Opstellenbundel aangeboden aan Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol ter gelegenheid van haar afscheid als hoogleraar Effectenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen*, Serie Onderneming en Recht, deel 79, Deventer: Kluwer 2013, p. 182; B.F. Assink en M.J. Kroeze, 'Kroniek enquêterecht 2015', in: M. Holtzer, D.A.M.H.W. Strik en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134, Deventer: Kluwer 2016, p. 59-60; Y. Borrius, 'Individualisering van wanbeleid; verhaal van onderzoekskosten en aansprakelijkheid', in: C.D.J. Bulten *et al.* (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133, Deventer: Kluwer 2016, p. 71; C.D.J. Bulten, 'Beren op de weg', in: C.D.J. Bulten *et al.* (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 79; J.H.M. Willems, 'Verslag van de discussie', p. 220, in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98, Deventer: Wolters Kluwer 2016; S.J. van Calker, 'Wanbeleid, kostenverhaal en aansprakelijkheid: een *fact check*', in: G. van Solinge *et al.* (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 524 en 545; noot, onder 4-5, van Van Calker bij hof Amsterdam (OK) 31 maart 2017, *JOR* 2017/196, m.nt. S.J. van Calker (*Leaderland*); C.J-A. Seinen, 'Verhaal van onderzoekskosten: vreemde eend in de bijt van het enquêterecht', *MvV* 2017, nr. 4, p. 134; R.Y.H. Doorduyn, 'Enige gedachten omtrent de normatieve maatstaf voor art. 2:354 BW in Leaderland-perspectief', *Bb* 2018/54, p. 204. C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?* (diss. Leiden), Uitgave vanwege het Inistuut voor Ondernemingsrecht, deel 106, Deventer: Wolters Kluwer 2017, *para* 5.6.3 gaf aan het begin van die paragraaf als zijn eigen mening dat art. 2:354 BW geen grondslag van bestuurdersaansprakelijkheid is.

ik, in onderling verband en samenhang beschouwd, in aanmerking aangenomen dat (i) in zowel OK-beschikkingen[48] als in een HR-beschikking[49] als in conclusies (van A-G Mok)[50] het woord 'aansprakelijk(heid)' in dit verband werd gebezigd, (ii) het dictum van 's Ondernemingskamers beschikking een veroordeling tot betaling van de onderzoekskosten kan inhouden,[51] (iii) het te betalen bedrag kan worden

48 *Vide* hof Amsterdam (OK) 1 december 1994, *NJ* 1995/584, r.o. 5.5 (*VHS*); hof Amsterdam (OK) 19 juni 1997, *JOR* 1997/83, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/136, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.25 (*Bobel*); hof Amsterdam (OK) 10 december 1998, *NJ* 1999/390, *JOR* 1999/32, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.12 (*Spiegelenburg*); hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *JOR* 2013/7, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.65 en 3.67 (*Cancun*); hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102, m.nt. D.A.M.H.W. Strik, r.o. 11.12 (*Van der Moolen*); hof Amsterdam (OK) 31 maart 2017, *JOR* 2017/196, m.nt. S.J. van Calker (*Leaderland*); hof Amsterdam (OK) 7 september 2018, *ARO* 2018/201, r.o. 4.17 (*Loda*). In de *Bobel*-beschikking overwoog zij ook nog het volgende: 'Ten overvloede zij in dit verband vermeld dat – anders dan partijen soms schijnen te denken – het hier uitsluitend gaat om de beoordeling van het verzoek tot verhaal van de kosten van het noodzakelijk gebleken onderzoek, hetgeen niet – althans niet zonder meer – hoeft te betekenen dat de betrokken verweerders ook (allen) *aansprakelijk zijn voor de schade die het gevolg is van het faillissement van Bobel* [curs. RPJ].'

49 HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis, r.o. 4.16.1 (*Text Lite*).

50 *Vide* de conclusie, onder 3.4.2, bij HR 8 april 1998, *JOR* 1998/133, m.nt. G. van Solinge, *TVVS* 1998/73, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Skipper Club*); de conclusie, onder 3.1.3.4, 3.1.4 en 4.3.2, bij HR 19 mei 1999, *NJ* 1999/658, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1999/145, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 1999/51, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bobel*).

51 *Vide* HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis, r.o. 4.3.1 (*Text Lite*); HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleeft, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.4.2 (*Leaderland*). Naar het oordeel van de Hoge Raad in de eerstgenoemde beschikking is het immers niet in overeenstemming met de strekking van art. 2:354 BW, en overigens evenmin zinvol, indien naast de uitspraak van de Ondernemingskamer voor de feitelijke veroordeling de beslissing van een andere rechter zou zijn vereist. Ook plv. P-G Van Soest vermocht niet in te zien dat voor een veroordeling van de betrokkenen tot betaling van de (onderzoeks)kosten nog een afzonderlijke vordering nodig zou zijn; *vide* zijn conclusie, onder 10.10, bij de bovengenoemde beschikking. Nu het dictum van de beschikking van de Ondernemingskamer een veroordeling in de onderzoekskosten kan inhouden, kan de laatste zin van art. 2:354 BW, houdende dat art. 2:350, tweede lid, laatste volzin, BW, waarin staat dat voor het door de rechtspersoon instellen van een vordering tegen een verzoeker (tot enquête) mede de woonplaats geldt welke die verzoeker voor de indiening van het (enquête)verzoek heeft gekozen, van toepassing is, worden geschrapt. Immers, anders dan de procedure in art. 2:350, tweede lid, BW, die moet worden ingeleid met een dagvaarding, welke geschiedt bij exploot (*vide* art. 111, eerste lid, Rv), dat, voor zover hier van belang, mede de woonplaats vermeldt van degene voor wie het exploot bestemd is (*vide* art. 45, derde lid, aanhef en onderdeel d, Rv), moet de procedure in art. 2:354 BW worden ingeleid met een verzoekschrift, waarin, voor zover hier van belang, slechts de woonplaats van de verzoeker moet worden vermeld (*vide* art. 278, eerste lid, eerste volzin, Rv). Evenzo Geerts 2004, *op. cit.*, p. 227; P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 7. Voor schrapping van de hogerbedoelde zin pleitte Geerts reeds in zijn noot, onder 5 (*in fine*), bij HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*VHS*), nu deze volgens hem, in dit verband, misleidend is. Van der Vlis 1997, *op. cit.*, p. 228 (voetnoot 18) deelt de conclusie van Geerts met betrekking tot die schrapping. *Vide* bovendien Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1802 (voetnoot 368), volgens wie de laatste volzin van art. 2:354 BW

vermeerderd met de wettelijke rente (art. 6:119 BW),[52] (iv) de betrokkenen hoofdelijk (*vide* art. 6:6, tweede lid, BW) in de betaling van de onderzoekskosten kunnen worden veroordeeld,[53] (v) een betrokkene – zonder een andersluidend

in wezen niet goed te begrijpen is en overbodig is. Dat laatste is ook opgemerkt door B. Winters, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:354 BW, aant. C.4. Volgens Storm 2014a, *op. cit.*, p. 183 (voetnoot 150) berust de laatste zin van art. 2:354 BW kennelijk op een vergissing (dit staat niet (meer) in Storm 2018, *op. cit.*, p. 319 (voetnoot 297)).

52 De vraag die zich dan aandient, is wanneer die rente moet worden betaald: (a) vanaf de dag der indiening van het (zelfstandige) verzoek tot kostenverhaal of (b) vanaf de dag van het geven der beschikking? Geerts schreef daar in zijn noot, onder 5, bij hof Amsterdam (OK) 27 maart 1997, *TVVS* 1997/83, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Skipper Club*) het volgende over: 'De vennootschap had voordat de art. 2:354 BW-procedure was aangevangen de kosten van het onderzoek betaald. De vennootschap heeft de OK verzocht Jaarsma te veroordelen tot betaling van deze kosten "vermeerderd met de wettelijke rente vanaf het moment dat deze kosten door de vennootschap zijn voldaan". Omtrent de te betalen wettelijke rente bepaalt de OK dat de bestuurder deze moet betalen vanaf de dag van de beschikking en niet vanaf een eerder tijdstip: de verplichting tot het betalen van de kosten van het onderzoek door de bestuurder "eerst met en tengevolge van de in dezen te nemen beslissing ontstaat". Zie ook OK 2 november 1995, De NV 1996, p. 14. Hiermee is de OK – m.i. terecht – teruggekomen op haar beslissing in OK 7 januari 1993, NJ 1993, 412 waar zij de wettelijke rente berekend heeft vanaf de dag van de indiening van het art. 2:354 BW-verzoekschrift. Heeft de vennootschap de kosten nog niet betaald dan moet de bestuurder die in de kosten van het onderzoek is veroordeeld, de wettelijke rente betalen vanaf de dag van betaling door de vennootschap. Zie OK 2 november 1995, De NV 1996, p. 14.' *Vide* ook Geerts 2004, *op. cit.*, p. 224 (voetnoot 41). In hof Amsterdam (OK) 10 december 1998, *NJ* 1999/390, *JOR* 1999/32, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Spiegelenburg*), hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *JOR* 2013/7, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Cancun*) en in hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102, m.nt. D.A.M.H.W. Strik (*Van der Moolen*) koos de Ondernemingskamer evenwel (weer) voor het bedoelde onder (a). Zo overwoog zij in r.o. 3.67 en r.o. 11.13 van de laastgenoemde beschikkingen dat de wettelijke rente toewijsbaar is 'vanaf de indiening van het verzoek, dus vanaf 8 september 2011, zoals door de Vennootschap verzocht' respectievelijk dat 'Den Drijver en Kroon (…) over het bedrag van de onderzoekskosten wettelijke rente verschuldigd [zijn, toev. RPJ] *vanaf de datum van het inleidend verzoek* [curs. RPJ] van de curatoren, te weten 11 juli 2011'. In hof Amsterdam (OK) 9 juli 2014, *ARO* 2014/153, *Ondernemingsrecht* 2014/131, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 5.15 (*Groene Energie Administratie*) koos zij echter (weer) voor het bedoelde onder (b): betaling van de wettelijke rente vanaf de dag van haar beschikking. Hetzelfde geldt voor hof Amsterdam (OK) 31 maart 2017, *JOR* 2017/196, m.nt. S.J. van Calker, r.o. 3.11, *in fine* (*Leaderland*), hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2017, *JOR* 2018/69, m.nt. D.-J.F.F.M. Duynstee, r.o. 1.8 (*Inter-Burgo*) en hof Amsterdam (OK) 7 september 2018, *ARO* 2018/201 (*Loda*). Deze laatste vier beslissingen acht ik (de) juist(e), nu de betalingsverplichting ter zake van de onderzoekskosten pas ontstaat vanaf het geven van de (toewijzende) beslissing op het (zelfstandige) art. 2:354 BW-verzoek. Aldus ook Hermans, Winters en Van der Schrieck, *op. cit.*, p. 48. *Cf.* HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/239, r.o. 3.5.2 *et seq.* (*Vano Vastgoed*).

53 *Vide* hof Amsterdam (OK) 19 juni 1997, *JOR* 1997/83, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/136, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.25 (*Bobel*), waarin de Ondernemingskamer – naar aanleiding hiervan dat een aantal verweerders had aangevoerd dat een veroordeling uit hoofde van art. 2:354 BW niet hoofdelijk mag of kan zijn – overwoog dat '[e]lk van de verweerders heeft – door handelen en/of nalaten – zodanig bijgedragen aan de omstandigheden die uiteindelijk tot de enquête hebben geleid

geluid van de Hoge Raad – op de voet van art. 2:11 BW in de zo-even genoemde kosten kan worden veroordeeld,[54] (vi) de betrokkene, voor de toepasselijkheid van

(…), dat elk van hen voor het geheel aansprakelijk moet worden gehouden voor de kosten van het onderzoek. *Daarmee is ingevolge artikel 6:6 lid 2 BW de hoofdelijkheid gegeven* [curs. RPJ]'; hof Amsterdam (OK) 10 december 1998, *NJ* 1999/390, *JOR* 1999/32, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.12 (*Spiegelenburg*); hof Amsterdam (OK) 28 juni 2001, *JOR* 2001/148, m.nt. F.J.P. van den Ingh, r.o. 3.26 (*De Vries Robbé*); hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77, m.nt. J.F. Ouwehand, *JIN* 2012/11, m.nt. M. van den Berg, r.o. 4.142 (*Landis*); hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *JOR* 2013/7, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.67 (*Cancun*); hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102, m.nt. D.A.M.H.W. Strik, r.o. 12.2 (*Van der Moolen*); hof Amsterdam (OK) 9 juli 2014, *ARO* 2014/153, *Ondernemingsrecht* 2014/131, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 5.15 (*Groene Energie Administratie*); HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleeft, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.4.2 (*Leaderland*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61, m.nt. P. van Schilfgaarde, *AA* 2016/3, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 15.2 (*Meavita*), waarin de Ondernemingskamer geen aanleiding zag voor een hoofdelijke veroordeling in de betaling van de onderzoekskosten.

54 *Vide* hof Amsterdam (OK) 28 juli 2011, *JOR* 2011/329, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 5.4 (*Königsberg*). In zijn noot, onder 5, bij deze beschikking vroeg Josephus Jitta zich af of de veroordeling van de rechtspersoon-bestuurder tot betaling van de onderzoekskosten als 'aansprakelijkheid' in de zin van art. 2:11 BW kan worden aangemerkt, waaraan hij toevoegde dat zulks in ieder geval wel praktisch is. Bartman waagt met Josephus Jitta te betwijfelen of de werking van art. 2:11 BW zo ver gaat dat ook de onderzoekskosten in een art. 2:354 BW-procedure via die route in rekening kunnen worden gebracht bij een tweedegraads bestuurder, waarbij zijns inziens komt dat de Ondernemingskamer niet aan bestuurdersaansprakelijkheid doet en dan ook niet het daartoe ontworpen instrumentarium, waaronder art. 2:11 BW, moet gebruiken. Zuiverder was volgens Bartman geweest als de Ondernemingskamer onder de term 'bestuurder' als bedoeld in art. 2:354 BW mede de tweedegraads bestuurders had verstaan. *Vide* zijn noot, onder 3, bij rb. Maastricht 1 juni 2011, *JOR* 2011/357, m.nt. S.M. Bartman (*BAM*). C.E.J.M. Hanegraaf, 'Het verhalen van kosten van een enquête op een indirect bestuurder', *Ondernemingsrecht* 2019/63, p. 335 concludeerde dat de in art. 2:354 BW bedoelde kosten niet via art. 2:11 BW op een indirecte bestuurder verhaald kunnen worden, nu het eerstgenoemde artikel geen grondslag van bestuurdersaansprakelijkheid is. Bulten en Leijten, *op. cit.*, p. 182 zien dit anders. Zij zijn van mening dat nu art. 2:354 BW een aansprakelijkheidbepaling voor, onder andere, bestuurders bevat en art. 2:11 BW beoogt alle (Boek 2 BW-)aansprakelijkheden door te schakelen naar (dubbel-)indirecte bestuurders, dat laatste ook voor art. 2:354 BW geldt, reden waarom de Ondernemingskamer het in hun optiek bij het rechte eind heeft. Dit standpunt is, in essentie, herhaald in Bulten 2016, *op. cit.*, p. 79. Volgens Van den Ingh kan, nu de Hoge Raad blijkens HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997, 135, m.nt. P. van der Vlis (*Text Lite*) van oordeel is dat functionarissen rechtstreeks tot betaling van de kosten jegens de vennootschap kunnen worden veroordeeld, art. 2:11 BW als grondslag dienen voor de gelijkstelling van een, kort gezegd, indirect bestuurder van de geënquêteerde vennootschap aan een direct bestuurder ervan; *vide* zijn noot, onder 3, bij hof Amsterdam (OK) 19 juni 1997, *JOR* 1997/83, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/136, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bobel*). *Vide* ook Maeijers noot, onder 4 (*in fine*), bij HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis (*Text Lite*); Geerts 2004, *op. cit.*, p. 237; P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 10. Zij wezen in dit verband ook op art. 2:11 BW. *Vide* voorts

art. 2:354 BW, persoonlijk een 'verwijt' moet kunnen worden gemaakt,[55] (vii) een art. 2:354 BW-veroordeling strekt tot vergoeding van 'schade', bestaande in de

Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1062; Storm 2018, *op. cit.*, p. 336. Overigens noem ik Hanegraaf 2017, *op. cit.*, p. 107 *et seq.*, die als zijn mening gaf dat art. 2:354 BW geen grondslag van bestuurdersaansprakelijkheid is en dat deswege niet via art. 2:11 BW tot veroordeling van een tweedegraads bestuurder kan worden gekomen.

55 HR 18 november 2016, *NJ* 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde, *JOR* 2017/30, m.nt. A. Hammerstein, *Ondernemingsrecht* 2017/50, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté, r.o. 3.6.2 (*Meavita*); HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleeft, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.3.2-3.3.3 (*Leaderland*). *Vide* mede G. van Solinge, 'Van wanbeleid naar aansprakelijkheid', in: G. van Solinge *et al.* (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 510-511. *Vide* ook de conclusie, onder 3.32, van A-G Timmerman bij de eerstgenoemde beschikking. De Hoge Raad vereist individuele en concrete verantwoordelijkheid. Daaraan zou de A-G verwijtbaarheid willen toevoegen. Zijns inziens ligt deze benadering voor de hand, omdat art. 2:354 BW een soort van *lex specialis* van art. 2:9 BW – waarin ernstige verwijtbaarheid als een aansprakelijkheid vestigende omstandigheid een belangrijke rol speelt – is. *Vide* ook zijn conclusie, onder 4.7.11 en 4.7.16, bij HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan, *AA* 2014/6, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cancun*), HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Cancun*) en HR 4 april 2014, *Ondernemingsrecht* 2014/101, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Cancun*). *Vide* verder Van der Vlis 1997, *op. cit.*, p. 229, die uit de *VHS*-procedure (*vide* HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3.1 (*VHS*) en hof Amsterdam (OK) 1 december 1994, *NJ* 1995/584, r.o. 5.5 (*VHS*)) de conclusie trok dat met verantwoordelijkheid als bedoeld in art. 2:354 BW wordt gedoeld op 'persoonlijke verwijtbaarheid'. *Vide* mede P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 9.2, volgens wie de Hoge Raad met zijn oordeel in de *VHS*-beschikking (*vide* hiervoor) over 'individuele draagplicht' tot uitdrukking wil brengen dat een kostenverhaal alleen mogelijk is indien de bestuurder of commissaris een 'persoonlijk (ernstig; zie slot van deze aantekening) verwijt kan worden gemaakt'. *Vide* tevens Geerts 2004, *op. cit.*, p. 230-232 en 235. *Vide* daarnaast Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1810, die aansluiting bij de eis van een persoonlijk ernstig verwijt als toegepast in de context van art. 2:9, tweede lid, BW heeft gepleit. Volgens Assink en Kroeze, *op. cit.*, p. 59 zou het 'juridisch zuiverder zijn en de transparatie van haar motivering ten goede komen indien de OK zich hier voor iedere betrokkene van een contextuele *ernstig verwijtmaatstaf* [curs. RPJ] zou bedienen'. *Vide* over het 'ernstig' verwijt ook de conclusie, onder 2.8, van A-G Wesseling-van Gent bij de hogergenoemde *Leaderland*-beschikking en hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *JOR* 2013/7, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 3.63, 3.64.1 en 3.65 (*Cancun*). In de laatstgenoemde overweging lezen wij dat de Ondernemingskamer van oordeel was dat 'de handelwijze van Roovers aldus van een in hoge mate onjuist beleid ter zake waarvan hem *persoonlijk een ernstig verwijt* [curs. RPJ] moet worden gemaakt'. Na het geven van 's Hogen Raads *Meavita*-beschikking anders: hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, *JOR* 2018/41, m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 4.27 (*Staphorst*), waarin de Ondernemingskamer als volgt overwoog: 'De Ondernemingskamer acht, in het licht van de voorgaande overwegingen, in onderlinge samenhang bezien, voldoende feitelijke grondslag voorhanden om, zoals de onderzoeker ook als haar mening naar voren heeft gebracht, te oordelen dat het wanbeleid hoofdzakelijk is te wijten aan Welles. Aan de voorwaarde dat Welles een persoonlijk verwijt treft, is voldaan. *Anders dan Welles c.s. kennelijk menen, kan daarbij in het midden blijven of sprake is van een ernstig persoonlijk verwijt* [curs RPJ].' Die 'ernstige' verwijtbaarheid zou mijns inziens wel aansluiten bij de opmerking van de minister dat de Ondernemingskamer moet uitmaken of een beleidsfout 'ernstig' genoeg is om grond tot, hetzij

betaling van de onderzoekskosten,[56] en (viii) de art. 2:354 BW-regeling een *lex specialis* is die derogeert aan de aansprakelijkheidsregeling van art. 2:9 BW, de *lex generalis*.[57]

Dit aansprakelijkheidskarakter van art. 2:354 BW maakt de enquêteregeling echter onzuiver. Immers, 'verantwoordelijkheid' moet worden onderscheiden van 'aansprakelijkheid'.[58] Dat eerste kán tot dat laatste leiden, maar dat hoeft (dus) niet.[59] Het enquêterecht – en daarmee ook de bevoegdheid van de Ondernemingskamer – vindt, voor zover hier van belang, zijn (uiterste) grens in het vaststellen van individuele verantwoordelijkheid voor mogelijk blijkend wanbeleid, waarbuiten (dus) valt het doen van onderzoek naar, het vellen van oordelen over en het (uiteindelijk) vaststellen

---

geheel, hetzij gedeeltelijk, verhaal te geven; *vide Kamerstukken II* 1968/69, 9596, 6, p. 16 (MvA). *Vide* ook Van Calker, *op. cit.*, p. 525; Doorduyn, *op. cit.*, p. 205; Leijtens noot, onder 20, bij de *Staphorst*-beschikking. Overigens noem ik Van Solinge 1998, *op. cit.*, p. 55; M.W. Josephus Jitta, in: *T&C Ondernemingsrecht*, art. 2:354 BW.

56 HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleeft, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.4.2 (*Leaderland*).

57 *Vide* HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3.2 (*VHS*): 'Voorts dient in het oog te worden gehouden dat de regeling van de artt. 2:350 en 2:354 BW een voorziening beoogt te treffen aangaande de vraag wie de kosten van het onderzoek moet dragen. Aldus is een *bijzondere regeling* getroffen voor een concrete casuspositie, hetgeen tot gevolg heeft dat de *algemeen gestelde aansprakelijkheidsregeling* van art. 2:9 BW *niet meer aan bod komt*.' (curs. RPJ) *Vide* ook de conclusie, onder 8.3-8.5, van plv. P-G Van Soest bij HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*VHS*), volgens wie de regeling als bedoeld in art. 2:354 BW wetssystematisch naar voren komt als een *lex specialis*, die de *lex generalis* van art. 2:9 BW opzijzet. Die *lex specialis* gaat, zo vervolgde de plv. P-G, uit van de aanwijzbaarheid – uit het verslag – van een individuele, persoonlijke, verantwoordelijkheid, waaraan art. 2:9 BW niet af of toe kan doen. *Vide* voorts de conclusie, onder 3.40, van A-G Timmerman bij HR 18 november 2016, *NJ* 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde, *JOR* 2017/30, m.nt. A. Hammerstein, *Ondernemingsrecht* 2017/50, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*Meavita*), alwaar hij opmerkte art. 2:354 BW 'een soort van lex specialis van art. 2:9 BW is'. Met andere woorden: de rechtspersoon kan de onderzoekskosten niet uit hoofde van laatstgenoemd artikel op bestuurders verhalen. Evenmin kan hij dat op de voet van art. 6:162 BW, aldus Buijn en Storm, Geerts, Maeijer en Storm; *vide* de noot, onder 3 (*in fine*), van Maeijer bij HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*VHS*); noot, onder 2 (voetnoot 5), van Geerts bij HR 19 mei 1999, *NJ* 1999/658, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1999/145, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 1999/51, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bobel*); Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1063; Storm 2014a, *op. cit.*, p. 185. Eerstgenoemden voegden daar ook nog art. 2:8 BW aan toe. Laatstgenoemde noemde, naast de voormelde artikelen, nog art. 6:72 BW. *Vide* ook Storm 2018, *op. cit.*, p. 325 (tekst is anders dan in Storm 2014a, *op. cit.*, p. 185) en 337-338.

58 Evenzo A-G Timmerman in zijn conclusie onder 3.1 (voetnoot 17, *i.f.*), bij HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279. *Vide* hierover ook Van Solinge 1998, *op. cit.*, p. 38-42.

59 H.F.J. Joosten, 'Enquête: verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van 'functionarissen'', in: P. Ingelse (red.), *De Ondernemingskamer*, Prinsengrachtreeks 1998/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 27.

van individuele aansprakelijkheid.[60] Desondanks ziet art. 2:354 BW – naar de kern bezien – op (een bijzondere vorm van) aansprakelijkheid. Ziedaar de onzuiverheid.

60 Ter adstructie wijs ik op het volgende, in onderling verband en samenhang beschouwd. Ten eerste heeft de Hoge Raad in HR 18 november 2005, *NJ* 2006/173, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/295, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2006/10, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.2 (*Unilever*) (a) herhaald dat de wetgever blijkens de onstaansgeschiedenis van de enquêteregeling als doeleinde van het enquêterecht (mede) beschouwt de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid en (b) uitgemaakt dat tot de doeleinde van het enquêterecht niet behoort de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard en evenmin het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond daarvan. Volgens L. Timmerman, 'De begrenzers van het enquêterecht', in: *Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert*, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 62, Deventer: Kluwer 2008, p. 150 betekent zulks onder andere dat 'het enquêterecht niet bedoeld is om vragen in verband met de *aansprakelijkheid* [curs. RPJ] van bestuurders en andere belangrijke functionarissen van de vennootschap te beantwoorden en ook niet om onderzoek te verrichten naar feiten die van belang zijn voor het beantwoorden van dergelijke vragen'. *Vide* ook zijn opvatting in voetnoot 61 *infra*. Ten tweede heeft de Hoge Raad in HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis, r.o. 4.1.3 (*Text Lite*), voor zover hier van belang, overwogen dat het door de Ondernemingskamer geven van oordelen over 'persoonlijke aansprakelijkheid' voor de gevolgen van mogelijkerwijs te constateren wanbeleid buiten haar bevoegdheid valt. Ten derde heeft de Hoge Raad in HR 4 april 2003, *NJ* 2003/538, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/134, m.nt. Y. Borrius, *Ondernemingsrecht* 2003/36, m.nt. F. Veenstra, r.o. 3.4 (*Skipper Club*) overwogen dat het hof met zijn oordeel, houdende dat, kort gezegd, 's Ondernemingskamers wanbeleidbeschikking en haar art. 2:354 BW-beschikking geen directe betekenis hebben voor de in dit geding gestelde rechtsbetrekking tusen partijen, tot uitdrukking heeft gebracht dat de evengenoemde beschikkingen 'niet (tevens) bindend doen vaststaan dat Jaarsma aansprakelijk is op de voet van art. 2:9 BW' en dat dit oordeel juist is. Ten vierde heeft in *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 16 en 37 (MvT) de minister van Veiligheid en Justitie, Opstelten, het volgende opgemerkt: 'Het oordeel van de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure over een bepaald aandeelhoudersbesluit, het gedrag van de algemene vergadering of een individuele aandeelhouder geeft overigens geen antwoord op de vraag of een individuele aandeelhouder *aansprakelijk* kan worden gehouden voor de gang van zaken binnen de vennootschap. Dat zal desgewenst in een *aansprakelijkheidsprocedure*, waarbij het gedrag van de desbetreffende aandeelhouder centraal staat, moeten worden vastgesteld.' respectievelijk 'Wanneer een enquêteprocedure uitmondt in de uitspraak dat sprake is van wanbeleid van het bestuur, dan staat daarmee de *aansprakelijkheid* van een individuele bestuurder nog niet vast. De individuele bestuurder is bij de enquêteprocedure ook geen partij. *Voor de aansprakelijkstelling is derhalve een separate procedure tegen een bestuurder nodig*, waarin vanzelfsprekend een eerder oordeel dat de gezamenlijke bestuurders verantwoordelijk zijn voor wanbeleid wel een belangrijke rol zal kunnen spelen.' (curs. RPJ) Verder noem ik Van Solinge 1998, *op. cit.*, p. 39, volgens wie het enquêterecht voorziet in een 'bijzondere vorm van *verantwoording* [curs. RPJ] afleggen'. Tot besluit wijs ik op E.M. Wesseling-van Gent, 'To Fish or not to Fish, that's the Question', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en 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. 345: 'Afgezien van strijd met de wet en de bedoeling van de wet is de enquêteprocedure als opmaat voor een aansprakelijkheidsprocedure ook niet in overeenstemming te brengen met de aard van de verzoekschriftprocedure en biedt het onderzoek te weinig waarborgen om daartoe te kunnen dienen.' (voetnoot verwijderd)

Voornoemd artikel, althans het tweede onderdeel ervan, hoort, naar mijn opvatting, dan ook niet in de enquêteregeling thuis.[61] Teneinde het enquêterecht zuiver te houden dient aansprakelijkheid – strikt – van verantwoordelijkheid te worden (af-) gescheiden.[62] Schrapping, ook in zoverre, van art. 2:354 BW is dan ook geïndiceerd.[63] De gewone civiele rechter dient te worden geadieerd. Proceseconomische redenen kunnen daar niet aan afdoen.[64]

Tegen de achtergrond van al het vorengaande laat ik (het bepaalde in) art. 2:354 verder rusten; er zal bij de bespreking van het enquêterecht in concernverhoudingen naar wenselijk recht bijgevolg geen aandacht aan worden besteed.

61 Volgens A-G Timmerman in zijn conclusie onder 3.1, bij HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279 maakt een bepaalde opzet de enquêteprocedure niet geschikt voor aansprakelijkheidsgeschillen. In die procedure draait het in essentie om verantwoording, terwijl het bij aansprakelijkheid gaat om de verplaatsing van schade. Dat laatste hoort zijns inziens niet thuis in het enquêterecht.

62 *Cf.* Van Solinge 1998, *op. cit.*, p. 60.

63 Voor het uit de enquêteregeling verwijderen van (een deel van) art. 2:354 BW is reeds eerder gepleit; *vide* P.M.M. van der Grinten en M.J. Kroeze, 'Het congres "Rechtspleging in het ondernemingsrecht"', *TVVS* 1997/1, p. 13; Van der Vlis 1997, *op. cit.*, p. 230; Van Solinge 1998, *op. cit.*, p. 57; Van der Vlis 2000, *op. cit.*, p. 321-322 en 324; Geerts 2004, *op. cit.*, p. 239-240; P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 11; Veenstra 2010, *op. cit.*, p. 263 en 267-268; Borrius, *op. cit.*, p. 71; Van Calker in zijn noot, onder 6, bij hof Amsterdam (OK) maart 2017, *JOR* 2017/196 (*Leaderland*); Josephus Jitta 2018b, *op. cit.*, p. 83. *Vide* ook Seinen, *op. cit.*, p. 135, die opmerkte dat de kostenverhaalsmogelijkheid eigenlijk niet in de enquêteprocedure thuishoort. In gelijke zin Van Solinge 2017, *op. cit.*, p. 514. *Vide* daartegen Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1085; Overkleeft in zijn noot, onder 7-8, bij HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleeft, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere (*Leaderland*). *Vide* ook Storm 2014, *op. cit.*, p. 184. Van Solinge, die meent dat kostenverhaal uit het enquêterecht moet verdwijnen, en zo niet, slechts in het zwaarste geval (wanbeleid) moet worden toegelaten; *vide* zijn noot bij HR 8 april 1998, *JOR* 1998/133 (*Skipper Club*), *para* 8. O.R. van Brunschot, 'De faillissementsenquête', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 97, Deventer: Kluwer 2008, p. 248 pleitte voor het overhevelen van art. 2:354 BW naar de dagvaardingsprocedure.

64 *Vide* de conclusie, onder 3.31, van A-G Timmerman bij HR 18 november 2016, *NJ* 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde, *JOR* 2017/30, m.nt. A. Hammerstein, *Ondernemingsrecht* 2017/50, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*Meavita*).

Hoofdstuk 10

WANBELEID EN VOORZIENINGEN

10.1 Wanbeleid

Volgens het thans vigerende systeem dient de Ondernemingskamer, in geval van een concerngenotenenquête, desverzocht per onderzochte vennootschap na te gaan of uit het verslag blijkt dat er sprake is geweest van wanbeleid, waarbij geldt dat het gewraakte handelen, daaronder begrepen gedragingen, en/of nalaten van (leden van) organen aan haar moet worden toegerekend (wanbeleid van hen = wanbeleid van de vennootschap).[1] Uit de (schaarse) beschikkingen te dien aanzien blijkt dat zij dat ook doet.[2]

---

1 *Vide* HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 7.4 (*Ogem*).

2 *Vide* hof Amsterdam (OK) 30 juli 2001, *JOR* 2001/206, *Ondernemingsrecht* 2001/48, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.4 (*Cohere*); hof Amsterdam (OK) 30 juni 2003, *ARO* 2003/116, r.o. 3.6 en 3.11 (*Polyplus*); hof Amsterdam (OK) 20 januari 2012, *ARO* 2012/16, r.o. 3.13 (*Mulix*); hof Amsterdam (OK) 1 mei 2014, *ARO* 2014/121, r.o. 5.10 (*Pierson & Pierson*); hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, *ARO* 2015/82, r.o. 4.10 en 4.33 (*Proxy*); hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14, r.o. 3.17 (*Fuhler*); hof Amsterdam (OK) 11 oktober 2016, *ARO* 2017/69, r.o. 4.5 (*Lansinkveste*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 29 april 2002, *ARO* 2002/68 (*Tactron*); hof Amsterdam (OK) 15 augustus 2007, *ARO* 2007/146 (*'t Hart*). In hof Amsterdam (OK) 24 juli 2007, *ARO* 2007/142 (*Van Doorn*) lijkt er, in geval van het eerste verzoekschrift, sprake te zijn van een loutere vaststelling van wanbeleid ter zake van de dochtermaatschappij. Hierbij heb ik in aanmerking genomen dat (a) de moedermaatschappij, Van Doorn Corporate Development Group B.V., geen verweerster was, (b) de definitieve voorzieningen – waarop rechtstreeks werd aangekoerst – enkel gericht waren op die dochtermaatschappij (*vide* r.o. 1.4) en (c) de Ondernemingskamer in r.o. 3.8 overwoog dat op basis van het verslag de conclusie slechts kon zijn dat 'de verkoop en overdracht van de aandelen van *VD Management* [de desbetreffende dochtermaatschappij, toev., en curs., RPJ] in haar dochtervennootschappen en deelnemingen – en daarmee in feite de gehele onderneming van VD Corporate Development en VD Management – aan de door De Ruiter beheerste Caute Investments Ltd. en met name de voorwaarden waarop en de omstandigheden waaronder deze plaatsvonden en mede in het licht van hetgeen eerder omtrent de (vooraarden van de) overname door De Ruiter van de trustactiviteiten van de "Van Doorn-vennootschappen" tussen Van Doorn en De Ruiter was besproken, heeft te gelden als wanbeleid'. Wat betreft het tweede

Mij is één beschikking bekend waarin de Ondernemingskamer een (enigszins) andere benadering volgde, namelijk *Landis*.[3] Daarin werd verzocht wanbeleid vast te stellen ten aanzien van Landis en haar drie dochtermaatschappijen (*vide* r.o. 1.6). De Ondernemingskamer overwoog (in r.o. 4.147) daaromtrent aldus:

> 'Slotsom is dat het verzoek van VEB tot vaststelling dat sprake is geweest van wanbeleid toewijsbaar is voor wat betreft de hierboven als wanbeleid beoordeelde onderdelen van het financieringsbeleid, het acquisitiebeleid, de externe verslaggeving, de administratie en het functioneren van de raad van commissarissen. Zoals Vrisekoop heeft opgemerkt wordt in het verslag geen afzonderlijke aandacht besteed aan de dochtervennootschappen van Landis, te weten Landis Group, Landis International en Detron. In de beschikking van 30 oktober 2003 (onder 3.18) heeft de Ondernemingskamer overwogen dat niet bestreden is dat Landis en deze dochtervennootschappen tezamen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden en dat er wat de samenstelling van de onderscheiden bestuurder betreft sprake was van een vrijwel volledige personele unie. Dit is ook thans onweersproken gebleven. *Derhalve moet worden aangenomen dat voor zover de hierboven als wanbeleid aangemerkte onderdelen van het beleid betrekking hadden op een of meer van de dochtervennootschappen, dit beleid in ieder geval mede is aan te merken als beleid van Landis. De Ondernemingskamer zal daarom volstaan met de vaststelling dat sprake is geweest van wanbeleid van Landis* [curs. RPJ].'

In dezen stelde de Ondernemingskamer dus niet ook vast dat er sprake was geweest van wanbeleid van de dochtermaatschappijen, maar volstond zij met de wanbeleidvaststelling ter zake van hun moedermaatschappij, nu, naar het lijkt, wanbeleid van eerstgenoemden – mede – als wanbeleid van laatstgenoemde had te gelden, dit, naar zij lijkt te suggereren, gezien de (hechte) concernrelatie tussen die vennootschappen.

De gedachte hierachter is kennelijk deze dat in concernverband vennootschappen, de groepsmaatschappijen, geen afzonderlijk bestaan leiden; zij vormen (in ieder geval van intern) een – onder de supervisie van de dominante groepsmaatschappij – opererend geheel waarbinnen tussen het beleid van de respectieve groepsmaatschappijen geen schotten zitten, maar er veeleer sprake is van (gehele of gedeeltelijke)

---

verzoekschrift, dat wél (mede) tegen de hogergenoemde moedermaatschappij was gericht (*vide* r.o. 1.5), werd het daarin opgenomen verzoek afgewezen (*vide* r.o. 3.16) zonder uit te spreken dat niet van wanbeleid was gebleken ten aanzien van een met name genoemde vennootschap. In hof Amsterdam (OK) 3 november 2008, *ARO* 2008/175, r.o. 3.9 (*ICTrack*) overwoog de Ondernemingskamer dat uit het verslag genoegzaam was gebleken van wanbeleid van 'de vennootschappen althans ICTrack', wat daarvan ook zij. Overigens vermeld ik, ten overvloede, dat in hof Amsterdam (OK) 22 augustus 2016, *ARO* 2016/183 (*RTC*) het wanbeleidverzoek werd ingetrokken, zodat de enquêteverzoekers daarin niet-ontvankelijk werden verkaard.

3 Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77, m.nt. J.F. Ouwehand, *JIN* 2012/11, m.nt. M. van den Berg (*Landis*).

beleidvermenging. Alsdan is het begrijpelijk dat het wanbeleid van de een tevens wanbeleid van de ander oplevert. Zulks is echter niet conform het systeem waar de huidige – op de enkelvoudige vennootschap gerichte – enquêteregeling van uitgaat.

Noemenswaardig is, overigens, dat de Ondernemingskamer zich ter zake van de beoordeling van de vraag of er al dan niet sprake was geweest van wanbeleid van de groepsmaatschappijen die voorwerp van een concerngenotenenquête waren geweest, baseerde op, voor zover mij bekend, slechts één – door in de regel één onderzoeker opgesteld – (integraal) verslag, niet op separate, per geënquêteerde vennootschap opgestelde, verslagen. Ofschoon praktisch, is dat, strikt genomen, (eveneens) niet in overeenstemming met het thans vigerende systeem, tenzij dat (integrale) verslag kan worden gezien als een bundeling van subverslagen en (bijgevolg) de erin opgenomen bevindingen en conclusies van de onderzoeker duidelijk herleid kunnen worden naar de afzonderlijk onderzochte groepsmaatschappijen, zodat duidelijk is op wie zij betrekking hebben. Dit, evenals het voorgaande, heeft trekken van een concernbenadering.

10.2 Voorzieningen

In aansluiting op de wanbeleidvaststelling kan, in geval van een concerngenotenenquête, de Ondernemingskamer eveneens desverzocht een of meer (eind)voorzieningen treffen bij de vennootschappen waarover die vaststelling zich uitstrekt, hetwelk ertoe kan leiden dat ze (mede) op dochterniveau worden getroffen.

Voorbeelden daarvan uit 's Ondernemingskamers beschikkingspraktijk zijn echter spaarzaam; mij zijn er slechts twee bekend. Allereerst noem ik de beschikking inzake *Van Doorn*.[4] Daarin trof de Ondernemingskamer een aantal voorzieningen van definitieve aard (*sc.* vernietiging van bestuursbesluiten en ontslag van bestuurders, een en ander kennelijk op grond van art. 2:355, eerste lid, BW *iuncto* art. 2:356, aanhef en onderdelen a en b, BW) bij een dochtermaatschappij. Bovendien trof zij bij haar én bij haar moedermaatschappij een voorziening van tijdelijke aard (*sc.* benoeming van een bestuurder). Het is kwestieus of dit een art. 2:356, aanhef en onderdeel c, BW-voorziening betrof, nu aan de te benoemen persoon een 'doorslaggevende stem' toekwam, hetgeen in strijd zou zijn met de beschikking inzake *Zwagerman* van de Hoge Raad.[5] Voorts kunnen slechts art. 2:356 BW-voorzieningen worden getroffen '[i]ndien uit het verslag van wanbeleid is gebleken' (art. 2:355,

4 Hof Amsterdam (OK) 24 juli 2007, *ARO* 2007/142 (*Van Doorn*).

5 *Vide* HR 1 maart 2002, *NJ* 2002/296, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2002/79, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2002/29, m.nt. L. Timmerman, r.o. 3.9 (*Zwagerman*). Volgens de Hoge Raad bevat art. 2:356 BW een limitatieve opsomming van voorzieningen die de Ondernemingskamer (desverzocht) kan treffen, waartoe niet behoort het toekennen van bijzondere, naast de in de wet genoemde, bevoegdheden aan een op de voet van (art. 2:355, eerste lid, BW *iuncto*) art. 2:356, aanhef en onderdeel c, BW aangestelde commissaris (bestuurder). Wel kan zij op grond van het bepaalde in onderdeel d ervan een voorziening treffen waarbij tijdelijk van de statuten wordt

eerste lid, eerste zinsnede, BW). Er lijkt te dezen echter louter wanbeleid op dochterniveau te zijn vastgesteld.[6] Indachtig het adagium *ius curia novit*, houd ik het er dan ook op dat het hier een onmiddellijke voorziening op de voet van art. 2:355, derde lid, BW *iuncto* art. 2:349a, tweede lid, BW betrof.

Daarnaast noem ik de *ICTrack*-beschikking.[7] Daarin trof de Ondernemingskamer bij de moedermaatschappij art. 2:356, aanhef en onderdelen b, c en e, BW-voorzieningen. Voorts vernietigde zij bij wijze van art. 2:356, aanhef en onderdeel a, BW-voorziening het 'besluit van M.C. Hooijer Beheer B.V. [formeel bestuurder van de moedermaatschappij en materieel bestuurder van haar dochtermaatschappijen, toev. RPJ] om akkoord te gaan met de inhoud van de in 2.7 vermelde brief van Lizatec B.V. aan ICTrack B.V. [moedermaatschappij, toev. RPJ], Wireless Inter Networks Solutions & Technology B.V. [dochtermaatschappij, toev. RPJ] en Smartcoded B.V. [dochtermaatschappij, toev. RPJ] van 17 december 2007 alsmede het besluit van M.C. Hooijer Beheer B.V. om akkoord te gaan met de in 2.7 vermelde vaststellingsovereenkomst tussen Lizatec B.V. en ICTrack B.V. van 21 januari 2008'.[8] Als ik dat goed zie, dan werden in dezen vier voorzieningen als evenbedoeld getroffen, namelijk de vernietiging van een (bestuurs)besluit op moederniveau ter zake van de vaststellingsovereenkomst en de vernietiging van drie (bestuurs)besluiten, waarvan één op moederniveau en twee op dochterniveau, ter zake van de brief.

afgeweken in die zin dat, in afwijking van de statuten van de geënquêteerde vennootschap, aan de vorenbedoelde persoon bepaalde bevoegdheden worden toegekend. Deze kunnen echter geen andere zijn dan de wet toelaat, aldus, nog steeds, de Hoge Raad. Een dergelijke statutaire voorziening was in de *Van Doorn*-zaak niet getroffen.

6 *Vide* voetnoot 2 *supra*.

7 Hof Amsterdam (OK) 3 november 2008, *ARO* 2008/175 (*ICTrack*).

8 *Vide* voor het antwoord op de vraag wie bestuurder van wie was en wie aandelen in het geplaatste kapitaal van wie hield, hof Amsterdam (OK) 4 maart 2008, *ARO* 2008/51, r.o. 2.1-2.2 (*ICTrack*).

Deel III

IUS CONSTITUENDUM

Hoofdstuk 11

EEN SCHETS VAN HET ENQUÊTERECHT IN CONCERNVERHOUDINGEN

> 'Ik vind het een aardige bezigheid om na te denken over wat in de toekomst mogelijk is en mij los te maken van de huidige status-quo. Je moet daarbij een beroep doen op je verbeeldingskracht.'[1]

11.1 Inleiding

In deel II heb ik het enquêterecht naar huidig recht (het *ius constitutum*) behandeld. Centraal daarin stonden vragen rond de 'concerngenotenenquête' (als gedefinieerd in § 1.4). Thans stap ik over op een bespreking van het enquêterecht naar wenselijk recht (het *ius constituendum*),[2] waarin vragen rond de 'concernenquête' (als gedefinieerd in § 1.4) centraal staan. Ik heb mij beperkt tot tien vragen. Deze luiden als volgt:

(1) Bij wie zou een enquête moeten kunnen worden uitgelokt (§ 11.2)?
(2) Wie zou een enquêteverzoek moeten kunnen doen (§ 11.3)?
(3) Aan wie zouden de bezwaren kenbaar moeten worden gemaakt (§ 11.4)?
(4) Ten aanzien van wie zou moeten blijken van gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen (§ 11.5)?
(5) Hoe zou het verzoekschrift moeten worden ingericht (§ 11.6)?
(6) Wie zou in de enquêteprocedure moeten worden betrokken en, zo ja, op welke wijze (§ 11.7)?
(7) Wie zou de kosten van de enquête moeten betalen en daarvoor zekerheid moeten stellen (§ 11.8)?
(8) Wie zou een exemplaar van het (concept)onderzoeksverslag moeten ontvangen en daaruit – zonder OK-machtiging –[3] mededelingen aan derden mogen doen (§ 11.9)?
(9) Ten aanzien van wie zou (de verantwoordelijkheid voor) wanbeleid moeten kunnen worden vastgesteld (§ 11.10)?
(10) Bij wie zouden (eind)voorzieningen moeten kunnen worden getroffen (§ 11.11)?

---

1 L. Timmerman, 'The happy lawyer en de toekomst van het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2014/5, p. 27.

2 Van een strikte scheiding tussen het huidige recht en het wenselijke recht is evenwel geen sprake; ook in dit hoofdstuk komt het *ius positivum* om de hoek kijken.

3 *Cf.* art. 2:353, derde lid, eerste volzin, BW.

Bij de beantwoording van deze vragen neem ik het volgende tot uitgangspunt. Een concern als zodanig beschikt niet over rechtspersoonlijkheid,[4] zodat het *e.g.* geen wanbeleid kan worden aangewreven. Dat zou zich ook moeizaam verdragen met het feit dat een concern is opgebouwd uit individuele rechtspersonen. Hoe verhouden deze rechtspersonen zich dan tot elkaar? Wordt het concern een soort 'superrechtspersoon'? Daar komt bij dat als gevolg van rechtspersoonlijkheid van een concern als zodanig deze zou gelden als een autonome georganiseerde eenheid die intern door eigen rechtsregels van specifieke aard zou worden beheerst.[5] Dergelijke op concerns toegesneden regels, zoals die ter zake van besluitvorming, ontbreken echter, in ieder geval onder Nederlands recht.

Een concern met rechtspersoonlijkheid bekleden moge dan een stap te ver zijn, maar de focus, bij *e.g.* de beoordeling van de vraag of er gegronde redenen zijn of dat er sprake is van wanbeleid, leggen op de afzonderlijke (te enquêteren of geënquêteerde) groepsmaatschappijen acht ik evenmin wenselijk, aangezien daarmee wordt miskend, althans in onvoldoende mate wordt erkend, dat zij tezamen een economische eenheid onder centrale leiding vormen, waarbinnen het beleid en de strategie van de respectieve groepsmaatschappijen (tot op zekere hoogte) zijn samengesmolten en gericht op (uiteindelijk) het dienen van het concernbelang (*vide* nader § 2.1-2.3). Ook ben ik geen voorstander van, hoewel praktisch, het toerekenen van het handelen of nalaten van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij,[6] nu daarmee te weinig rekening wordt gehouden met de eigen rechten, plichten en verantwoordelijkheden van die dochtermaatschappij.

Tegen deze achtergrond zou ik het concern, ten behoeve van de toepassing van het enquêterecht en voor zover nodig, willen beschouwen als een rechtssubject *sui generis*, zodat het (eveneens) zelfstandig drager kan zijn van rechten, plichten en verantwoordelijkheden. Deze benadering, een middenweg, doet naar mijn mening het meest recht aan de (materiële) aard van het concern. Mitsdien neem ik haar in dit hoofdstuk tot uitgangspunt.

4 *Vide* ook voetnoot 35 *infra*. Slagter 1988, *op. cit.*, p. 137 verdedigde dat het concern als een zelfstandige samenwerkingsvorm – met rechtspersoonlijkheid – zou moeten worden beschouwd. *Vide* ook Slagter 2005, *op. cit.*, p. 626. Deze zienswijze heeft echter geen bijval gevonden in de literatuur; *vide* Bartman 1989, *op. cit.*, p. 7 (noot 23) en 145; M.J.G.C. Raaijmakers, 'Dient een concern te worden beschouwd als rechtspersoon?', *TVVS* 1990, p. 25-28 en W.J. Slagter, 'Naschrift', *TVVS* 1990, p. 28-29; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 457 en de verwijzing aldaar; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 75.

5 *Cf.* J.M.M. Maeijer en M. van Olffen, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/12.

6 *Cf.* B.M. Katan, 'Toerekening van kennis van groepsvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2019/60, p. 295-307.

11.2 Bij wie zou een enquête moeten kunnen worden uitgelokt (vraag 1)?

Sinds haar *Bot Bouw*-beschikking[7] uit 2000 gelast de Ondernemingskamer jaarlijks op verzoek van houders van (certificaten van) aandelen concerngenotenenquêtes. Het aantal van zulke enquêtes[8] varieert van één in zowel 2001[9] als in 2004[10] tot acht in zowel 2005[11] als 2006.[12] Gemiddeld werden er in de periode van 2000 tot en met 2018 jaarlijks vier à vijf van de hier bedoelde enquêtes gelast (in totaal 85 gelaste enconcerngenotenenquêtes verspreid over achttien jaren).

Hoewel dit *de facto* onderzoeken zijn bij (delen van) concerns – ik ga er veronderstellenderwijs van uit dat waar de Ondernemingskamer in haar beschikkingspraktijk spreekt van 'dochtervennootschappen' of 'dochtermaatschappijen', dit 'groepsmaatschappijen' in de zin van art. 2:24b BW zijn – zijn het *de iure* onderzoeken naar het beleid en de gang van zaken van individuele rechtspersonen, aangezien art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW deze tot uitgangspunt neemt (*vide* de woorden 'een rechtspersoon').

Ik meen dat het tijd wordt dit gat te dichten door de juridische werkelijkheid bij de feitelijke te laten aansluiten. Zulks doet ook recht aan (a) de materiële aard van een concern en hoe binnen die economisch eenheid groepsmaatschappijen opereren en (b) de centrale plaats die het concern in de economische werkelijkheid inneemt (*vide* (nader) § 2.1 en het daarin geciteerde).

---

7 Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*).

8 De beschikkingen waarin de Ondernemingskamer desverzocht een onderzoek als hier bedoeld heeft bevolen – die waarin zij louter onmiddellijke voorzieningen (de zogenoemde spoedvoorzieningen) heeft getroffen, laat ik hier buiten beschouwing – komen uit de pool van beschikkingen als opgesomd in voetnoot 312 van hoofdstuk 7.

9 Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*).

10 Hof Amsterdam (OK) 13 april 2004, *ARO* 2004/54 (*Cebepe*).

11 Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, *ARO* 2005/5 (*Bouwburo*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 24 maart 2005, *ARO* 2005/55 (*ACI*); hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*); hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/84 (*Florimarx*); hof Amsterdam (OK) 20 juni 2005, *ARO* 2005/97 (*'t Hart*); hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150 (*Curamedical*).

12 Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Van Doorn*); hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWI*); hof Amsterdam (OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*); hof Amsterdam (OK) 26 juli 2006, *ARO* 2006/142 (*K&H*); hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*); hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/192 (*De Leeuw*); hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/193 (*Masselink*). In 2014 en 2015 werden ook relatief veel concerngenotenenquêtes gelast: zeven.

Dat vorenbedoelde dichten zou ik aldus willen doen door in hetzij art. 2:345 BW, hetzij in een te ontwerpen regeling de mogelijkheid te creëren de Ondernemingskamer (mede) te kunnen verzoeken om een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een concern als zodanig.[13] Het concern wordt aldus in technisch-juridische zin (mede) de geadresseerde van de (concern)enquêteregeling; het gaat immers om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken 'van' het concern.[14] Ofschoon dat formeel gezien zo is, richt het onderzoek zich materieel gezien op het beleid alsook het handelen en/of nalaten van zijn groepsmaatschappijen, meer precies hun, al dan niet wettelijke of statutaire,[15] organen en de personen die daarvan deel uitmaken.[16] Hierbij zij, overigens, gereleveerd dat als een concern tot voorwerp van onderzoek wordt gemaakt, dit niet wil zeggen dat het ook volledig onderzocht móét of gáát worden, dat zal namelijk afhangen van de concrete feiten en omstandigheden van het geval, maar dat het volledig onderzocht kán en mág worden.

Groot is de stap naar de bovenbedoelde – van de concrete (afzonderlijke) rechtspersoon geabstraheerde – concernbenadering mijns oordeels niet, althans het zetten van die stap valt wel mee. Immers, in het enquêterecht, zoals dat er thans uitziet, draait het om 'beleid' en 'gang van zaken' (*vide* art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW en art. 2:350, eerste lid, BW). Dat zijn rekkelijke begrippen die zich in

13 *Cf.* Dorresteijn 2004, *op. cit.,* p. 14 (voetnoot 36). Daarin deed hij de suggestie de tekst van art. 2:345, eerste lid, BW in dier voege aan te passen dat er kan worden verzocht om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon '*en van met deze rechtspersoon in een groep verbonden andere rechtspersonen* [curs. aut.]'. L. Timmerman, 'Boekbespreking', *Ondernemingsrecht* 2004/103, p. 288 vroeg zich, bij de bespreking van Dorresteijns oratie, af of dit niet wat ver gaat en of er geen behoefte aan nuancering is. Storm 2005, *op. cit.*, p. 97 is daarentegen van oordeel dat de eerderbedoelde formulering niet te ver gaat in geval van enquêtes bij groepsmaatschappijen die ondergeschikt zijn aan de vennootschap in wier geplaatste kapitaal de verzoekers aandelen houden. Wel aarzelde hij of minderheidsaandeelhouders van onderhorige groepsmaatschappijen ook een enquête bij de dominante groepsmaatschappij zouden moeten kunnen uitlokken. Vanwege praktische bezwaren lijkt hem dat weinig opportuun.

14 *Cf.* Van Schilfgaarde 2016a, *op. cit.*, p. 331.

15 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, *JOR* 2016/299, m.nt. R.C. de Mol, r.o. 3.21 (*De Gelderhorst*): 'Dat onderzoek zal in elk geval betrekking hebben op de hierboven genoemde onderwerpen en op de rol van *alle geledingen* van De Gelderhorst, te weten het bestuur, de raad van toezicht, de ondernemingsraad en de cliëntenraad. *Het standpunt van laatstgenoemde partijen dat het onderzoek zich niet zou kunnen uitstrekken tot het handelen en functioneren van medezeggenschaporganen is onjuist; het feit dat de ondernemingsraad en de cliëntenraad geen beleidsbepalende organen van de Stichting zijn doet er niet aan af dat het, teneinde een volledig en evenwichtig beeld te verkrijgen, van belang is om ook de rol van medezeggenschaporganen te betrekken in het onderzoek*.' (curs. RPJ).

16 *Cf.* HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis, r.o. 4.1.1 (*Text Lite*). *Vide* ook M.R. Mok, 'Het recht van enquête', in: *Het recht van enquête onderzocht* (Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 50-51; Slagter (deel 2) 2013, p. 1571; Van Schilfgaarde 2016a, *l.s.c.*

concernverhoudingen bij uitstek lenen voor een ruime uitleg. Hierbij voegt zich dat, zoals volgt uit deel II, er al de nodige stappen richting een concernbenadering zijn gezet; men denke aan het louter kenbaar maken van de bezwaren aan het bestuur van de moedermaatschappij in geval van een personele unie, de onderzoekskosten louter ten laste van de moedermaatschappij brengen, het verrichten van een concerngenotenenquête door één onderzoeker, het beantwoorden van de wanbeleidvraag in geval van een bevolen concerngenotenenquête op basis van één verslag, het ontvankelijk verklaren van een verzoeker ten aanzien van twee of meer verweersters omdat zij konden worden aangemerkt als een concern en dit zonder die verzoeker gelijk te stellen aan een aandeel- of certificaathouder als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW, waarbij ik tevens wijs op de beschikkingen inzake *Callas* en *Landis* ter zake van de beoordeling van gegronde redenen respectievelijk wanbeleid (besproken in hoofdstuk 8 respectievelijk § 10.1).[17]

Onder een 'concern' versta ik:

> 'twee of meer rechtspersonen[18] die tezamen één onderneming onder centrale leiding vormen.'

Deze definitie – die anders is vormgegeven dan die in art. 2:24b BW – laat zich als volgt, kort, toelichten. Het element 'centrale leiding' houdt (mede) in dat de dominante groepsmaatschappij beslissende zeggenschap over haar onderhorige groepsmaatschappij(en) kan uitoefenen door, indien en voor zover nodig, bestuurders te kunnen schorsen of ontslaan en op de opengevallen zetels nieuwe aan te stellen. De aanwezigheid van dit element is van vitaal belang voor (het zijn van) een concern. Daarom heb ik dat in de bovenbedoelde definitie geëxpliciteerd. Overigens heb ik bewust niet gekozen voor het – veelvuldig in de OK-rechtspraak voorkomende – woord 'gemeenschappelijke leiding', nu het geven van leiding aan een concern niet, zoals dat woord suggereert, een gemeenschappelijke aangelegenheid is.

---

17 *Vide* ook, naast HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*), HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleeft, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere, r.o. 3.3.3 (*Leaderland*), waarin de Hoge Raad, voor zover hier van belang, overwoog dat het met de strekking van art. 2:354 BW strookt om 'deze bepaling van toepassing te achten op alle personen *die in de sfeer van de rechtspersoon zijn opgetreden* en verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het slecht functioneren van de rechtspersoon, *ook zonder dat zij een formele verantwoordelijkheid droegen*'. (curs. RPJ) Ook hierin zien wij een ruime benadering van het enquêterecht zijdens de Hoge Raad.

18 Hoewel ik mij realiseer dat een groepsmaatschappij een volledig aansprakelijke vennoot kan zijn van een vof of een cv (*cf.* art. 2:345, eerste lid, laatste volzin, BW alsmede *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 3 en 12 (MvT)), ligt mijn focus op rechtspersonen, nu groepsmaatschappijen in de regel rechtspersoonlijkheid zullen hebben. Personenvennootschappen heb ik daarom niet in de definitie van het begrip concern opgenomen. *Vide* ook § 2.2.

Twee of meer rechtspersonen dienen samen een onderneming te vormen. Een onderneming is een economische eenheid, waarbinnen sprake is van een organisatorische eenheid. Er zij aan herinnerd (*vide* § 2.2) dat ik onder een 'onderneming' versta een zelfstandig optredende organisatorische eenheid, bestaande uit (rechts-) personen en (im)materiële elementen, die op duurzame basis aan het economisch verkeer deelneemt door het ten behoeve van derden met behulp van mensen en middelen verrichten van economische activiteiten in de zin van het aanbieden van goederen of diensten, een en ander met het oogmerk om daarmee winst[19] te behalen, dit als doel op zich dan wel ter realisatie van (mede) een ander doel.

Een concern kan zich, door middel van het oprichten van buitenlandse vennootschappen en/of het overnemen van aandelen in hun geplaatste kapitaal,[20] internationaal vertakken. Daarom vallen, zoals eveneens het geval is onder art. 2:24b BW, ook overeenkomstig vreemd recht opgerichte groepsmaatschappijen binnen de reikwijdte van mijn definitie van een groep. Zulks betekent dat, in afwijking van het thans geldende (enquête)recht, onder vigeur waarvan het toepassingsbereik is beperkt tot de in art. 2:344 BW genoemde (Nederlandse) rechtspersonen,[21] zij eveneens (*de facto*)[22] voorwerp van onderzoek kunnen worden. De juridische werkelijkheid reist dus met de economische werkelijkheid mee over de landsgrens heen, hetwelk thans, onder huidig recht, slechts in sommige situaties mogelijk is.[23]

De Ondernemingskamer dient – ambtshalve –[24] na te gaan of er in de bij haar aangebrachte enquêtezaak sprake is van een concern als eerder door mij gedefinieerd. Om te bepalen of daarvan sprake is, kan er inspiratie worden geput uit de fiscale rechtspraak van de Hoge Raad.[25] Daarin overwoog laatstgenoemde, voor zover hier van belang en kort gezegd, dat het optreden onder gezamenlijke leiding kenmerkend is voor de aanwezigheid van een groep (kennelijk: als bedoeld in art. 2:24b BW) en dat daarvoor zeggenschap vereist is. Hoewel het bezit van een

19 *Cf.* Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 4: 'Toch is het concern wezenlijk een commerciële organisatievorm.'

20 *Vide* Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 111-112.

21 *Vide* SER-advies 1988, p. 64; *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 6, p. 7 (MvA); HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/147, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/126, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3 (*Zeelandia*).

22 Formeel-juridisch is dat, zoals gezegd, het concern als zodanig.

23 Daarmee doel ik vooral op de thans bestaande mogelijkheden voor de enquêteur om in het buitenland onderzoek te (laten) doen; *vide* § 5.2.2 (een van de laatste alinea's).

24 *Cf.* D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter* (diss. Nijmegen), Boom Juridische uitgevers 2010, p. 171, alwaar zij schreef dat aan bevoegdheids- en ontvankelijkheidskwesties ambtshalve getoetst wordt.

25 *Vide* HR 18 november 2011, *BNB* 2012/27, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/372, m.nt. J.N. Bouwman, *FED* 2012/18, m.nt. M.C. Cornelisse, r.o. 3.4.1; HR 21 september 2012, *BNB* 2013/14, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/2285, m.nt. J.A.G.van Es, *FED* 2013/22, m.nt. G.T.K. Meussen, r.o. 4.2.

meerderheidsbelang niet noodzakelijkerwijs leidt tot een groepsrelatie tussen een moeder- en een dochtermaatschappij, brengt een redelijke bewijslastverdeling mee dat de partij die zich erop beroept dat ondanks de aanwezigheid van zulk een belang een relatie als evenbedoeld ontbreekt, de daarvoor relevante feiten en omstandigheden moet stellen en, desnodig, aannemelijk dient te maken.

Een andere inspiratiebron vormt de Jaarrekeningrichtlijn.[26] Daarin komt in art. 2, onder 11, de term 'groep' voor. Daaronder wordt verstaan 'een moederonderneming en al haar dochterondernemingen'. Onder een 'moederonderneming' wordt verstaan 'een onderneming die zeggenschap heeft over een of meer dochterondernemingen' (onder 9). In de considerans, onder 31, van de Jaarrekeningrichtlijn lezen wij dat zeggenschap dient te berusten op het bezit van een meerderheid der stemrechten, maar er ook zeggenschap kan bestaan die berust op overeenkomsten met medeaandeelhouders of met vennoten van de onderneming, alsmede kan er in sommige gevallen daadwerkelijke uitoefening van zeggenschap zijn ofschoon de moederonderneming geen of een minderheid van de aandelen in de dochteronderneming bezit.

Voorts kan inspiratie worden gevonden in het Europese mededingingsrecht (besproken in § 2.4). Daarin vormen, het zij herhaald, verschillende vennootschappen die tot eenzelfde concern behoren, een economische eenheid en dus een onderneming in de zin van art. 101 en 102 VWEU, waarvan inzonderheid sprake is als de betrokken (dochter) vennootschappen niet zelfstandig hun marktgedrag (kunnen) bepalen. In het geval waarin de moedermaatschappij (in)direct (nagenoeg) 100% van het kapitaal van haar inbreukplegende dochtermaatschappij in handen heeft, bestaat er een – weerlegbaar – vermoeden dat eerstgenoemde beslissende invloed op het gedrag van laatstgenoemde uitoefent en deze bijgevolg niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, zodat er sprake is van één onderneming in bovenbedoelde zin. Alsdan kan de Commissie de moedermaatschappij beboeten voor het (mededingingsverstorende) gedrag van haar dochtermaatschappij. Het is aan de moedermaatschappij die daartegen opkomt bij de Unierechter, om het eerderbedoelde vermoeden te weerleggen door te bewijzen dat haar dochtermaatschappij autonoom opereert en er daarom geen sprake is van één onderneming als hier bedoeld.

Tegen deze achtergrond kom ik, met betrekking tot het wenselijke recht, tot het volgende. Voor het zijn van een concern is de aanwezigheid van het element 'centrale leiding' van eminent belang. Daarvoor is nodig dat de moedermaatschappij beslissende zeggenschap over haar dochtermaatschappij kan uitoefenen. Normaliter

26 Richtlijn 2013/34 EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad, *PbEU* 2013, L 182/19.

is dat, gezien het ' *one share, one vote*'-principe,[27] mogelijk bij het hebben van een meerderheidsbelang in de dochtermaatschappij. Indien de ene vennootschap in het (uitstaande) aandelenkapitaal van de andere vennootschap zulk een belang houdt, bestaat er dan ook een – weerlegbaar – vermoeden dat tussen beide vennootschappen een groepsrelatie aanwezig is. Het is aan de partij die zich erop beroept dat ondanks de aanwezigheid van een meerderheidsbelang een relatie als zo-even genoemd ontbreekt, om dat vermoeden te ontzenuwen door de daarvoor relevante feiten en omstandigheden te stellen en, desnodig, aannemelijk te maken.[28] Deze bewijslastverdeling is mijns inziens billijk, nu die partij het beste geëquipeerd is om aan te tonen dat er géén sprake is van een groep.[29]

Van een concern moet, in beginsel, sprake zijn op het moment van binnenkomst van het verzoekschrift ter griffie van de Ondernemingskamer. Tevens geldt dit peilmoment voor de beoordeling van de vraag welke juridische entiteiten tot dat concern behoren. Deze hoofdregel kan, onder omstandigheden, uitzondering lijden; vandaar dat ik spreek van 'in beginsel'. Ter illustratie noem ik de situatie waarin de moedermaatschappij – anticiperende op een concernenquêteverzoek – het concern desintegreert dan wel een dochtermaatschappij bij wijze van aandelenoverdracht losweekt uit het concern, zodat er ten tijde van de indiening van het enquêteverzoek geen sprake meer is van een concern respectievelijk een groepsmaatschappij.[30] Alsdan zou de Ondernemingskamer, nu zulks niet kan worden aanvaard, kunnen aanknopen bij de vraag of er sprake was van een concern of een groepsmaatschappij in een relevant deel van de verzochte onderzoeksperiode.[31] Dat de voormalige groepsmaatschappij thans in andere handen is gekomen, staat aan het doen uitstrekken van een enquête tot haar niet in de weg.

Er kunnen twee soorten te enquêteren concerns worden onderscheiden: nationale en internationale (*vide supra*). Zo er sprake is van dat laatste, dient de vraag naar rechtsmacht zich aan, waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen concerns

27 Afwijkingen daarvan zijn mogelijk; men denke aan een stemrechtloos aandeel of een aandeel met meervoudig stemrecht (*vide* art. 2:228, vierde en vijfde lid, BW).

28 *Cf.* het in voetnoot 25 *supra* aangehaalde. In zijn noot, onder 8, bij de eerstgenoemde uitspraak aldaar onderschreef Marres zowel de opvatting dat er in beginsel van uit kan worden gegaan dat er in geval van een meerderheidsbelang een groepsrelatie aanwezig is als het oordeel dat een redelijke bewijslastverdeling meebrengt dat in de evenbedoelde omstandigheden op degene die zich op de afwezigheid van zulk een relatie beroept, de bewijslast rust.

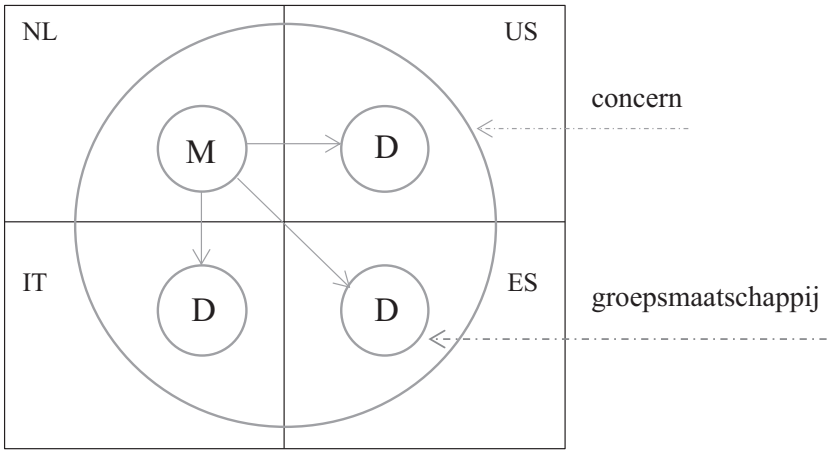
29 *Cf.* voetnoot 220 van hoofdstuk 2.

30 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82, r.o. 2.1 en 3.17 (*Proxy*).

31 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 6 februari 2003, *ARO* 2003/34, r.o. 3.10 (*SHGP*); hof Amsterdam (OK) 14 april 2010, *JOR* 2010/185, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.2 *et seq.* (*Meavita*). Volgens J.M. Blanco Fernández, 'Nauw verbonden rechtspersoon', in: C.D.J. Bulten *et al.* (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 56 heeft de Ondernemingskamer in de eerstgenoemde beschikking terecht beslist dat ook een rechtspersoon die verbonden is geweest, binnen het bereik van art. 2:351, tweede lid, BW valt.

met (mede) statutair op het grondgebied van lidstaten zetelende concerndelen en concerns met (mede) statutair op het grondgebied van niet-lidstaten zetelende concerndelen.

Reeds hier hecht ik eraan op te merken dat in geval van een verzoek om een concernenquête met een internationale dimensie als hiervoor bedoeld de moedermaatschappij naar mijn idee – op straffe van niet-ontvankelijkheid – statutair alhier moet resideren, aangezien een onderzoek daarzonder, niet alleen in het licht hiervan dat zij het kader creëert waarbinnen de onderhorige groepsmaatschappijen dienen te opereren en zij (on)middellijk leiding geeft aan en toezicht houdt op de evengenoemden, maar ook tegen de achtergrond van de praktische uitvoerbaarheid van het onderzoek en de eventuele te treffen (onmiddellijke) voorzieningen, zich niet goed laat denken. Onverschillig, voor de ontvankelijkheid, is daarentegen over welke (lid)staten haar onderhorige groepsmaatschappijen zijn verspreid. Een internationaal concern kan grafisch aldus worden weergegeven:



Naar mijn visie dient er – in het kader van een concernenquêteverzoek – met betrekking tot de beantwoording van de rechtsmachtvraag te worden aanknoopt bij het concern als zodanig. De te hanteren maatstaf is of het te enquêteren concern op het grondgebied van Nederland aanwezig is.[32] Daarvan is sprake als ten minste één groepsmaatschappij – om rechtsmacht aan te kunnen nemen mag dat ook een dochtermaatschappij zijn – alhier (statutair) resideert. Alsdan zou de Ondernemingskamer (eveneens) bevoegd zijn om van het concernenquêteverzoek kennis te nemen voor

32 *Cf.* het Europese mededingingsrecht in § 2.4 en voetnoot 204 aldaar.

zover dat *de facto* gericht is op alle in den vreemde residerende, en van hetzelfde concern deel uitmakende, groepsmaatschappijen. Aangezien, zoals gezegd (*vide supra*), voor het kunnen uitlokken van een concernenquête de moedermaatschappij te allen tijde alhier haar woonplaats moet hebben, zal zij in beginsel rechtsmacht hebben.

In het hierboven afgebeelde figuur zou zij dus – naar wenselijk recht – bevoegd zijn om van een *de facto* (mede) op de drie buitenlandse dochtermaatschappijen (een Spaanse, een Italiaanse en een Amerikaanse) gericht enquêteverzoek kennis te nemen, nu het concern door middel van een Nederlandse moedermaatschappij hier te lande aanwezig is (*vide* de cirkel *supra*). Mocht, in uitzonderlijke gevallen, de moedermaatschappij zich elders in de wereld bevinden maar een dochtermaatschappij alhier statutair gevestigd zijn, dan leidt dat ertoe dat de Ondernemingskamer weliswaar bevoegd is van het concernenquêteverzoek kennis te nemen, het concern is immers hier te lande aanwezig, maar zal zij oordelen dat de verzoeker daarin niet kan worden ontvangen, nu eerstgenoemde niet (mede) hier gevestigd is, wat, zoals gezegd, een (van rechtsmacht te onderscheiden) ontvankelijkheidseis is.

De vraag die zich laat stellen, is of en, zo ja, in hoeverre deze (concern)benadering ook (juridisch) haalbaar is en op welke wijze zij kan worden gerealiseerd. Stel dat een verzoeker een enquête wil uitlokken bij een concern waartoe, naast een alhier (statutair) zetelende moedermaatschappij, een of meer dochtermaatschappijen behoren die zetelen op het grondgebied van een of meer andere lidstaten dan Nederland. De Ondernemingskamer zal zich dan vooreerst gesteld zien voor de bevoegdheidsvraag. Ten aanzien van de vorenbedoelde dochtermaatschappijen doet zich de vraag voor of, indachtig het adagium *lex superior derogat legi inferiori*, (de bevoegdheidsregeling van) de EEX-Verordening II toepassing vindt. *Prima facie* zou men geneigd kunnen zijn – als men door het concern heen kijkt – daar (zonder meer) bevestigend op te antwoorden. *Secunda facie* wellicht niet. Immers, in voormelde verordening wordt, in geval van juridische entiteiten, de verwerende 'rechtspersoon' tot uitgangspunt genomen.[33] Deze moet, in beginsel, en kennelijk indachtig het adagium *ius de non evocando*, worden opgeroepen voor de gerechten van de lidstaat op wiens grondgebied hij zijn woonplaats heeft ((*actor sequitur*) *forum rei*).[34] Niettemin knoopt het wenselijke recht – anders dan het huidige recht – niet aan bij de enkelvoudige rechtspersoon, maar bij het concern als zodanig. Nu de eerdergenoemde verordening geen op deze ondernemingsvorm gerichte (afwijkende) bepalingen bevat, zou betoogd kunnen worden dat, *in casu*, de EEX-Verordening II toepassing mist.

Voor zover dit niet zou kunnen worden aanvaard, zou, in samenhang met het voorgaande, het volgende betoogd kunnen worden. In art. 4, eerste lid, EEX-Vo II gaat het om het aanwijzen van de gerechten van een lidstaat waarvoor – toegesneden

33 *Vide* de considerans, onder 15, en art. 63, eerste lid, EEX-Vo II. Let wel dat in het zo-even genoemde artikel wordt gesproken van rechtspersonen én vennootschappen. Dat is dus breder, nu daaronder ook personenvennootschappen vallen. Deze laat ik hier echter buiten beschouwing.

34 *Vide* art. 4, eerste lid, EEX-Vo II *iuncto* art. 5, eerste lid, EEX-Vo II en art. 6, eerste lid, EEX-Vo II alsmede art. 63, eerste lid, EEX-Vo II.

op het onderhavige geval – een rechtspersoon wordt 'opgeroepen'. Onder het door mij voorgestane wenselijke recht worden dochtermaatschappijen echter niet als verweerder opgeroepen om te verschijnen voor de Ondernemingskamer (*vide* nader § 11.7). Bijgevolg kan van het opgeroepen zijn voor een niet-bevoegd gerecht geen sprake zijn.

Voor zover dit evenmin zou (kunnen) worden aanvaard, en bijgevolg die verordening onverminderd moet worden toegepast, omdat, zo hoor ik worden tegengeworpen, in geen enkel rechtsgebied een concern wordt beschouwd als een juridische entiteit die bekleed is met rechtspersoonlijkheid,[35] en mitsdien er door het concern moet worden heen gekeken, zou de Ondernemingskamer kunnen trachten de hier bedoelde groepsmaatschappijen te vereenzelvigen met hun Nederlandse moedermaatschappij, met dien verstande dat er sprake is van een (hele) hechte concernrelatie, waarmee ik bedoel (bijkans) volledige personele unies en (bijkans) volledig aandelenbezit. Nu de laatstbedoelde vennootschap, onder de concernenquêteregeling, hier te lande statutair gevestigd moet zijn, zouden dan al die vennootschappen ingevolge de hoofdregel als neergelegd in art. 4, eerste lid, EEX-Vo II kunnen worden opgeroepen om te verschijnen voor de Ondernemingskamer. Los van vereenzelviging, zou in geval van een (vrijwel) volledige personele unie ook aldus geredeneerd kunnen worden dat nu op moederniveau en op dochterniveau (nagenoeg) dezelfde bestuurders zitten, het hoofdbestuur – en daarmee de woonplaats van de buitenlandse dochtermaatschappijen als bedoeld in art. 63, eerste lid, onderdeel b, EEX-Vo II – in Nederland ligt, ten gevolge waarvan de Ondernemingskamer bevoegd is op grond van de hogergenoemde hoofdregel.

Ten overvloede merk ik op dat art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II ons in het onderhavige geval niet kan helpen, aangezien het, toegespitst op een enquêtezaak, uitgaat, zo begrijp ik, van een pluraliteit van op het grondgebied van verschillende lidstaten gevestigde verweerders en van een pluraliteit van op basis van verschillende rechtsstelsels gedane enquêteverzoeken, terwijl het er te dezen om gaat om een manier te vinden waarmee de Ondernemingskamer (mede) aan rechtsmacht kan worden geholpen – op basis van een mogelijke, bij het concern als zodanig aanknopende, Nederlandse concernenquêteregeling – gedaan verzoek kennis te nemen voor zover dat (*de facto*) gericht is op in andere lidstaten gevestigde vennootschappen die in een groep zijn verbonden met de Nederlandse vennootschappen (dus één verzoek en één verweerder), zodat dit artikel niet voorziet in een oplossing voor ons rechtsmachtprobleem.

Terug naar mijn eerdergenoemde concernbenadering, houdende dat in geval van een concernenquêteverzoek met een Europese dimensie de Ondernemingskamer bevoegd is daarvan kennis te nemen indien het te enquêteren concern (mede) te onzent aanwezig is. Alles overziende en afwegende denk ik dat die benadering geen haalbare kaart is; de EEX-Verordening II, evenals het EVEX-Verdrag II, staat daaraan

35 *Vide* Böckli *et al.,* p. 10: 'In no jurisdiction is the group of controlled entities, i.e., the parent and its subsidiaries, considered as a separate legal entity, endowed with legal personality (…).'

in de weg. Gezien de internationale mobiliteit van de grote(re) concerns en hun functioneren als eenheid, alsmede in aanmerking nemende de inhoudelijk verschillende enquêteregelingen van lidstaten en het niet, althans niet zonder meer of steeds, mede kunnen uitlokken van enquêtes bij een groepsmaatschappij in een andere lidstaat, acht ik zulks onwenselijk.

Aanbevelenswaardig is derhalve om (dan maar) op Europees niveau – daarbij vergelijkenderwijs wijzende op de (herziene) Europese Insolventieverordening –[36] de mogelijkheid te openen om in geval van internationale concerns een grensoverschrijdende enquêteprocedure te kunnen entameren.[37] In dat verband zou ik voorstander zijn van een 'spin-in-het-web'-benadering[38] door als er sprake is van twee of meer – in ten minste twee verschillende lidstaten gevestigde – vennootschappen die tezamen een groep (een 'web') vormen, het Europese enquêteverzoek bij de rechter alwaar de moedermaatschappij zetelt (de 'spin'), moet worden ingediend.[39] Deze rechter is dan – privatief – bevoegd dit verzoek te behandelen en te berechten. In de EEX-Verordening II zou in art. 1, tweede lid, ervan haar toepasselijkheid op het enquêterecht moeten worden uitgesloten; deze materie zou worden beheerst door de 'Europese Enquêteverordening'.[40] Op (leden van) zuiver nationale concerns, alsook op niet-groepsmaatschappijen, blijft het interne enquêterecht van toepassing, zo dat er is.

Voorstellen ten aanzien van het, al dan niet, op Europees niveau creëren van regels aangaande enquêteprocedures ('*special investigation procedures*'), al dan niet in concernverband, zijn, overigens, in het verleden al eens door verschillende actoren gedaan, zij het dat deze in ieder geval niet tot richtlijnen of verordeningen hebben geleid. Ik noem in de eerste plaats het Forum Europaeum.[41] In de tweede plaats

36 Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *PbEU* 2015, L 141/19. *Vide* hoofdstuk V over insolventieprocedures met betrekking tot leden van een groep ondernemingen. Art. 2, aanhef en onderdeel 13, definieert een 'groep ondernemingen' als 'een moederonderneming en al haar dochterondernemingen'.

37 *Cf.* considerans, onder 3-4, 8, 51 en 62, van de Europese Insolventieverordening.

38 *Vide* daarover hof Den Haag 23 april 1998, *IER* 1998/30, m.nt. SdW (*Boston Scientific*) alsmede de noten, onder 6 en 1, van Vlas respectievelijk De Ranitz bij HvJ EG 13 juli 2006, C-539/03, *NJ* 2008/76, m.nt. P. Vlas, *IER* 2006/76, m.nt. R.E.P. de Ranitz (*Roche*); de noot, onder 6 (*in fine*), van Polak bij HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, *NJ* 2008/80, *JBPR* 2008/1, m.nt. D.F. de Lange, *AA* 2007/12, m.nt. M.V. Polak (*Freeport*); de noot, onder 11 (*in fine*), van Schaafsma bij HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts (*Painer*); de noot, onder 2, van De Boer bij HvJ EU 12 juli 2012, C-616/10, *NJ* 2013/67, m.nt. Th.M. de Boer en Ch. Gielen, *IER* 2012/62, m.nt. S.J. Schaafsma (*Solvay*); Vlek, *op. cit.*, p. 112; Schaafsma 2016, *op. cit.*, p. 704.

39 *Cf.* de conclusie, onder 94 (voetnoot 39), van A-G Trstenjak bij HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts (*Painer*).

40 *Cf.* de considerans, onder 7, van de Europese Insolventieverordening.

41 Forum Europaeum, *op. cit., para* 5 en p. 261.

noem ik de High Level Group of Company Law Experts.[42] In een 2003 EU Action Plan had de Commissie het initiatief van deze expertgroep over een 'special investigation right' zijdens aandeelhouders op de agenda gezet, en wel voor op de middellange termijn (2006-2008).[43] In de derde plaats noem ik European Company Law Experts.[44] In de laatste plaats wijs ik op de European Model Companies Act (2017).[45]

Zolang er geen Europese concernenquêteregeling is, kan de vraag gesteld worden wat rechtens is (als er een Nederlandse concernenquêteregeling zou zijn) indien bij (de griffie van) de Ondernemingskamer binnenkomt het verzoek om het gelasten van een onderzoek bij een concern dat mede bestaat uit groepsmaatschappijen die zich in een andere lidstaat dan Nederland bevinden. Anders dan onder het huidige – van de enkelvoudige vennootschap uitgaande – enquêterecht, waarin de Ondernemingskamer zich ónbevoegd zou kunnen verklaren om kennis te nemen van een verzoek voor zover dat gericht is op een buitenlandse groepsmaatschappij en zich bévoegd zou kunnen verklaren om kennis te nemen van het verzoek voor zover dat is gericht op (een) Nederlandse groepsmaatschappij(en), is het wenselijke enquêterecht vastgehecht aan het concern als zodanig. In dat licht zou het dan, strikt genomen, van tweeën één zijn: de Ondernemingskamer is wél bevoegd of níét bevoegd om kennis te nemen van het op een concern gericht enquêteverzoek.

Deze benadering zou dan als consequentie hebben dat als een te enquêteren Nederlands concern één groepsmaatschappij in een andere lidstaat heeft, en aangenomen moet worden dat de EEX-Verordening II (daadwerkelijk) ertoe moet leiden dat ten aanzien van dat buitenlandse concerndeel de gerechten van een andere lidstaat bevoegd zijn, de Ondernemingskamer te dezen niet bevoegd is om van het concernenquêteverzoek kennis te nemen. Hoewel de verzoeker alsdan zou kunnen terugvallen op de onder het huidige recht bestaande concerngenotenenquête, acht ik de vorenbedoelde uitkomst niet aanvaardbaar, te minder wanneer een niet onaanzienlijk deel van het te enquêteren concern zich hier te lande bevindt. Dit probleem zou aldus ondervangen kunnen worden dat de Ondernemingskamer zich toch (slechts) partieel onbevoegd verklaart, en wel voor zover het verzoek zich materieel richt tegen de buitenlandse, in andere lidstaten bevindende, delen van het te enquêteren concern. Het overige deel ervan kan zij vervolgens (in beginsel) behandelen en berechten.

Ook is het mogelijk dat er wordt verzocht om een onderzoek bij een concern dat mede bestaat uit groepsmaatschappijen die niet in de EU (lees: een lidstaat) zijn gevestigd. Wat is dan rechtens? Bij gebreke van in verdragen of verordeningen verankerd internationaal bevoegdheidsrecht is het nationale bevoegdheidsrecht van

42 The High Level Group of Company Law Experts 2002b, p. 8, 11, 43, *paras* 3.4, 75, 97, 126 en 145.
43 European Commission, 'Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward', COM (2003) 284 final, Brussels, 2003, p. 16 en 25.
44 Böckli *et al.*, p. 31 en 46 (sub i).
45 *Section* 11.32, 15.12 en 15.14 EMCA 2017.

toepassing (*vide* art. 1 Rv). Voor verzoekschriftprocedures is de hoofdregel neergelegd in art. 3 Rv. Dit is een (hele) ruime bepaling; voldoende voor het hebben van rechtsmacht is, blijkens onderdeel a ervan, immers dat (een van) de verzoeker(s) of (een van) de belanghebbende(n)[46] in Nederland zijn woonplaats (*vide* art. 1:10 BW),[47] of gewone verblijfplaats, heeft. Aangezien de moedermaatschappij van het te enquêteren concern te allen tijde hier te lande moet resideren, zal de Ondernemingskamer, in beginsel,[48] aan die bepaling rechtsmacht kunnen ophangen. Dit sluit ook aan bij mijn benadering dat een te enquêteren concern, het (tot een) geheel (samengevoegde), door middel van die groepsmaatschappij te onzent aanwezig en daarmee de rechtsmacht gegeven is.

De Ondernemingskamer dient, gelijk thans,[49] haar internationale bevoegdheid – ambtshalve – te onderzoeken, waarbij als peildatum (in beginsel; *vide supra*) geldt het moment waarop het (initiële) verzoekschrift te haren griffie is ingekomen.[50] Van de feitelijke situatie op dat moment dient (in beginsel) te worden uitgegaan.

46 *Vide* omtrent het begrip 'belanghebbende' ook Ibili 2007, *op. cit.*, p. 60-61.

47 Blijkens art. 1:10, tweede lid, BW is de woonplaats van de rechtspersoon de plaats waar hij volgens wettelijk voorschrift, statuten of reglementen zijn zetel heeft. Een overeenkomstig Nederlands recht opgerichte nv of bv dient in haar statuten de zetel te vermelden en deze moet in Nederland zijn gelegen; *vide* art. 2:66 (177), eerste en derde lid, BW. De woonplaats van een nv of bv ligt dus altijd in Nederland. In geval van een overeenkomstig vreemd recht opgerichte rechtspersoon kan uit art. 10:118 BW in samenhang gelezen met art. 1:10, tweede lid, BW worden afgeleid dat naar Nederlands IPR deze eveneens zijn woonplaats ter plaatse van zijn statutaire zetel heeft; *vide* M. Zilinsky, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 2, aant. 4c. Hoewel niet uit te sluiten valt dat naar vreemd recht de dienovereenkomstig opgerichte rechtspersoon zijn zetel in een ander land mag vestigen, vallen het land overeenkomstig het recht van welk de rechtspersoon is opgericht en het land waar hij zijn statutaire zetel heeft doorgaans samen; *vide* Zilinsky hiervoor. Ik ga daar dan ook van uit. Buiten beschouwing laat ik art. 1:14 BW, waarin staat dat een persoon die een kantoor of een filiaal houdt, ten aanzien van aangelegenheden die zulks betreffen, mede aldaar woonplaats heeft. *Vide* daarover Vlas 2017, *op. cit.*, p. 164 *et seq.* (nr. 231-234).

48 Dat de moedermaatschappij van het te enquêteren concern in Nederland (statutair) moet zijn gevestigd, is een ontvankelijkheidseis, de toetsing waaraan pas aan bod komt na de – positieve – beantwoording van de vraag of de Ondernemingskamer bevoegd is van het concernenquêteverzoek kennis te nemen. De Ondernemingskamer zou kunnen worden verzocht om een onderzoek bij een concern waarvan de moedermaatschappij in het buitenland is gevestigd, te gelasten.

49 *Vide* daaromtrent M. Zilinsky, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, 'Inleidende opmerkingen' over afdeling 1 van titel 1 van Boek 1 Rv, aant. 10 en het aldaar door hem aangehaalde; P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, afdeling 1 van titel 1 van Boek 1 Rv, aant. 7.

50 Dit is het zogenoemde '*perpetuatio fori*'-beginsel. *Vide* daarover Ibili 2007, *op. cit.*, p. 39-40 en het door hem aangehaalde; M. Zilinsky, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, 'Inleidende opmerkingen' over afdeling 1 van titel 1 van Boek 1 Rv, aant. 10d en het aldaar aangehaalde; Strikwerda en Schaafsma, *op. cit.*, p. 37-38.

Onder het huidige (inter)nationale bevoegdheidsrecht dient de aangezochte Nederlandse rechter rechtsmacht uit te oefenen indien hij die heeft; voor een afwijzing daarvan op grond van het *forum non conveniens*-leerstuk is geen ruimte (meer).[51] Niettemin zou in bepaalde gevallen het door de Ondernemingskamer uitoefenen van rechtsmacht te ver gaan. Om dat te bepalen zou kunnen worden gekeken naar waar het zwaartepunt van het concern ligt qua bedrijfsactiviteiten of qua aantal groepsmaatschappijen: worden die verricht respectievelijk zijn die statutair gevestigd binnen of buiten Nederland? Ook zou inspiratie kunnen worden geput uit (een onderdeel van) de structuurregeling door te kijken naar de plaats van werkzaamheid van de meerderheid der werknemers.

Toepassing van deze regeling zou met name voor internationale concerns belemmerend kunnen werken in de zin dat het concernbeleid te zeer zou kunnen worden doorkruist door de vergaande en aan de raad van commissarissen overgedragen benoemings- en ontslagmogelijkheden ter zake van bestuurders.[52] Daarom bepaalt art. 2:155, eerste lid, onderdeel a, BW, voor zover hier van belang, dat, in afwijking van art. 2:154 BW, art. 2:162 BW niet geldt voor een vennootschap waarin een deelneming voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal wordt gehouden door een rechtspersoon 'waarvan de werknemers in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn'. Ingevolge art. 2:155, derde lid, BW wordt, voor de toepassing van dit artikel, onder werknemers, in dienst van een rechtspersoon, begrepen de werknemers in dienst van 'groepsmaatschappijen'. Dit betekent, kort gezegd, dat als de meerderheid van de werknemers van de groepsmaatschappijen in het buitenland werkt, art. 2:162 BW toepassing mist, zodat de moedermaatschappij, in haar hoedanigheid van aandeelhouder, de bestuurders van een of meer van haar dochtermaatschappijen kan benoemen en ontslaan.[53]

Passen wij dit (correctiemechanisme tegen exorbitante aanvaarding van rechtsmacht) toe op de beoordeling van rechtsmacht door de Ondernemingskamer in geval van een concernenquêteverzoek ten aanzien van een internationaal concern – waarbij ik, wat de telling van werknemers aangaat, uit zou willen gaan van de onderneming waarin[54] de arbeid, formeel gezien, wordt verricht, maar wanneer sprake is van een personeels-bv, of een vergelijkbare constructie, er gekeken dient te worden naar waar, materieel gezien, het personeel dat daarbij in dienst is, zijn arbeid (hoofdzakelijk)

51 Met uitzondering van art. 4, derde lid, onderdeel b, Rv. *Vide* over het *forum non conveniens* uitvoerig Ibili 2007, *op. cit.*, hoofdstukken 2, 3 en 7. *Vide* ook M. Zilinsky, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, 'Inleidende opmerkingen' over afdeling 1 van titel 1 van Boek 1 Rv, aant. 8a; P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 3 Rv, aant. 4-5.

52 W.W. de Nijs Bik, *De Structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance*, Recht en Praktijk, Ondernemingsrecht, deel ONR6, Deventer: Kluwer 2014, p. 27.

53 *Vide* ook De Nijs Bik, *op. cit.*, p. 27-28.

54 *Cf.* SER-advies 1989, p. 12-13.

verricht –[55] dan gaat zulks, bij wijze van voorbeeld, aldus. De hier te lande statutair gevestigde moedermaatschappij heeft vijftig werknemers in dienst. Haar Portugese en Italiaanse dochtermaatschappijen hebben vijfentwintig respectievelijk zesentwintig werknemers in dienst. In totaal werken er voor dit concern honderdeen personen. Eenenvijftig – en dus de meerderheid – daarvan zijn in het buitenland werkzaam. Zulks brengt mee dat de Ondernemingskamer zich onbevoegd moet verklaren.

Na de beantwoording van de bevoegdheidsvraag komt de vraag naar het toepasselijke recht in beeld. Daartoe is het incorporatiestelsel van belang. Blijkens art. 10:118 BW wordt, voor zover hier van belang, een corporatie die krachtens de akte van oprichting haar zetel naar buiten toe – ten tijde van de oprichting – op het grondgebied van de staat volgens wiens recht zij is opgericht heeft, beheerst door dat recht.

Onder een 'corporatie' vallen ingevolge art. 10:117 BW rechtspersonen en 'ieder ander als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optredend lichaam en samenwerkingsverband'. Luidens de toelichting bij de WCC, de voorloper van hetgeen nu in titel 8 van Boek 10 BW staat, gaat het bij de corporatie om 'een tot enig doel samengaande *groep van (rechts-)personen* [curs. RPJ] die zich als zelfstandig subject van rechten vertoont en door het recht als eenheid wordt behandeld; zelfstandigheid in economische of bedrijfsmatige zin is daarbij niet van belang'.[56]

Hoewel men in het licht van het gecursiveerde geneigd zou kunnen zijn het concern onder bovenbedoeld begrip te scharen, heb ik daar in de literatuur geen enkele steun voor kunnen vinden. Verder moge het concern vanbinnen een (economische en organisatorische) eenheid zijn, vanbuiten is het een (juridische) veelheid.[57] De bouwstenen waaruit het concern bestaat, hebben ieder hun eigen oprichtingsakte, zetel, (handels)naam, en rechten en plichten. Bovendien worden zij door het (Nederlandse) recht niet, althans niet zonder meer of steeds, als eenheid behandeld. Hieruit volgt dat het concern als zodanig geen corporatie is en mitsdien buiten het toepassingsgebied van het incorporatierecht valt.[58] Dat zou ook tot praktische problemen leiden.

---

55 *Cf.* SER-advies 1989, p. 7 en 11-13. Het zou niet aangaan dat als *e.g.* een groot deel van de werknemers van een te enquêteren concern materieel gezien (hoofdzakelijk) in Nederland werkzaam is maar formeel gezien in dienst van een Franse vennootschap is (daarmee is het arbeidscontract gesloten), bij de berekening van het totaal aantal in de buitenlandse concerndelen werkzame personen de vorenbedoelde werknemers daaronder te laten vallen.

56 *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3, p. 15 (MvT).

57 *Vide* ook Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 1.

58 *Cf.* J.M.M. Maeijer, 'Struycken en het IPR-statuut van de rechtspersoon-kapitaalvennootschap', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op recht. Bundel opstellen, aangeboden aan prof. mr. A.V.M. Struycken ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 191. *Vide* ook Rammeloo, *op. cit.*, p. 7 (voetnoot 31).

Wanneer de Ondernemingskamer op grond van art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv bevoegd is van een concernenquêteverzoek kennis te nemen voor zover dat gericht is op bepaalde buiten de EU gevestigde groepsmaatschappijen, zal zij kennelijk, in weerwil hiervan dat (a) de daaraan ten grondslag liggende (enquête)regeling aanknoopt bij het concern als zodanig en (b) deze laatste niet onder het incorporatierecht valt, door het concern heen kijken en per groepsmaatschappij gaan onderzoeken, een gefragmenteerde benadering dus, wat de *lex societatis*[59] is. Gevolg daarvan is dat het Nederlandse deel van het te enquêteren concern wordt beheerst door het incorporatierecht van hier en het buitenlandse deel daarvan wordt beheerst door vreemd incorporatierecht. Het enquêterecht is een onderwerp dat valt onder art. 10:119 BW. Meerdere (lid)staten kennen een enquêteregeling (*vide* § 5.1.1.4). Bijgevolg kan een waaijer van (inhoudelijk) verschillende regelingen als evenbedoeld van toepassing zijn. Niettemin dient er ook rekening mee te worden gehouden dat het incorporatierecht van een vreemde (lid)staat geen enquêteregeling kent. Alsdan kan het verzoek niet voor toewijzing in aanmerking komen.

Dit een en ander acht ik onwenselijk, temeer daar wij het hebben over vennootschappen die alle deel uitmaken van een en dezelfde (economische) eenheid onder leiding van de moedermaatschappij. Mijns inziens zou – louter in het kader van het enquêterecht naar wenselijk recht – dienen te gelden, los van de vraag of en, zo ja, in hoeverre dat (met name) Europeesrechtelijk mogelijk of haalbaar is – dat als de Ondernemingskamer heeft vastgesteld dat het te enquêteren concern – bij wijze van een statutair zetelende groepsmaatschappij hier te lande aanwezig is, het Nederlandse recht daarover zou moeten kunnen worden uitgerold, hetzij op directe wijze, hetzij op indirecte wijze, namelijk over de band van de Nederlandse moedermaatschappij (*vide* ook *infra* en nader § 11.11). De bepaling van rechtsmacht en de bepaling van het toepasselijke recht zouden bijgevolg samenvallen (*Gleichlauf*); in beide gevallen wordt dezelfde concernbenadering gevolgd.

Strijd met het territorialiteitsbeginsel doet zich naar mijn gevoelen niet voor. Immers, groepsmaatschappijen vormen samen een geheel. Dit geheel, de economische eenheid (lees: onderneming), kan (mede) op Nederlands grondgebied aanwezig zijn. De Nederlandse staat heeft naar het mij toeschijnt internationaalrechtelijk[60] de bevoegdheid om, met inachtneming van supranationaal recht, bij wege van zijn wetgevende, uitvoerende of rechtsprekende organen ten aanzien van de aldaar aanwezigen algemene of bijzondere regels op te stellen, uit te vaardigen, toe te passen en te

59 Dat wil zeggen: het op de vennootschap toepasselijke recht. Zoals eerder opgemerkt, bestaat een concern normaliter uit (buitenlandse equivalenten van) bv's en/of nv's. Vandaar dat ik spreek van de '*lex societatis*'.

60 *Cf.* de conclusie, onder 19 *et seq.*, van A-G Darmon bij HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 89, 104, 114, 116, 117 en 125-129/85 (*Houtslijp*).

handhaven, veroordelingen uit te spreken, bevelen te geven en (voor recht) te verklaren en wat dies meer zij (wetgevingsjurisdictie). Wat hij evenwel, behoudens het bestaan van een '*permissive rule*', niet mag doen, is iedere vorm van machtsuitoefening, *i.e.* bij wijze van materiële handelingen – in het uiterste geval de uitoefening van staatsdwang – uitvoering geven aan een algemeen voorschrift of een individuele beschikking, op het grondgebied van een andere staat (handhavingsjurisdictie).

Bijgevolg kunnen zich exterritoriale handhavingsproblemen aandienen. Hierbij zij vooropgesteld dat de soevereiniteit van een vreemde (lid)staat moet worden gerespecteerd.[61] Dit betekent dat de door de Ondernemingskamer benoemde personen op buitenlands grondgebied slechts onderzoekswerkzaamheden kunnen verrichten, indien en voor zover dat door die staat wordt toegestaan, waarbij ook de eventuele door deze te stellen voorwaarden waaronder zij die werkzaamheden kunnen verrichten, in acht zullen moeten nemen.[62] Niettemin zou de buitenlandse groepsmaatschappij hetzij uit eigen beweging, hetzij op verzoek van de enquêteur kunnen toezeggen vrijwillige medewerking aan het onderzoek te verlenen.[63] Mocht zij dat niet willen doen, dan kan – ongeacht of de Ondernemingskamer te haren aanzien rechtsmacht toekomt – de Bewijsverordening[64] of het Bewijsverdrag[65] (wellicht) uitkomst bieden,

61 Evenzo Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/784.

62 *Cf.* Struycken, *op. cit.*, p. 324-325 en 327-328; Hebly 1994, *op. cit.*, p. 5-6; conclusie, onder 3.29, van A-G Timmerman bij HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/147, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/126, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Zeelandia*); HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/147, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/126, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.3 (*Zeelandia*).

63 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980/71 (*Batco*) en de noot, onder 2, van Maeijer bij hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980/73, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Batco* en *VHLF*); het onderzoeksverslag deel I, *paras* 1.3.2 en 1.4.2, inzake Fortis, te raadplegen op de website van de Ondernemingskamer; conclusie, onder 2.55, van A-G Wesseling-van Gent bij HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart (*Scheipar*).

64 Verordening (EG) Nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken; *vide PbEG* 2001, L 174/1. Deze is laatstelijk gewijzigd op 22 oktober 2008; *vide PbEU* 2008, L 304/80 (i.w.t. op 4 december 2008; *vide* art. 4). Blijkens art. 24 BewVo trad de Bewijsverordening in werking op 1 juli 2001 en werd zij, met uitzondering van art. 19, 21 en 22, die reeds van kracht werden op de voormelde datum, van kracht op 1 januari 2004. Deze verordening is niet verbindend voor, noch van toepassing in, Denemarken; *vide* de preambule, onder 22, erbij. *Vide* ook art. 1, derde lid, BewVo. Overigens wijs ik op de Wet van 26 mei 2004 tot uitvoering van de verordening (EG) Nr. 1206/2001 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 (PbEG L 174/1) (Uitvoeringswet EG-bewijsverordening), zoals laatstelijk gewijzigd op 12 juli 2012; *vide Stb.* 2012, 313 (i.w.t. op 1 januari 2013; *vide Stb.* 2012, 314). Deze uitvoeringswet, welke is gepubliceerd in *Stb.* 2004, 258, trad in werking op 30 juni 2004; *vide Stb.* 2004, 259.

65 Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken; *vide Trb.* 1979, 38. Het Bewijsverdrag trad in werking op 7 oktober 1972 (voor Nederland op 7 juni 1981). Hierbij hoort de Wet van 11 december 1980, houdende uitvoering van het op 18 maart 1970 te

indien en voor zover nodig door in de (te ontwerpen) enquêteregeling ten behoeve van de enquêteur (expliciet) de mogelijkheid te openen aan de Ondernemingskamer bepaalde verzoeken in dat verband te kunnen doen.[66] Bovendien zou over de concernband mogelijkerwijs ook het een en ander kunnen worden bereikt, ingeval de moedermaatschappij hier te lande haar statutaire zetel heeft; men denke aan een verzoek, instructie of bevel door deze.[67]

Eveneens kunnen er samenloopproblemen opdoemen. Daarmee bedoel ik dat voordat of nadat de Ondernemingskamer bij een internationaal concern een enquête (heeft) gelast en eventuele onmiddellijke voorzieningen treft (heeft getroffen), er een procedure tegen een in het buitenland zetelende groepsmaatschappij daarvan is aangespannen en de rechter aldaar een beslissing heeft gegeven die op enigerlei wijze (de uitvoering van) de (te nemen) beslissing van de Ondernemingskamer frustreert. Parallellie van procedures is op zichzelf echter geen beletsel. Of zich een probleem van samenloop voordoet, zal afhangen van hetgeen de buitenlandse rechter in het concrete geval beslist. Het ligt op de weg van (een der) partijen om de Ondernemingskamer, zo er sprake is van een situatie als hier bedoeld, tijdig hiervan te verwittigen. Aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van het geval zal zij vervolgens dienen te bezien of en, zo ja, in hoeverre er zich een samenloopprobleem voordoet en om te bepalen op welke wijze zij daarmee omgaat.

11.3 Wie zou een enquêteverzoek moeten kunnen doen (vraag 2)?

De huidige enquêteregeling is vastgehecht aan de (enkelvoudige) rechtspersoon als zodanig; alleen deze kan subject van enquête worden. Teneinde deze in een enquête te kunnen betrekken dient de verzoeker in zijn geplaatste kapitaal hetzij nominaal, hetzij procentueel voldoende (certificaten van) aandelen te houden. Hieruit volgt dat een verzoek om een onderzoek bij een concern niet voor toewijzing in aanmerking kan komen.

Niettemin heeft de Hoge Raad daar in zijn *Landis*-beschikking[68] een mouw aan weten te passen, en wel aldus. De economische werkelijkheid hield in die zaak in dat Landis en haar drie 100%-dochtermaatschappijen tezamen een economische en

---

's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken (*Stb.* 653), zoals laatstelijk gewijzigd op 12 juli 2012; *vide Stb.* 2012, 313 (i.w.t. op 1 januari 2013; zie *Stb.* 2012, 314). Deze uitvoeringswet, welke is gepubliceerd in *Stb.* 1980, 653, trad in werking op 7 juni 1981; *vide Stb.* 1981, 280.

66 *Cf.* Struycken, *op. cit.*, p. 325-327; Van Solinge 2006, *op. cit.*, p. 228-232.

67 *Cf.* de noot, onder 3 (2e al.), van Van den Ingh bij hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*); Van den Ingh 2002b, *op. cit.*, p. 6-7; Van den Ingh 2003, *op. cit.*, p. 55-56 en 58.

68 HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*).

organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden en er tussen hun respectieve besturen sprake was van een vrijwel volledige personele unie. Naar het oordeel van de Hoge Raad lag daarin besloten dat binnen die dochtermaatschappijen geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid, en dat deswege het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappijen de belangen van de verzoekers als aandeelhouders van Landis evenzeer en op gelijke wijze raakten als het beleid en de gang van zaken van Landis zelf, in welke omstandigheden, naar ik begrijp, onder aandeelhouders als bedoeld in art. 2:346 BW mede konden worden begrepen de verzoekers als aandeelhouders van Landis,[69] tegen welke achtergrond de Ondernemingskamer met juistheid had geoordeeld dat de verzoekers ook enquêtegerechtigd waren ten aanzien van die dochtermaatschappijen.

Het (mede) uit kunnen lokken van een enquête bij een of meer andere groepsmaatschappijen werd dus in de sleutel van een gelijkstellingstechniek geplaatst, waardoor er, wat de toegang tot het enquêterecht betreft, werd gedaan alsof de verzoeker ook te hunnen aanzien voldeed aan de voorwaarden als opgenomen in, thans, art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW – wat strikt genomen niet het geval is; zulks is een juridische fictie – en bijgevolg enquêtegerechtigd is.

In zijn *Slotervaartziekenhuis*-beschikking,[70] in samenhang gelezen met die inzake *Chinese Workers*,[71] formuleerde de Hoge Raad – onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak, waaronder de hierboven genoemde *Landis*-beschikking – een algemene regel houdende dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat (de positie van) de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, voor de toepassing van het evenbedoelde artikel aan (die van) een aandeel- of certificaathouder kan worden gelijkgesteld, indien een voor zover dat belang van eerstgenoemde gelijk kan worden gesteld aan dat van een aandeel- of certificaathouder van die vennootschap, hetwelk zal afhangen van de concrete feiten en omstandigheden van het geval.

Een houder van (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een moedermaatschappij heeft echter, althans in beginsel, geen eigen economisch belang (bij de waarde van de aandelen) in (het geplaatste kapitaal van) de dochtermaatschappij. In de *Landis*-beschikking werd die eis (dan) ook niet gesteld. Waar het blijkens die zaak om draait, is of het (economisch) belang van de verzoeker als houder van

69 R.o. 3.3.5 dient mijns inziens in samenhang te worden gelezen met r.o. 3.3.2.

70 HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten, *AA* 2014/10, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2014/109, m.nt. P. Haas, r.o. 5.2.2 (*Slotervaartziekenhuis*).

71 HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013/6, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2013/77, m.nt. Van Rijswijk, r.o. 3.5 (*Chinese Workers*).

(certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van de moedermaatschappij evenzeer en op gelijke wijze wordt geraakt. 's Hogen Raads bovenbedoelde regel volgt dan ook niet uit de zo-even genoemde beschikking. Het daarin overwogene behoudt daarom zijn betekenis. Zulks blijkt ook uit de beschikkingspraktijk van de Ondernemingskamer.

Door, zoals ik voorsta, het concern tot subject van enquête te maken is het (toetsen aan het) raken-vereiste niet (meer) nodig, noch de gelijkstelling die erop volgt, zo er aan dat raken-vereiste wordt voldaan. Dat is op zichzelf ook een bepaald niet in duidelijkheid uitblinkend criterium. Kijken wij naar de schakel ervoor, te weten de zelfstandige beleidsbepaling en -voering, dan helpt dat ons eveneens weinig verder. Binnen het concernverband hebben onderhorige groepsmaatschappijen namelijk geen werkelijke bestuursautonomie; deze bestaat alleen bij de gratie van de dominante groepsmaatschappij. Daar komt bij dat de mate van bestuursautonomie per dochtermaatschappij, per beleidsterrein en per beslissing kan verschillen, waardoor de vraag of er sprake is van zelfstandige beleidsbepaling en -voering, zich lastig laat beantwoorden. Blijft over de eerste schakel, welke, in het geval van Landis, inhield dat er (i) volle dochtermaatschappijen waren, (ii) een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding was en (iii) een vrijwel volledige personele unie bestond. De moedermaatschappij kan in de regel al centrale leiding over haar dochtermaatschappijen uitoefenen met een 51%-belang,[72] reden waarom mijn bewijsvermoeden (*vide* § 11.2) daarbij aanknoopt. Daarmee heeft zij het in haar macht om te bepalen in hoeverre deze laatsten zelfstandig hun bestuursbeleid mogen bepalen en voeren. Het hebben van een 100%-belang is daar niet voor nodig. Evenmin is het bestaan van een (al dan niet (vrijwel) volledige) personele unie daarvoor nodig. Wel vormt dit vaak een belangrijke aanwijzing dat er een groepsrelatie aanwezig is. Dit brengt mij bij het element onder (ii). Kennelijk moet dat worden opgevat als een omschrijving van een groep/concern. Naar het wenselijke recht is alleen dat bepalend, maar dan in het kader van het enquêtesubject, niet in dat van de enquêtegerechtigdheid.

Ten aanzien van dat laatste heeft naar mijn visie het volgende te gelden, waarbij zij opgemerkt dat ik enkel inga op het uitlokken van enquêtes door niet-groepsmaatschappijen.[73] Degenen die daartoe bevoegd zijn, kunnen de Ondernemingskamer schriftelijk verzoeken om een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een concern. Tot de indiening van een daartoe strekkend verzoek[74] zijn bevoegd al dan niet alhier residerende[75] (rechts)personen die alleen of gezamenlijk een substantieel belang[76]

72 *Cf.* art. 2:24a, eerste lid, BW.

73 Ik ga hier niet in op de situatie waarin een groepsmaatschappij om een onderzoek bij 'zijn' groep verzoekt.

74 Voor de duidelijkheid: ik heb het hier over een 'concernenquêteverzoek', niet over een 'concern-*genoten*enquêteverzoek'.

75 *Cf.* Van Solinge 2006, *op. cit.*, *para* 4.

76 *Cf. Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 6 en 27 (MvT).

in het uitstaande aandelenkapitaal van een groepsmaatschappij van het te enquêteren concern hebben dan wel daaraan gelijk te stellen zijn. De door de verzoeker gehouden aandelen behoeven niet (volledig) te zijn volgestort, noch behoeven daaraan winst- of stemrechten te zijn verbonden. Evenmin behoeft de juridische en economische gerechtigdheid ter zake van die aandelen in één hand te zijn.

Met het voorgaande wijk ik ten dele af van het bepaalde in art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW. Zo maak ik geen onderscheid tussen vennootschappen met een geplaatst kapitaal van maximaal € 22,5 miljoen en vennootschappen met een groter geplaatst kapitaal. Evenmin werk ik met drempels zoals nominale waarde, aandelenpercentages of beurswaarde. Overigens komt in mijn voorstel de certificaathouder als zodanig niet (meer) voor. Hiertoe is het volgende redengevend.

Het geplaatste kapitaal kan relatief laag worden gehouden door een beperkt aantal aandelen uit te geven en/of aandelen met een lage nominale waarde uit te geven. Bovendien kan dat kapitaal (verder) omlaag worden gebracht door van de kant van (het bestuur van) de vennootschap reeds uitgegeven aandelen in te kopen en in te trekken (*vide* art. 2:98 (207) BW en art. 2:99 (208), eerste en tweede lid, BW) dan wel door ze af te stempelen (*vide* art. 2:99 (208), derde lid, BW). Ten gevolge hiervan kan de kromme situatie ontstaan dat (hele) grote beursvennootschappen, beschouwd naar hun beurswaarde, een geplaatst kapitaal van kleiner of gelijk aan € 22,5 miljoen hebben, waardoor het minimaal benodigde aandelenpakket om de nominale grens van, in beginsel, € 225.000 te halen in de honderden miljoenen euro's of zelfs meer dan € 1 miljard kan belopen, temeer in geval van een hoge beurskoers, terwijl bij een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen een aandelenpakket van, in beginsel, ten minste € 20 miljoen voldoende is.[77]

Evenals aandelen met een lage nominale waarde gecombineerd met een hoge beurskoers ertoe kunnen leiden dat een enquêteverzoeker om een bepaalde nominale grens te halen over een aandelenpakket moet beschikken dat een torenhoge beurswaarde vertegenwoordigt, zo kan de omgekeerde situatie ertoe leiden dat een enquêteverzoeker die over een aandelenpakket beschikt dat een lage beurswaarde, maar ten minste € 20 miljoen, vertegenwoordigt, een enquête kan uitlokken bij een vennootschap met een beurswaarde van, bijvoorbeeld, meer dan € 100 miljard. Hetzelfde geldt voor vaste aandelenpercentages. Zo kan immers een aandelenbelang van 1% of 10% in de ene vennootschap veel zijn, terwijl zulk een belang in de andere vennootschap weinig is. Dit is relatief. Overigens speelt dat, hoewel vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid begrijpelijk, door de hantering van vaste percentages er geen flexibiliteit is. Zulks brengt mee dat als een verzoeker de kapitaaldrempel net niet haalt, niet-ontvankelijkheid moet volgen.

77 *Vide* hieromtrent uitvoerig Q.L.C.M. Bongaerts, 'Ge(mis)plaatst kapitaal', *Ondernemingsrecht* 2016/110; Q.L.C.M. Bongaerts, 'Toegang tot enquête voor kapitaalverschaffers – de evaluatie geëvalueerd', *MvO* 2018, nr. 10-11, p. 301-305. Op het eerste stuk inhakend J.H. Lemstra, 'Wet aanpassing enquêterecht; meer of minder toegang voor aandeelhouders?', *Ondernemingsrecht* 2017/115.

Met betrekking tot niet-beursgenoteerde vennootschappen kan de situatie zich voordoen dat er veel aandelen tegen een hoge nominale waarde zijn uitgegeven. Indien er vaste nominale drempels zijn, dan zou de mogelijkheid kunnen bestaan dat een verzoeker met een beperkt aantal aandelen nominaal gezien de drempel haalt, terwijl hij procentueel gezien maar een klein aandelenbelang heeft.

Het voordeel van het werken met het hebben van een substantieel (aandelen-) belang is dat deze flexibiliteit biedt. De Ondernemingskamer kan per concrete aan haar voorgelegde zaak aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval beoordelen of de verzoeker over een substantieel belang in het uitstaande aandelenkapitaal van de groepsmaatschappij van het te enquêteren concern heeft. Daarbij kan zij kijken naar het percentage van de door de verzoeker gehouden aandelen of de beurswaarde van zijn aandelenpakket. Werken met een nominale waarde acht ik minder voor de hand liggend. Een paar voorbeelden. Stel, een verzoeker houdt een aandelenbelang van 25% in Shell. In zulk een geval lijkt het mij klip-en-klaar dat dat een substantieel belang is. Zo duidelijk zal het echter niet altijd zijn. Alsdan kan de Ondernemingskamer kijken naar de beurswaarde die het aandelenpakket van de verzoeker vertegenwoordigt. Dit kan ertoe leiden dat hoewel hij procentueel gezien een klein belang heeft, dat naar beurswaarde beschouwd veel geld vertegenwoordigt. Zo zal een 1%-belang in Apple[78] een waarde vertegenwoordigen van miljarden euro's en bijgevolg een substantieel belang zijn.

Nu zou men mij kunnen tegenwerpen dat die flexibiliteit niet bevorderlijk is voor de rechtszekerheid en daarbij tot vele concernenquêteverzoeken kan leiden. Daarvan ben ik mij bewust. Niettemin zou ik ertegen in willen brengen dat, naar ik vermoed, die rechtsonzekerheid, evenals een eventuele, gechargeerd gezegd, stortvloed aan verzoeken, naar verloop van tijd wel zal afnemen. Ik ga er namelijk van uit dat het criterium van een 'substantieel belang' zich in de rechtspraak van de Ondernemingskamer tot op zekere hoogte zal gaan uitkristalliseren, zodat enquêteverzoekers zowel als enquêtesubjecten aardig moeten kunnen inschatten welke aandelenbelangen wel of niet acceptabel zijn.

Wat betreft de certificaathouder, hoeft deze niet meer als zodanig in de wet te worden opgenomen. Dat is niet nodig, want aan gelijkstelling wordt een wettelijke basis gegeven. Aan een aandeelhouder als hier bedoeld kan, voor de toegang tot het enquêterecht, een certificaathouder of een ander economisch belanghebbende worden gelijkgesteld, met dien verstande dat deze over een volledig en eigen economisch belang beschikt. Daarvan is – in afwijking van het huidige recht – slechts sprake indien de verzoeker die voor gelijkstelling in aanmerking wil komen, degene is aan wie (uiteindelijk) de volle waarde van (een deel van) de aandelen in het (geplaatste) kapitaal van een groepsmaatschappij van het te enquêteren concern ten

78 Niet hier ter beurze genoteerd, noch is de moedermaatschappij te onzent gevestigd.

goede komt door alle betalingen op en voor die aandelen te ontvangen, waartoe hij, indien en voor zover nodig, jegens degene die tot die uitbetaling gehouden is, vorderingsrechten kan uitoefenen, een en ander in de regel blijkende uit (in beginsel) een overeenkomst. *Vide* nader § 7.1.2.2-7.1.2.3.

Een voorbeeld. De juridisch aandeelhouder van een groepsmaatschappij van het te enquêteren concern heeft zijn eigen economisch belang bij de waarde van de door hem gehouden aandelen daarin in zijn geheel 'overgedragen' aan de verzoeker, de economisch aandeelhouder, daaronder begrepen een certificaathouder. Ingeval de Ondernemingskamer dat heeft vastgesteld (stap 1), dan dient zij vervolgens te beoordelen of het aandelenbelang waaraan dat economisch belang is gekoppeld, als substantieel kan worden gekwalificeerd (stap 2). Zo nee, dan kan de verzoeker niet worden gelijkgesteld en moet niet-ontvankelijkheid volgen. Zo ja, dan kan hij aan een aandeelhouder als hier bedoeld worden gelijkgesteld en kan hij in zoverre in zijn verzoek worden ontvangen. Overigens merk ik op dat dat zowel de juridisch aandeelhouder als de economisch aandeelhouder enquêtegerechtigd is, maar niet tegelijkertijd. Willen zij beide – zelfstandig – een enquêteverzoek doen, dan is mijns inziens beslissend het moment waarop het ter griffie van de Ondernemingskamer is ingekomen. De verzoeker van het op een later moment binnengekomen verzoekschrift kan niet in zijn verzoek worden ontvangen.

Meestentijds zal het aandelenbelang, of het economisch belang daarbij, in één hand zijn. Er is dan sprake van (een) 'eenhoofdig aandeelhouder(schap)'. Behoort zulks toe aan meerdere personen in de zin dat zij daartoe gezamenlijk gerechtigd zijn, zoals bij (sommige) gemeenschappen, dan is er sprake van (een) 'meerhoofdig aandeelhouder(schap)'. Alsdan dienen zij, in beginsel, tezamen het enquêteverzoek te doen.

Blijkens de rechtspraak van de Ondernemingskamer plegen er onder huidig recht neerwaartse (*top-down*) enquêteverzoeken, *i.e.* verzoeken afkomstig van houders van (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een moedermaatschappij die mede een enquête uitlokken bij een of meer van haar dochtermaatschappijen, in wier geplaatste kapitaal zij geen (certificaten van) aandelen houden, te worden gedaan. Behoudens de *Spaarnwoude*-beschikking,[79] komen (initiële) opwaartse (*bottom-up*) enquêteverzoeken, *i.e.* verzoeken afkomstig van houders van (certificaten van) aandelen in het geplaatste kapitaal van een dochtermaatschappij die mede een enquête

79 Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/57 (*Spaarnwoude*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 28 maart 2018, *ARO* 2018/108 (*Baars*), waarin Baars Holding in zijn verweerschrift een zelfstandig verzoek had opgenomen, welk verzoek zag op het instellen van een onderzoek bij zowel de drie ónder Baars Holding hangende vennootschappen als bij de bóven Baars Holding hangende vennootschap (= Baars Beheer) als bij zichzelf; *vide* r.o. 1.4 en 2.1.

uitlokken bij haar moedermaatschappij, in wier geplaatste kapitaal zij geen (certificaten van) aandelen houden, niet voor.[80] De literatuur is verdeeld over de vraag of zulks ook rechtens mogelijk is.[81]

De verzoeker dient in mijn voorstel, het zij herhaald, een (substantieel) belang in het aandelenkapitaal van *een* groepsmaatschappij van het te enquêteren concern te hebben. Zulks is dus niet beperkt tot (het aandelenkapitaal van) de dominante groepsmaatschappij, waardoor een opwaarts concernenquêteverzoek, naar wenselijk recht, tot de mogelijkheden behoort. Daartoe bestaat ook alle reden; men denke aan gevallen waarin het concernbestuur een destructief beleid ten aanzien van een dochtermaatschappij voert, het een dochtermaatschappij financieel laat verkommeren, het verzaakt leiding te geven over een dochtermaatschappij, het geenszins rekening houdt met het belang van de dochtermaatschappij en de (onmiddellijk) bij haar (onderneming) betrokkenen, er een conflictueuze situatie is ontstaan tussen (het bestuur van) de moeder- en (dat van) haar dochtermaatschappij, boekhoudfraude of een ander schandaal dat een grote, negatieve impact op de financiële gezondheid van het concern heeft, roekeloze expansiedrift, enzovoort. In dergelijke gevallen moet een daartoe gerechtigde aandeelhouder van een dochtermaatschappij zelfstandig bij de Ondernemingskamer een enquête kunnen uitlokken. Aandeelhouders van boven en aandeelhouders van beneden dienen, wat hun toegang tot het enquêterecht betreft, gelijk te worden behandeld.[82] Net als eerstgenoemden kunnen ook laatstgenoemden immers belang bij het entameren van een enquêteprocedure hebben.

Nu onverschillig is in welke groepsmaatschappij de verzoeker zijn aandelenbelang houdt – een concern kan aldus beschouwd meerdere enquêterechtelijke ingangen hebben – en ook een internationaal concern naar mijn opvatting voorwerp van onderzoek zou moeten kunnen worden, is het onder wenselijk recht mogelijk dat een aandeelhouder van een buitenlandse groepsmaatschappij zich tot de Ondernemingskamer wendt met een enquêteverzoek. Beschikt zulk een verzoeker over een substantieel aandelenbelang, dan is daarmee zijn enquêtebevoegdheid gegeven. Anders dan onder het huidige recht, behoeft de buitenlandse vennootschap daar niet voor te worden weggedacht, noch is van belang of de Nederlandse groepsmaatschappij een onderneming drijft.

Lastiger zal het worden met een gelijkstellingsvraag. De Ondernemingskamer zal alsdan dienen te kijken naar de aandelen waaruit het economisch belang is afgesplitst. Daarbij is van belang de vraag welke financiële rechten daaraan zijn verbonden en welke eraan de verzoeker zijn 'overgedragen'. Is de verzoeker in economisch

80 Evenzo Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 294.

81 *Vide* Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *l.s.c.* en de door hen in voetnoot 56 aangehaalde literatuur. Hieraan voeg ik toe Schutte-Veenstra, *op. cit.*, p. 181; Geerts 2004, *op. cit.*, p. 128; Spruitenburg 2018, *op. cit.*, *para* 6.7.

82 *Cf.* Forum Europaeum, *op. cit.,* p. 214: 'In accordance with international experience, the special investigation must be permitted to extend to all relations to other companies in the group, and that not only downwards, as in some States, but also upwards and horizontally to related companies.'

opzicht in dezelfde positie gebracht als de aandeelhouder voordat hij zijn economisch belang bij de waarde daarbij 'overdroeg', dan heeft hij een eigen en volledig economisch belang. Resteert de beoordeling van de grootte van het aandelenpakket waartoe dat belang behoort. *Vide* nader § 7.1.2.3.

De verzoeker dient op het moment waarop zijn verzoekschrift ter griffie van de Ondernemingskamer binnenkomt, een substantieel aandelenbelang, dan wel een volledig en eigen economisch belang bij de waarde daarvan, te hebben. Dat is, in beginsel, het peilmoment.

Overigens merk ik op dat de Ondernemingskamer – onder huidig recht gebeurt dat naar mijn indruk niet consequent – steeds ambtshalve dient na te gaan of de verzoeker enquêtegerechtigd is. Dit is mijns inziens van zulk een fundamentele aard, namelijk de bevoegdheid in rechte, dat die toetsing niet afhankelijk mag worden gemaakt van een al dan niet daartegen gericht niet-ontvankelijkheidsverweer door (een der) andere procespartijen.[83]

11.4 Aan wie zouden de bezwaren kenbaar moeten worden gemaakt (vraag 3)?

Voordat het te enquêteren concern in rechte kan worden betrokken, dient de verzoeker – op straffe van niet-ontvankelijkheid –[84] de bij hem levende bezwaren tegen zijn beleid of gang van zaken kenbaar te maken. Volgens het geldende recht dienen deze aan de besturen, en, zo die er zijn, de raden van commissarissen, van alle in de enquête te betrekken groepsmaatschappijen kenbaar te worden gemaakt. Deze regel wordt echter in concernverband met de nodige souplesse gehanteerd. Uit 's Ondernemingskamers beschikkingspraktijk volgt namelijk dat ingeval er sprake is van een formele of materiële personele unie, de verzoeker kan volstaan met het kenbaar maken van die bezwaren aan het bestuur van de ene vennootschap, aangezien het bestuur van de andere daar al vanwege het bestaan van dubbelfuncties van op de hoogte is, althans geacht kan worden daarvan op de hoogte te zijn.

Onder het wenselijke recht kan zowel een concern waarbinnen sprake is van een (vrijwel) volledige personele unie als een concern waarbinnen geen, of slechts een gedeeltelijke, personele unie is op bevel van de Ondernemingskamer worden

83 *Cf.* A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016/1.3.9, 30 en 100; F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/177; conclusie, onder 47 *et seq.*, van A-G Drijber bij HR 1 juni 2018, *JOR* 2018/215, m.nt. E.L.H. van der Vos, *JAR* 2018/166, m.nt. A.M. Helstone (*Rabobank*).

84 Onder huidig recht is het hoogst zelden dat een verzoeker niet-ontvankelijk wordt verklaard vanwege het niet van tevoren kenbaar hebben gemaakt van bezwaren. Een *rara avis* is bijvoorbeeld hof Amsterdam 3 december 2014, *ARO* 2015/29 (*Phanos Reit*).

geënquêteerd. Daarvoor is het – in afwijking van het huidige recht – niet nodig dat de enquêteverzoeker per afzonderlijke groepsmaatschappij heeft aangeven dat en welke bezwaren hij tegen haar beleid en gang van zaken heeft. Nog daargelaten dat zulks in geval van concerns bestaande uit ettelijke (inter)nationale groepsmaatschappijen tijdverslindend en welhaast ondoenlijk zou zijn, wordt met die regel ook miskend dat (a) het beleid (en de gang van zaken) van de ene groepsmaatschappij (tot op zekere hoogte) verstrengeld zal zijn met dat (en die) van een of meer andere groepsmaatschappijen en (b) in geval van een centraal geleid concern er geen sprake is van zelfstandige beleidsbepaling en -voering zijdens een onderhorige groepsmaatschappij, zodat het per groepsmaatschappij doen blijken van bezwaren mij niet zinvol voorkomt. Het wenselijke recht neemt dan ook tot uitgangpunt dat de verzoeker zijn bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken van het (te enquêteren) concern als zodanig kenbaar moet maken; het individualiseren daarvan is niet van node. Het concern is vanbinnen een eenheid. Niettemin doen de individuele groepsmaatschappijen het concern naar buiten toe optreden. Tegen deze achtergrond dient de enquêteverzoekende aandeelhouder de volgende weg te bewandelen.

De aandeelhouder van de dominante groepsmaatschappij behoeft zijn bezwaren, tegen het beleid of de gang van zaken van het (te enquêteren) concern, alleen aan haar bestuur kenbaar te maken, nu deze het – met centrale leiding belaste – concernbestuur vormt. Wat betreft de enquêteverzoekende aandeelhouder van een onderhorige groepsmaatschappij, zou ik een onderscheid willen maken tussen de situatie waarin er een personele unie bestaat, en die waarin er geen personele unie is. In het eerstbedoelde geval kan de verzoeker zijn bezwaren eveneens rechtstreeks richten aan het bestuur van de moedermaatschappij. In het laatstbedoelde geval, waarbij ik denk aan grote (inter)nationale concerns, sta ik een tweetrapsraket voor, houdende dat hij eerst zijn bezwaren kenbaar maakt aan het bestuur van 'zijn eigen' groepsmaatschappij, wellicht kan deze namelijk al (een deel van) de bezwaren wegnemen, en vervolgens, bij het niet daaraan kunnen of willen tegemoetkomen, aan dat van de topvennootschap.

Anders dan art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW, behoeven die bezwaren niet mede aan de raad van commissarissen te worden geuit. Hiertoe is het volgende redengevend. Volgens de SER houdt het mede op de hoogte brengen van de raad van commissarissen verband met het door deze kunnen vervullen van zijn taak als toezichthoudend orgaan.[85] Daargelaten dat niet iedere vennootschap een raad van commissarissen heeft en er voorts vennootschappen zijn met een monistisch bestuursmodel (een *one-tier board*), in plaats van een dualistisch bestuursmodel (een *two-tier board*), zodat ook de bestuurders die met het houden van toezicht zijn belast, de niet-uitvoerende bestuurders, van de door de verzoeker aangevoerde bezwaren op de hoogte zullen zijn, beschouw ik het al dan niet op de hoogte brengen van de raad van commissarissen van die bezwaren door het bestuur als een interne aangelegenheid.

85 SER-advies 1988, p. 14. Evenzo Hermans 2004, *op. cit.*, p. 276.

Geerts is van mening dat de commissarissen een bemiddelende rol kunnen spelen indien binnen de rechtspersoon problemen ontstaan.[86] Daartoe zijn zij echter niet gehouden,[87] zodat ik ook in zoverre niet overtuigd ben van de noodzaak de bezwaren mede aan de raad van commissarissen kenbaar te maken. Naar Hermans' visie kunnen de commissarissen met het bestuur bespreken of er redenen zijn om aan de bij de verzoeker levende bezwaren tegemoet te komen.[88] Zulks is evenwel (uiteindelijk) aan het bestuur. Het staat het concernbestuur vrij met de raad van commissarissen, indien aanwezig, van gedachten te wisselen over de aangevoerde bezwaren en over de vraag of en, zo ja, in hoeverre aan de bezwaren tegemoet moet worden gekomen. Noodzakelijk is dat echter niet, althans niet zonder meer. Verder is ook dit een interne aangelegenheid.

De wijze waarop de bezwaren kenbaar dienen te worden gemaakt, mondeling, schriftelijk of anderszins, is, in afwijking van de tekst van art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW,[89] onverschillig. Zo kunnen de bezwaren, zonder te streven naar volledigheid, (i) per e-mail, brief of fax, (ii) door toezending van een conceptverzoekschrift, (iii) in reeds lopende of gevoerde procedures, dan wel (iv) in de algemene vergadering, bestuursvergadering of in de vergadering van de raad van commissarissen kenbaar worden gemaakt.[90] Ook is onverschillig wie de bezwaren kenbaar

86 Geerts 2004, *op. cit.*, p. 33.

87 *Vide* HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2010/228, m.nt. M.J. van Ginneken, *Ondernemingsrecht* 2010/105, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2010/11, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.5.1-4.5.2 (*ASMI*).

88 Hermans 2004, *l.s.c.*

89 *Vide* daarover Geerts 2004, *op. cit.*, p. 23-25.

90 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 3 januari 1977, *NJ* 1977/342, *TVVS* 1977, p. 55-56 (*Oostrum*); hof Amsterdam (OK) 25 augustus 1988, *NJ* 1989/308, *De NV* 1988, p. 215 (*Corocor*); hof Amsterdam (OK) 15 juli 1993, *De NV* 1993, p. 218 (*Van Asselt*); hof Amsterdam (OK) 31 maart 1994, *TVVS* 1994, p. 189-191, m.nt. Th.S. IJsselmuiden (*Kluft Distrifood*); hof Amsterdam (OK) 1 september 1994, *De NV* 1994, p. 297-298 (*Holacht*); hof Amsterdam (OK) 19 september 2001, *JOR* 2001/225, r.o. 3.1 (*Vernooijs Geleen*); hof Amsterdam (OK) 25 februari 2002, *JOR* 2000/75, r.o. 3.2 (*MCEG*); hof Amsterdam (OK) 29 april 2002, *ARO* 2002/57, r.o. 3.1 (*IHD Schiphol Service*); hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129, r.o. 3.1 (*Mali Zevenaar*); hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/9, r.o. 3.2 (*Kruisheer Elffers*); hof Amsterdam (OK) 11 juli 2003, *ARO* 2003/126, r.o. 3.2 (*LHT Finance House*); hof Amsterdam (OK) 30 december 2003, *ARO* 2004/4, r.o. 3.2 (*NCAM*); hof Amsterdam (OK) 5 januari 2004, *ARO* 2004/5, r.o. 3.7 (*Polisol*); hof Amsterdam (OK) 4 juni 2004, *ARO* 2004/77, r.o. 3.1 (*Cabarra*); hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, *JOR* 2005/6, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/34, m.nt. P.D. Olden, r.o. 3.6 (*Ahold*); hof Amsterdam (OK) 23 februari 2005, *ARO* 2005/32, r.o. 3.1 (*Avantech Europe*); hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34, r.o. 3.4 (*Dodo*); hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/57, r.o. 3.2 (*LdB Ogilvy & Mather*); hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/83, r.o. 3.1 (*Dyna Music System*); hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/84, r.o. 3.1 (*Florimarx*); hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 3.1 (*Van Doorn*); hof Amsterdam (OK) 12 juli 2006, *ARO* 2006/131, r.o. 3.2 (*Becq & Millan*); hof Amsterdam (OK) 28 maart 2007, *JOR* 2007/118, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2007/138, m.nt. P.M. Storm, r.o. 3.5 (*DSM*); hof Amsterdam (OK) 17 juni 2008, *ARO* 2008/109, r.o.

maakt.[91] Zo kunnen ze direct of indirect, men denke aan de situatie waarin de verzoekster een persoonlijke houdstermaatschappij van een natuurlijk persoon is en deze laatste de hier bedoelde bezwaren uit, kenbaar worden gemaakt alsmede kunnen zij reeds door een derde, zoals een eerdere verzoeker tot enquête, naar voren zijn gebracht. Het gaat erom dat het concern op enigerlei wijze op de hoogte is, dan wel op de hoogte wordt geacht te zijn, althans redelijkerwijs geacht kan worden op de hoogte te zijn, van de bij de enquêteverzoeker levende bezwaren.[92]

Ter afronding zou ik – in de woorden van de Ondernemingskamer – willen opmerken dat die (vereiste) kenbaarmaking 'niet bedoeld is om onnodig formele drempels op te werpen en dat', zo volgt uit het bovenstaande, 'aan het voorschrift (…) geen al te hoge eisen moeten worden gesteld'.[93] Dat geldt evenzeer met betrekking tot een concernenquêteverzoek.

11.5 Ten aanzien van wie zou moeten blijken van gegronde redenen (vraag 4)?

Er dienen, naar wenselijk recht, gegronde redenen te zijn om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van het te enquêteren concern te twijfelen. Dit roept in de eerste plaats de vraag op wat moet worden verstaan onder het beleid 'van' het concern. Men zou geneigd kunnen zijn daarop te antwoorden dat daarmee wordt bedoeld het beleid zoals dat door de moedermaatschappij wordt bepaald. Zulks zou evenwel een te beperkte opvatting zijn. Er zou immers alsdan aan voorbij worden gezien dat de moedermaatschappij weliswaar beleid voorbereidt en vaststelt, maar dat beleid vervolgens wordt uitgevoerd door de onder deze ressorterende groepsmaatschappijen. Ook die uitvoering valt derhalve onder het beleid 'van' het concern. Bovendien wordt eraan voorbijgegaan dat, afhankelijk van hoe het concern wordt geleid, de onderhorige groepsmaatschappijen – binnen het kader van het concernbeleid – beleidsautonoom zijn en zij mitsdien ook eigen beleid kunnen ontwikkelen. Dit beleid valt daarom eveneens onder het beleid 'van' het concern.

3.3 (*KPN Narrowcasting*); hof Amsterdam (OK) 29 april 2010, *ARO* 2010/72, r.o. 3.2 (*Celco*); hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82, r.o. 3.6 (*Proxy*); hof Amsterdam (OK) 22 juli 2014, *ARO* 2014/167, r.o. 3.7 (*Xeikon*); hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7, r.o. 3.3 (*4Apps*). *Vide* ook B. Winters, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:349 BW, aant. C.1.5.

91 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F. A. Geerts, r.o. 3.1 (*Van Doorn*).

92 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 23 januari 2004, *ARO* 2004/20, r.o. 3.1 (*Trial*); hof Amsterdam (OK) 18 januari 2006, *ARO* 2006/29, r.o. 3.2 (*Daidalos*); hof Amsterdam (OK) 4 mei 2012, *ARO* 2012/67, r.o. 3.4 (*Casino's van Oranje*); hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2013, *ARO* 2013/160, r.o. 3.6 (*Jeemer*); hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, *ARO* 2015/48, r.o. 3.76 (*MVG*); hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171, r.o. 3.3 (*Phanos Reit*). *Vide* ook B. Winters en P.N. Ploeger, 'Kroniek enquêterecht', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 93, Deventer: Kluwer 2007, p. 16.

93 Hof Amsterdam (OK) 17 juni 2008, *ARO* 2008/109, r.o. 3.3 (*KPN Narrowcasting*).

Het laatstbedoelde beleid zal primair zijn bepaald door de besturen van de respectieve groepsmaatschappijen waaruit het te enquêteren concern bestaat. Daarnaast kunnen onder omstandigheden andere (wettelijke/statutaire) organen zoals hun algemene vergaderingen en raden van commissarissen, zo die laatste zijn ingesteld, dat beleid mede hebben bepaald.[94] De beleidsbepalende handelingen van al de genoemde organen kunnen dan ook een gegronde redenen opleveren om aan een juist beleid van het concern te twijfelen.[95] Van een beperking daartoe is echter geen sprake. Ook de beleidsbepalende handelingen van degene die, al dan niet krachtens de wet of de statuten, bij de concernorganisatie (lees: de organisaties van de respectieve groepsmaatschappijen) is betrokken, zoals een (lid van een) orgaan, de (centrale) ondernemingsraad of leden daarvan, een bank en een leverancier, en dat beleid feitelijk (mede) heeft bepaald (*cf.* art. 2:138 (248), zevende lid, BW), kunnen een gegronde reden in vorenbedoelde zin opleveren,[96] met dien verstande dat diegene zich dermate intensief met de bepaling van het beleid heeft bemoeid, dan wel daar dusdanig verregaande invloed op heeft uitgeoefend, dat hij *de facto* plaats is gaan nemen op de zetel(s) van (een van) de formele bestuurder(s), een en ander derhalve met feitelijke terzijdestelling van laatstgenoemde(n).[97]

---

94 *Cf.* P. van Schilfgaarde, 'De medebeleidsbepaler in het ondernemingsrecht', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 321-322; conclusie, onder 3.7.27, van A-G Timmerman bij HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2010/228, m.nt. M.J. van Ginneken, *Ondernemingsrecht* 2010/105, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2010/11, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*ASMI*). *Vide* ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/780. *Vide* voorts 's Ondernemingskamers 'Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers in enquêteprocedures (artikel 2:345 BW) gewijzigd per 1 januari 2013' (hierna: aandachtspunten), onder 2.1. Deze aandachtspunten zijn gepubliceerd in *Ondernemingsrecht* 2013/97. *Vide* daarover R.M. Hermans, 'Gewijzigde aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers', *Ondernemingsrecht* 2013/96. *Vide* ook R.M. Hermans, 'Enkele suggesties voor aanpassing van de regels voor de onderzoeksfase', *Ondernemingsrecht* 2018/70, *paras* 1 en 6 en de verwijzing(en) aldaar.

95 *Cf.* Van Amsterdam en Van Amsterdam, *op. cit.*, p. 28.

96 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24, r.o. 3.6 (*Blue*), waarin de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang en kort gezegd, overwoog dat Radder weliswaar geen statutair bestuurder van Blue Beheer was, maar hij als feitelijk beleidsbepaler van het beleid van (mede) die vennootschap moest worden gezien, hetwelk meebracht dat Radder in die hoedanigheid 'zal worden betrokken bij de vraag of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Blue Beheer en Blue Personeelsbemiddeling te twijfelen'.

97 *Cf.* Van Schilfgaarde 2010, *op. cit.*, p. 322-324; conclusie, onder 3.7.27, van A-G Timmerman bij HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2010/228, m.nt. M.J. van Ginneken, *Ondernemingsrecht* 2010/105, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2010/11, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*ASMI*); E.M. Soerjatin, 'De rol van buitenstaanders in het enquêteonderzoek', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 112, Deventer: Kluwer 2012, p. 339-346; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1572-1573. *Vide* ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*

Voorts dringt de vraag zich op wat moet worden verstaan onder het 'beleid' van het concern. Mijns inziens valt ieder soort beleid daaronder; men denke aan concernbeleid,[98] zoals door de moedermaatschappij bepaald, sociaal beleid, financieel beleid, commercieel beleid, dividendbeleid, beloningsbeleid, communicatiebeleid, milieubeleid, personeelsbeleid, pensioenbeleid en andersoortig beleid.[99] Op al deze beleidsterreinen kan een – op twijfel aan de juistheid van het beleid gerichte – gegronde reden liggen.

Naast 'beleid' staat 'gang van zaken'. In de derde, en laatste, plaats rijst de vraag wat moet worden verstaan onder juiste 'gang van zaken'. Daarmee wordt met name gedoeld op gedragingen tussen of binnen ((leden van) organen van) groepsmaatschappijen,[100] voor zover die geen verband houden met het (uitvoeren van) beleid. Ook het buiten het concern vertoonde gedrag van individuele leden van organen van groepsmaatschappijen van het desbetreffende concern kan een gegronde reden opleveren, mits de gedraging is verricht in de hoedanigheid van aandeelhouder, bestuurder of commissaris van dat concern.[101]

Last but not least behoeft beantwoording de vraag of, mede gezien mijn ruime uitleg van de begrippen 'beleid' en 'gang van zaken', ten aanzien van alle groepsmaatschappijen van het te enquêteren concern afzonderlijk moet blijken van gegronde redenen. Het antwoord hierop moet – in afwijking van het huidige recht – ontkennend luiden. Daartoe is het volgende redengevend. Het is inherent aan een concern dat het beleid van de dominante groepsmaatschappij (in zekere mate) vervlochten is met dat van de onderhorige groepsmaatschappij.[102] De mate van verwevenheid kan per concern, per groepsmaatschappij en per beleidsterrein verschillen.

2009/465; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 211; D.A.M.H.W. Strik, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:248 BW, aant. C.12; M.L. Lennarts, in: *T&C Ondernemingsrecht*, art. 2:248 BW, aant. 9; J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:248 BW, aant. 28.1, 28.3.1 en 28.3.2.

98 'Concernbeleid' onderscheid ik van 'het beleid van het concern'. Dat eerste is door de moedermaatschappij bepaald beleid en dat laatste omvat al het beleid binnen het concern als in de hoofdtekst bedoeld.

99 *Cf. Kamerstukken II* 1967/68, 9596, 3, p. 7 (MvT), waarin de minister van Justitie, Polak, opmerkte dat in beginsel het beleid in zijn 'volle omvang' voorwerp van onderzoek behoort te kunnen zijn. *Vide* ook *Handelingen II* 1969/70, 61, p. 2910; hof Amsterdam (OK) 10 januari 2008, *JOR* 2008/39, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2008/37, m.nt. Ch.E. Honée, r.o. 3.30 (*PCM*). *Vide* tevens Raaijmakers 2017, *op. cit.*, p. 675.

100 *Cf.* A.F.J.A. Leijten en M.P. Nieuwe Weme, 'Het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 112, Deventer: Kluwer 2012, p. 149-150; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1573. *Vide* ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 15 (MvT).

101 *Cf.* Leijten en Nieuwe Weme, *op. cit.*, p. 150-152.

102 *Vide* ook Uniken Venema 1996, *op. cit.*, p. 179-180, 186 en 229. Hij sprak van 'beleidsvermenging'.

Verder kan beleidsautonomie zijdens een dochtermaatschappij geheel ontbreken. Er kunnen drie situaties worden onderscheiden: (1) de moedermaatschappij zet ter zake van het beleid enkel de (hoofd)lijnen uit en de dochtermaatschappij kleurt het (overige) beleid in, (2) de dochtermaatschappij bepaalt in (nauwe) samenspraak met de moedermaatschappij het beleid, waarbij deze laatste aan die eerste ook richtlijnen, aanwijzingen en instructies kan geven,[103] en (3) de moedermaatschappij dicteert het beleid van haar dochtermaatschappij. Hierbij zij opgemerkt dat zelfs in geval van een sterk decentraal geleid concern waarin de moedermaatschappij louter de hoofdlijnen van het beleid van haar dochtermaatschappij bepaalt en deze overigens eigen beleid kan bepalen, dat beleid als zodanig weliswaar eigen kan zijn, maar dat bepaalde aspecten daarvan verstrengeld kunnen zijn met (onderdelen van) het concernbeleid[104] als door de moedermaatschappij bepaald.[105]

Als men per groepsmaatschappij zou moeten beoordelen of het litigieuze beleid een gegronde reden oplevert om aan de juistheid daarvan te twijfelen, dan zou, strikt genomen, eerst het beleid 'van' iedere groepsmaatschappij moeten worden geïsoleerd, het beleidskluwen zou moeten worden ontward, teneinde te vermijden dat niet (mede) dat van een andere groepsmaatschappij in die beoordeling wordt betrokken. Gelet op het bovenstaande, lijkt mij dat echter niet, althans niet zonder meer of steeds, doenlijk (hoe wil de Ondernemingskamer, of de verzoeker, niet zijnde een concernfunctionaris, het beleid van de ene groepsmaatschappij scheiden van dat van de andere groepsmaatschappij?), noch wenselijk.[106] Bovendien is er in geval van een beleidsautonomieloze dochtermaatschappij *de facto* geen sprake van beleid 'van' deze; haar

103 *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 23 juni 1983, *NJ* 1984/571, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Hyster*); hof Amsterdam (OK) 29 augustus 1985, *NJ* 1986/578, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Howson Algraphy*). In deze twee beschikkingen overwoog de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang, dat in de verhouding tussen een moeder- en een dochtervennootschap eerstgenoemde aan laatstgenoemde richtlijnen en aanwijzingen kan geven, waaraan die laatste zich door haar afhankelijkheid van die eerste in het algemeen moeilijk kan onttrekken.

104 Concernbeleid heeft in dit verband een smalle betekenis: het door de moedermaatschappij bepaalde – en het beleid van de individuele dochtermaatschappijen overstijgende en daarvan geabstraheerde – beleid.

105 *Cf. Kamerstukken II* 1992/93, 22400, 9, p. 4, waarin de staatssecretaris van Justitie het volgende opmerkte: 'Zelfs in een grote rechtspersoon met een complexe gedeconcentreerde organisatie zullen de hoofdlijnen van het beleid worden bepaald door het bestuur en *zal tussen beleid en de gang van zaken in verschillende onderdelen van de organisatie altijd een zekere verwevenheid bestaan* [curs. RPJ], die het onmogelijk maakt een goed beeld te krijgen van één onderdeel, als niet ook de andere in de beschouwingen worden betrokken.'

106 *Cf.* de noot, onder 2 en 3, van Maeijer bij hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980/71 (*Batco*): 'Betekent dit dat men noodzakelijkerwijze slechts het beleid van Batco Nederland kan onderzoeken? Neen, m.i. is met het oog op de nu eenmaal gegeven concernverhouding de bedoeling: *het beleid van BAT (de moeder) en Batco Benelux zoveel als mogelijk is, mede in het onderzoek te betrekken*. Blijkens het verslag van de rapporteur is hiertoe van de betrokken vennootschappen vrijwillig en zonder reserve alle medewerking gekregen. Dit is niet zo verwonderlijk. *Geen concern zal er belang bij hebben dat de handelwijze van een in een nationale rechtsorde opererende dochter geisoleerd*

beleid is dat van de moedermaatschappij. Overigens wordt in een gefragmenteerde benadering te veel uit het oog verloren dat, los van beleidsvermenging en het niet zelfstandig kunnen bepalen van eigen beleid, de moedermaatschappij op grond van de concernband zowel feitelijk als juridisch een enorme (sturende) invloed kan uitoefenen op, en haar beslissingen kunnen dito gevolgen hebben ten aanzien van, het beleid, daaronder begrepen de bepaling zowel als de uitvoering ervan, van haar dochtermaatschappij.[107] Het beleid en de gang van zaken van de ene groepsmaatschappij kan dan ook niet, althans niet zonder meer of steeds, (volledig) los worden gezien van dat en die van een of meer andere groepsmaatschappijen; zulks dient zoveel mogelijk in onderling verband en samenhang te worden beschouwd. Hetzelfde geldt ten aanzien van de handelwijze van bestuurders in geval van (bijkans) volledige personele unies tussen de respectieve besturen ervan.

In dat licht, alsmede in aanmerking nemende dat het concern een rechtssubject *sui generis* is, kan de enquêteverzoeker zich met het aan zijn gegronde redenen-stelling ten grondslag gelegde keren tegen het beleid of de gang van zaken van het concern als zodanig, zonder dat hij dat beleid of die gang van zaken behoeft te (trachten te) individualiseren, te ontvlechten, of dat uit het verzoekschrift moet blijken dat materieel/feitelijk bij alle afzonderlijke groepsmaatschappijen dergelijke redenen aanwezig zijn. Vervolgens dient de Ondernemingskamer te beoordelen of de door de verzoeker aangevoerde argumenten ieder op zichzelf dan wel bij elkaar geveegd het oordeel kunnen dragen dat er gegronde redenen zijn om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken 'van (het te enquêteren) concern' – waarmee mede tot uitdrukking wordt gebracht dat het beleid van een concern in de regel een mengsel, een bundeling, van het beleid van de groepsmaatschappijen is waaruit het bestaat, en het beleid of de gang van zaken van die groepsmaatschappijen derhalve (in beginsel) niet geïsoleerd wordt beoordeeld, maar er te dier zake een coherente beoordeling plaatsvindt – te twijfelen. Niettemin kan, in uitzonderlijke gevallen, een gegronde redenen 'bij' één groepsmaatschappij een gegronde reden 'van' het concern opleveren.

[*sic*]*: los van het concernverband wordt beoordeeld*.' respectievelijk 'Belangrijk is hierbij overw. 4 jo 1: dat de beoordeling van de sluiting van de Amsterdamse fabriek die op zichzelf nog winst opleverde, niet geisoleerd dient te geschieden, maar binnen het raam van de grotere organisatorische eenheid gevormd door Batco Nederland en Batco Benelux die in concernverband bestuurd werd door de Benelux Management Board.' (curs. RPJ) *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34, r.o. 3.13 (*Dodo*), waarin de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang, overwoog dat het gerechtvaardigd was dat het onderzoek zich ook zou uitstrekken tot de dochtervennootschappen, nu hun beleid sterk verweven leek met dat van Dodo.

107 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980/71 (*Batco*), waarin de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang, overwoog dat de enquêteur er bij zijn onderzoek terecht van was uitgegaan dat Batco Nederland en Batco Benelux als een organisatorische eenheid moesten worden beschouwd, welke eenheid bestuurlijk onder leiding van een orgaan, de Benelux Management Board, stond en de beslissingen van deze voor Batco Nederland rechtstreeks concrete gevolgen hadden gehad en derhalve niet buiten beschouwing konden blijven. *Vide* ook de noot, onder 2 (1e al.), van Maeijer bij deze beschikking.

Indien de Ondernemingskamer van oordeel is dat er gegronde redenen zijn om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van het concern te twijfelen, waarbij (i) aan haar een ruime beoordelingsmarge moet worden gelaten en (ii) zij niet van tevoren behoeft vast te hebben gesteld dat de door haar aan haar beslissing ten grondslag gelegde feiten en/of omstandigheden niet aan de schuld of aan het toedoen van de verzoeker tot enquête te wijten zijn geweest,[108] dan dient zij vervolgens een belangenafweging te maken, waarbij (1) aan haar wederom een ruime beoordelingsmarge moet worden gelaten en (2), hoewel zij ook moet letten op het belang van de verzoeker tot enquête en op de, voor zover bekend, belangen van de bij het concern betrokken, al dan niet in procesrechtelijke zin gekwalificeerde (*vide* art. 282, eerste lid, Rv), belanghebbenden,[109] het belang van het concern vooropstaat.[110] De te maken belangenafweging kan fungeren als correctiemechanisme tegen het gelasten van exorbitante concernenquêtes.

11.6 Hoe zou het verzoekschrift moeten worden ingericht (vraag 5)?

De Ondernemingskamer mag niet – ook niet met het oog op het algemeen belang of de belangen van derden – ambtshalve een onderzoek gelasten;[111] daartoe dient een verzoek te worden gedaan.[112] De enquêteprocedure wordt bijgevolg ingeleid met

108 *Cf.* HR 26 juni 1996, *NJ* 1996/730, r.o. 3.4 (*Transom*); HR 18 juni 1980, *NJ* 1981/547, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 7 (*Bureau Beckers*). *Vide* ook de noot, onder 1, van Maeijer bij deze beschikking.

109 *Cf.* Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1012; Storm 2018, *op. cit.*, p. 153. *Vide* ook de noot, onder 4, van Josephus Jitta bij HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/138, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*ATR Leasing*).

110 *Cf.* HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/138, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.4 (*ATR Leasing*). *Vide* ook Geerts 2004, *op. cit.*, p. 151 en de conclusie, onder 5.10, van A-G Timmerman bij deze beschikking. Volgens hen moet niet uit het oog worden verloren dat in de enquêteprocedure niet het belang van de verzoekers centraal staat, maar dat van de vennootschap. *Vide* buitendien de conclusie, onder 3.1, van A-G Timmerman bij HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279. *Vide* voorts zijn conclusie, onder 6.7, bij HR 26 juni 2009, *NJ* 2011/210, m.nt. W.J.M. van Veen, *Ondernemingsrecht* 2009/118, m.nt. P.M. Storm (*KPNQwest*). Naar zijn opvatting moet het enquêteverzoek worden afgewezen 'indien het belang van verzoekers niet opweegt tegen het belang van de vennootschap (en zijn (voormalige) bestuurders en commissarissen) bij afwijzing ervan'. Of zulks het geval is, moet zijns inziens in de eerste plaats door de Ondernemingskamer, aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, worden beantwoord. *Vide* tevens HR 20 november 1996, *NJ* 1997/188, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3.2-3.3.3 (*Louder*).

111 HR 17 december 2010, *NJ* 2011/213, m.nt. W.J.M. van Veen, *JOR* 2011/42, m.nt. J.M. Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 2011/22, m.nt. P.M. Storm, r.o. 4.5.2 (*KPNQwest*).

112 HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/138, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.4 (*ATR Leasing*).

een verzoekschrift.[113] Op een concernenquêtezaak zijn, lijkt mij, de bepalingen van de verzoekschriftprocedure (art. 261 *et seq.* Rv) eveneens van toepassing, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit dan wel niet anders aangegeven is.[114]

Volgens het huidige recht dient de enquêteverzoeker, als hij *de facto* een (Nederlands) concern voorwerp van onderzoek wil maken, in zijn verzoekschrift alle groepsmaatschappijen te identificeren. Illustratief daarvoor is de eerderbehandelde *Fortis*-zaak, waarin het onderzoek louter Fortis N.V. betrof nu, voor zover hier van belang en kort gezegd, in het petitum van het verzoekschrift werd verzocht om een onderzoek bij die vennootschap en de met haar in een groep verbonden vennootschappen maar het verzoekschrift slechts Fortis N.V. als gerekestreerde vermeldde

113 Hoewel de verzoekschriftprocedure en de dagvaardingsprocedure steeds meer naar elkaar zijn toegegroeid (*vide* Vrankens noot, onder 3, bij HR 31 maart 2000, *NJ* 2000/497, m.nt. J.B.M. Vranken (*NS*); Snijders, Klaassen en Meijer, *op. cit.*, p. 334), zijn er nog steeds een aantal relevante verschillen aan te wijzen, namelijk dat de eerstbedoelde procedure (i) informeler, sneller, efficiënter en goedkoper is, (ii) de rechter in diverse opzichten meer vrijheid biedt, (iii) de waarborg biedt dat met de belangen van derden zoveel mogelijk rekening wordt gehouden en (iv) biedt belanghebbenden (ruime) mogelijkheden om voor hun belangen op te komen; *vide* Vrankens noot, onder 3, bij HR 31 maart 2000, *NJ* 2000/497, m.nt. J.B.M. Vranken (*NS*); De Mol van Otterloo, *op. cit.*, p. 177; conclusie, onder 3.3, van A-G Timmerman bij HR 8 april 2005, *NJ* 2006/443, m.nt. G. van Solinge, *JOR* 2005/119, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2005/98, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Laurus*); Cools *et al.*, *op. cit.*, p. 24; C.J.M. Klaassen, 'De Ondernemingskamer uitgelicht', in: *Geschillen in de vennootschap. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 13 en zaterdag 14 november 2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, Deventer: Kluwer 2010, p. 112; G. van Solinge, 'Geschillen in de vennootschap', in: *Geschillen in de vennootschap. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 13 en zaterdag 14 november 2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, Deventer: Kluwer 2010, p. 10; Snijders, Klaassen en Meijer, *loc. cit.;* Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 980; B. Kemp, 'De enquêteprocedure als verzoekschriftprocedure en het kort geding als dagvaardingsprocedure, de verschillen en onderlinge verhouding', *MvO* 2015, nr. 3/4, p. 67 en 72; Storm 2018, *op. cit.*, p. 70. Van der Korst en Wassenaar stelden voor de enquêteprocedure om te zetten in een dagvaardingsprocedure; *vide* P.J. van der Korst en I. Wassenaar, 'Maak van de enquêteprocedure een dagvaardingsprocedure', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 249-255. Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 980 (voetnoot 24) en Storm 2014a, *op. cit.*, p. 53 (voetnoot 11) merkten op dat hoewel de argumenten van Van der Korst en Wassenaar op zich valabel zijn, tot (oktober) 2013 hun voorstel weinig ('zonder veel') bijval heeft gekregen. Nadien ook niet. Tegen de achtergrond van de hierboven genoemde verschillen zie ik onvoldoende aanleiding om van de onderzoeksprocedure een dagvaardingsprocedure te maken.

114 *Cf.* HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2012/141, m.nt. M.W. Josephus Jitta en T. Barkhuysen, r.o. 4.1.3 (*e-Traction*). *Vide* ook de conclusie, onder 3.3, van A-G Timmerman bij HR 8 april 2005, *NJ* 2006/443, m.nt. G. van Solinge, *JOR* 2005/119, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2005/98, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Laurus*) en de door hem in voetnoot 19 aangehaalde bronnen.

en als zodanig niet gericht was tegen die andere vennootschappen.[115] Ofschoon vanuit een concernperspectief deze inrichting van het verzoekschrift mij wel aanspreekt, zou ik nog een stapje verder willen gaan. Naar wenselijk recht kan een concern als zodanig *de iure* voorwerp van onderzoek worden. Het verzoekschrift dient dan ook gericht te zijn op, bijvoorbeeld, het Fortis-concern; dat is de gerekestreerde (*vide* nader § 11.7). Voor de (statutaire) woonplaats kan er worden aangesloten bij die van (een van) de moedermaatschappij(en). In het petitum wordt verzocht om het bevelen van een onderzoek bij het Fortis-concern. Deze zal ergens in het verzoekschrift moeten worden gedefinieerd, bijvoorbeeld: Fortis N.V. en alle met haar in een groep verbonden vennootschappen.

Krachtens art. 278 Rv dient het verzoekschrift een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust te vermelden. Zulks betekent in dit verband dat de verzoeker – op straffe van niet-ontvankelijkheid –[116] zal moeten stellen dat en waarom, onder aanvoering van redengevende feiten en omstandigheden, er gegronde redenen zijn om aan de juistheid van het beleid en/of de gang van zaken van het te enquêteren concern te twijfelen. Hierin ligt besloten dat hij ter schraging van die stelling concrete – van toelichting voorziene – bezwaren/argumenten/gronden/verwijten dient aan te voeren (zijn stelling dient hij van genoegzame stoffering te voorzien); men denke aan een impasse in (de besluitvorming van) een of meer organen van een of meer groepsmaatschappijen of een anderszins disfunctioneren ervan, een schending van binnen- of buitenlandse, al dan niet civiele, wet- en/of regelgeving en/of statutaire bepalingen, een (dreigende) deconfiture, het ongerechtvaardigd oppotten van dividend en een ophanden zijnde materiële liquidatie (tegen onzakelijke voorwaarden en zonder eraan ten grondslag liggende (rechtsgeldige) besluitvorming) van een of meer groepsmaatschappijen.

Deze naar voren gebrachte 'gronden' dragen het 'verzoek'. Ter zake van dat laatste geldt dat uit het verzoekschrift duidelijk zal moeten blijken wat de verzoeker aan de Ondernemingskamer verzoekt.[117] In dit verband is dat het benoemen van een of meer personen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van het concern (lees: de moedermaatschappij en alle met haar in een groep verbonden dochtermaatschappijen). Desnodig kan dit verzoek worden aangevuld met een verzoek tot het treffen van een of meer onmiddellijke voorzieningen.

De Ondernemingskamer dient in staat te zijn om – ambtshalve – te kunnen beoordelen, op basis van de stukken en het verhandelde ter terechtzitting, of (i), in geval van in het buitenland zetelende concerndelen, zij bevoegd is van het verzoek

115 Hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *JOR* 2009/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2009/13, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.17 (*Fortis*).

116 De Ondernemingskamer zou, alvorens daartoe over te gaan, de verzoeker in de gelegenheid kunnen stellen het verzuim te herstellen, dit al dan niet naar analogie van art. 281, eerste lid, Rv. *Vide* hieromtrent ook E.L. Schaafsma-Beversluis, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 278, aant. 10.

117 A.I.M. van Mierlo, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 278 Rv, aant. 5a.

kennis te nemen, (ii) de verzoeker enquêtegerechtigd is en (iii) er sprake is van een 'groep' in de zin van de concernenquêteregeling. Het ligt (primair) op de weg van de verzoeker om haar daartoe – op straffe van niet-ontvankelijkheid bij het niet kunnen beoordelen daarvan –[118] in staat te stellen door de daartoe strekkende stukken te overleggen.[119] Wat het hiervoor onder (iii) genoemde betreft, heeft te gelden dat het (bewijs)vermoeden dat er sprake is van een 'groep' in eerderbedoelde zin, in werking treedt indien de enquêteverzoeker aannemelijk maakt dat tussen 'zijn' vennootschap en een of meer andere vennootschap (in)direct een 51%-verhouding aanwezig. Alsdan staat vast dat er sprake is van een (rechtens te enquêteren) groep, tenzij de verwerende partij dat – onder aanvoering van redengevende feiten en omstandigheden – weet te ontzenuwen.[120]

11.7 Wie zouden in de enquêteprocedure moeten worden betrokken en hoe (vraag 6)?

Na het opstellen van het verzoekschrift dient het te worden ondertekend – door een advocaat! – en, in beginsel in zevenvoud (drie raadsheren, twee raden, de griffier en de gerekestreerde),[121] ter griffie te worden ingediend (*vide* art. 278, tweede en derde lid, Rv). Vervolgens bepaalt de Ondernemingskamer in beginsel onverwijld dag en uur waarop de (mondelinge) behandeling plaatsvindt alsmede beveelt zij de oproeping van de verzoeker en, in ieder geval, de gerekestreerde, welke oproeping, wat de laatstgenoemde betreft, vergezeld gaat van een afschrift van het verzoekschrift (*vide* art. 279, eerste en tweede lid, Rv), tenzij de verzoeker deze reeds aan diegene heeft doen toekomen.

Nu een concern vanbinnen een eenheid is maar vanbuiten een veelheid (*vide* ook § 1.1), roept dit de vraag op naar wie het verzoekschrift moet worden gestuurd en wie voor de behandeling ter terechtzitting moet worden opgeroepen. Anders dan, bijvoorbeeld, een vof, treedt een concern als zodanig niet naar buiten toe op onder een gemeenschappelijke naam, noch heeft deze een (vestigings)adres. Onder verwijzing naar het bepaalde in art. 995, eerste en derde lid, Rv zou het antwoord eenvoudig kunnen luiden: alle groepsmaatschappijen van het te enquêteren concern worden opgeroepen en betiteld als verweersters. Zulks is echter praktisch noch wenselijk.

Onpraktisch omdat ingeval het enquêteverzoek zich richt tegen een concern dat bestaat uit legio groepsmaatschappijen, deze allemaal moeten worden opgeroepen en in de gelegenheid moeten worden gesteld om verweer te voeren en onwenselijk

118 Maar *vide* voetnoot 116 *supra*.
119 *Cf.* E.L. Schaafsma-Beversluis, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 278 Rv, aant. 9.
120 *Cf.* § 2.4.
121 De (andere) belanghebbenden, zo daarvan sprake is, krijgen ook een afschrift van het verzoekschrift. Vandaar de woorden 'in beginsel'.

omdat naar mijn gevoelen een verzoek om een concernenquête een concernaangelegenheid is en beslissingen dienaangaande, gelet op de hiërarchische organisatiestructuur van concerns, zijn voorbehouden aan de moedermaatschappij (lees: het concernbestuur). Daarom zou ik voor een andere oplossing willen kiezen, en wel de volgende.

Een concern beschouw ik als een rechtssubject *sui generis*, ten gevolge waarvan het zelfstandig drager kan zijn van rechten, plichten en verantwoordelijkheden. Daarbij past, zulks ligt in het verlengde daarvan, dat aan het concern als zodanig procesbevoegdheid toekomt, zodat het in rechte (als verweerder)[122] kan optreden. De wet zou – in het kader van het concernenquêterecht – de mogelijkheid daartoe moeten openen. Hierbij wijs ik erop dat het hebben van procesbevoegdheid niet exclusief is voorbehouden aan natuurlijke personen en aan rechtspersonen.[123] Zo beschikt de vof, hoewel zij geen rechtspersoonlijkheid heeft, daar eveneens over.[124] Ook aan de ondernemingsraad komt, in bepaalde gevallen, procesbevoegdheid toe.[125]

Een concern is door mij gedefinieerd als twee of meer rechtspersonen die tezamen één onderneming onder centrale leiding vormen (*vide* § 11.2). Binnen die (economische) eenheid zwaait de moedermaatschappij de scepter. Laatstgenoemde kan – waar het gaat om concernaangelegenheden – naar de buitenwereld toe worden gezien als een soort vertegenwoordiger van het concern waarbinnen zij aan het hoofd staat. Gelet hierop, ligt het in de rede het concern naar haar te vernoemen, zoals regelmatig in nieuwsberichten gebeurt door te spreken van het 'Unilever'-concern, het 'Ahold'-concern en het 'Shell'-concern.

Voor het wenselijke recht impliceert het voorgaande, concreet, dat (i) op het adres van de moedermaatschappij een afschrift van het verzoekschrift wordt achtergelaten evenals een oproepingsbrief, (ii) het concern als zodanig, in zowel de processtukken als de beschikking, wordt aangemerkt als gerekestreerde op een wijze als hierboven bedoeld, (iii) het concern als zodanig in de gelegenheid wordt gesteld om verweer te voeren en, indien deze daarvan gebruikmaakt, een – door de moedermaatschappij te selecteren, nu het een concernaangelegenheid betreft – advocaat

122 Het enquêtemiddel richt zich tegen het concern. Dat is dan ook (in formele zin) de verweerder. Situaties waarin het concern als verzoeker optreedt, men denke aan het kunnen verzoeken om een onderzoek naar zijn eigen beleid en gang van zaken, laat ik buiten beschouwing.

123 Men zie voor de hoofdregel dat, in beginsel, slechts aan hen procesbevoegdheid toekomt HR 25 november 1983, *NJ* 1984/297, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 3.4 en Snijders, Klaassen en Meijer, *op. cit*., p. 80. *Vide* ook P.J. van der Korst, 'Vennootschapsorganen en hun leden als procespartij', *TOP* 2012/7, p. 279-283.

124 *Vide* A. Knigge en M. Zilinsky, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 51, aant. 2; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/66.

125 *Vide* Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/65. *Vide* ook M.M. Tuijtel, 'De ondernemingsraad en het enquêterecht', in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 82, Deventer: Kluwer 2005, p. 194 *et seq.*

inschakelt om proceshandelingen te verrichten en (iv) het concern als zodanig in de proceskosten kan worden veroordeeld (*vide* art. 289 Rv),[126] in welk geval het, gelet op de vorenbedoelde vertegenwoordigingsfunctie, voor de hand ligt dat de daartoe strekkende uitspraak in beginsel jegens de moedermaatschappij geëxecuteerd kan worden.

Blijkens art. 279, eerste lid, Rv beveelt de Ondernemingskamer, voor zover nodig, mede de oproeping van (een deel van)[127] de in het verzoekschrift genoemde (andere) belanghebbenden, alsmede kan zij te allen tijde ook niet in het verzoekschrift genoemde, bekende of onbekende, belanghebbenden doen oproepen. De Ondernemingskamer behoort zich ambtshalve binnen redelijke grenzen erop toe te leggen dat alle(n) die vermoedelijk belanghebbende zijn, in de gelegenheid worden gesteld zich bij de (mondelinge) behandeling te laten horen.[128]

Het is (a) aan het beleid van de Ondernemingskamer overgelaten óf zij belanghebbenden zal doen oproepen, met dien verstande dat zij daarbij de eisen van een behoorlijke rechtspleging in acht zal hebben te nemen[129] en (b) de Ondernemingskamer die bepaalt wíé tot de kring van belanghebbenden behoort.[130] Bij dat laatste geldt dat voor iedere verzoekschriftprocedure uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen moet worden afgeleid wie belanghebbende is.[131]

Bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is, 'zal een rol spelen in hoeverre deze door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of in hoeverre deze anderszins zo nauw betrokken

126 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 18 juli 2018, *JOR* 2018/303, m.nt. D.-J.F.F.M. Duynstee, *Ondernemingsrecht* 2018/123, m.nt. T. Salemink en F.C.A van de Bult, r.o. 3.56 (*Eneco*).

127 *Vide* daarover E.L. Schaafsma-Beversluis, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 279 Rv, aant. 6; A.I.M. van Mierlo, in: *T&C Burgerlijke rechtsvordering*, art. 279 Rv, sub 4c.

128 *Vide Kamerstukken I* 1968/69, 7753, 41a, p. 2: '[V]oor een overspanning van deze wettelijke opdracht, door de oproeping ambtshalve uit te strekken tot iedere persoon van wie de rechter ook maar met enige mogelijkheid een belang in de beslissing van het geding zou kunnen veronderstellen, bestaat in het beschreven stelsel van het ontwerp [evenwel, toev. RPJ] geen grond. De ondergetekende vreest derhalve niet, dat de ontworpen regeling nodeloze omslag, complicaties en kosten (ook voor de verzoeker) met zich zal brengen.'

129 HR 10 september 1993, *NJ* 1993/777, m.nt. P.A. Stein (*Alcatel*). *Vide* ook de conclusie, onder 33, van de A-G bij deze beschikking. Deze sprak van een discretionaire bevoegdheid van de rechter om zowel in eerste aanleg als in hoger beroep belanghebbenden te doen oproepen. *Vide* voorts de noot, onder 1, van Stein bij die beschikking.

130 *Vide* Snijders, Klaassen en Meijer, *op. cit.*, p. 341; E.L. Schaafsma-Beversluis, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 279 Rv, aant. 7; A.I.M. van Mierlo, in: *T&C Burgerlijke rechtsvordering*, art. 279 Rv, sub 4d.

131 *Vide* HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992/149, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 4.2 (*Stichting NIAC*).

is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure word[t] behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen', aldus de Hoge Raad.[132]

In de regel zullen (rechts)personen ten aanzien van wie verzocht is om het treffen van een onmiddellijke voorziening, zoals aandelenoverdracht ten titel van beheer en schorsing van een bestuurder of commissaris, door de Ondernemingskamer als belanghebbende worden opgeroepen. Hierbij kan worden aangesloten in geval van het onder het wenselijke recht gedane verzoek tot het treffen van voorzieningen bij het te enquêteren concern.

Los daarvan, kan mijns inziens, onder wenselijk recht, volstaan worden met het oproepen van (een of meer bestuurders van) de moedermaatschappij als belanghebbende(n) indien de in het verzoekschrift aangevoerde gegronde redenen niet zien op een conflictueuze situatie tussen de dominante groepsmaatschappij en haar onderhorige groepsmaatschappijen, maar betrekking hebben op, bijvoorbeeld, tekortkomingen in de informatievoorziening jegens (minderheids)aandeelhouders. De (bestuurders van de) onderhorige groepsmaatschappijen behoeven dus, in beginsel, niet (alle) te worden aangemerkt als belanghebbenden. Daartoe is het volgende redengevend.

Aangenomen mag worden dat, bij gezonde, naar behoren functionerende, concernverhoudingen, een en ander bezien vanuit het perspectief van de groepsmaatschapppijen,[133] de moedermaatschappij ter voorbereiding op het enquêtegeding (de inhoud van) het verzoekschrift, voor zover nodig, met een of meer ((leden van) organen van) dochtermaatschappijen bespreekt en de processtrategie in (nauwe) samenspraak met hen vaststelt. Zij zullen haar met raad en daad bijstaan. Gelet hierop, behoeven de onderhorige groepsmaatschappijen niet als belanghebbenden te worden opgeroepen.

Zulks komt anders te liggen indien de concernverhoudingen niet (langer) naar behoren functioneren, omdat zij, bijvoorbeeld, gebrouilleerd of vestoord zijn (vandaar dat ik hiervoor van 'in beginsel' sprak). Ziet de Ondernemingskamer daartoe in het

132 HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart, r.o. 3.3.2 (*Scheipar*). Omdat er twee kringen van belanghebbenden kunnen worden onderscheiden, namelijk (1) degenen die bij de uitkomst van de procedure een – te stellen en aan te tonen – eigen belang hebben dat bescherming verdient en (2) degenen die anderszins zo nauw betrokken zijn of zijn geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang ligt om in de procedure te verschijnen, spreekt men wel van de 'twee kringenleer'. *Vide* daarover Maeijers noot, onder 1, bij HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992/149, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 4.2 (*Stichting NIAC*); zijn noot, onder 1, bij de eerstgenoemde beschikking; de noot, onder 2, van Maeijer en de noot, onder 6-7, van Schiemann bij HR 10 november 2006, *NJ* 2007/45, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/6, m.nt. E. Schmieman, *Ondernemingsrecht* 2007/37, m.nt. G.J.C. Rensen (*Broex*); de conclusie, onder 3.6, van A-G Timmerman bij HR 8 juli 2016, *NJ* 2016/327 (*Stadig*).

133 Dat een aandeelhouder van de moedermaatschappij vindt dat er van alles mis is binnen het concern, wil nog niet zeggen dat het concern dat ook zo ziet. Voorts hoeven de door de verzoeker naar voren gebrachte bezwaren niet te zien op de relatie tussen de moeder- en haar dochtermaatschappij(en).

verzoekschrift aanwijzingen, dan kan zij een of meer onderhorige groepsmaatschappijen als belanghebbenden oproepen. Zij kunnen ook uit eigen beweging, indien zij zich daartoe geroepen voelen, de Ondernemingskamer vragen om als belanghebbenden te worden toegelaten tot de enquêteprocedure.

Zowel de gerekestreerde als de, al dan niet opgeroepen,[134] belanghebbende[135] mag op de voet van art. 282, eerste lid, Rv een verweerschrift indienen. Daarin mogen zij zich – en wat de laatstgenoemde betreft: ongeacht of deze zelf enquêtegerechtigd is – over alle aspecten van het (verzoek tot het bevelen van een) onderzoek bij het concern, zoals de toewijsbaarheid, en de aard en omvang ervan, waaronder begrepen de periode waarover deze zich moet uitstrekken, hun standpunt kenbaar maken,[136] alsmede mogen zij zich uitlaten over de eventuele verzochte onmiddellijke voorzieningen. Bovendien mogen hun respectieve verweerschriften een zelfstandig verzoek bevatten, mits dit verzoek betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek (*vide* art. 282, vierde lid, eerste volzin, Rv).

11.8 Wie zou de onderzoekskosten moeten betalen en daarvoor zekerheid moeten stellen (vraag 7)?

Spreken wij over 'onderzoekskosten', dan dient eerst te worden uitgelegd wat daaronder moet worden verstaan. Zij bestaan uit twee componenten.[137] De eerste – en (veruit) de grootste – betreft het uurtarief (keer de geschreven uren), althans honorarium, van de onderzoeker.[138] De tweede betreft de door de onderzoeker gemaakte onkosten, zoals reiskosten, print- en/of drukkosten, kosten in verband met eventuele bij de Ondernemingskamer ingediende verzoeken van of tegen de onderzoeker, men denke aan kostenverhogingsverzoeken of ontheffingsverzoeken,[139] en

134 Dat een belanghebbende niet is opgeroepen, doet niet af aan zijn bevoegdheid een verweerschrift in te dienen; *vide Kamerstukken II* 1963/64, 7753, 3, p. 7 (MvT).

135 Zoals eerder opgemerkt, zou de Ondernemingskamer niet bevoegd zijn om kennis te nemen van een concernenquêteverzoek indien en voor zover dat (materieel/feitelijk) betrekking heeft op groepsmaatschappijen die zetelen in andere lidstaten dan Nederland, hoewel zij dat naar mijn opvatting wel zou moeten zijn. Dit laat evenwel onverlet dat zulk een groepsmaatschappij zich vrijwillig kan melden als belanghebbende om zich uit te laten over het gedane verzoek.

136 *Cf.* HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/138, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.4 (*ATR Leasing*).

137 *Cf.* W.C.L. van der Grinten, 'De vergoeding van enquêteurs', *De NV* 1993, p. 175; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/777; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1688; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 814.

138 *Cf.* J.M. Blanco Fernández, M. Holtzer en G. van Solinge, *Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 78, Deventer: Kluwer 2004, p. 31. *Vide* ook S. Hepkema, 'De onderzoeker in het enquêterecht: beschermd of bevoogd?', *Ondernemingsrecht* 2012/135, p. 730. *Vide* voorts de aandachtspunten onder 5.1 en 5.4.

139 *Cf.* de kostenverhogingsbeschikking hof Amsterdam (OK) 21 juni 2013, *ARO* 2013/109, r.o. 2.6 (*Groene Energie Administratie*), waarin de Ondernemingskamer met betrekking tot het verzoek van

de kosten in verband met het ten behoeve van het onderzoek(sverslag) inschakelen van (met bepaalde deskundigheid bekleede) derden,[140] bijvoorbeeld een tolk, (beëdigd) vertaler, stenograaf of een (register)accountant. Tevens vallen onder onkosten de kosten in verband met een eventuele aansprakelijkstelling van de onderzoeker, zoals die ter zake van het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering of van juridische bijstand.[141] In beginsel vallen daar evenwel níét onder de kosten die de onderzoeker zou moeten maken indien hij in rechte wordt veroordeeld tot schadevergoeding.[142]

Alhoewel de moedermaatschappij (a) aan het hoofd van het te enquêteren concern staat en zij mitsdien als een (soort) vertegenwoordiger daarvan kan worden gezien en (b) relatief kapitaalkrachtig is of kan worden – (mede) gezien de mogelijkheid dat zij, binnen al dan niet zekere grenzen die het recht daaraan kan stellen, in haar hoedanigheid van (on)middellijk aandeelhouder van de onderhorige groepsmaatschappijen ertoe kan (laten) besluiten tot uitkering van de winst en/of vrije reserves –[143] en het daarom in de rede ligt dat zij voor de onderzoekskosten opdraait, is het mij, in beginsel, onverschillig welke groepsmaatschappij *in concreto* het onderzoek financiert (waar het geld vandaan komt), daar het concern als zodanig het subject, en object, van enquête is. Ik meen dan ook dat, in beginsel, alle groepsmaatschappijen van het te enquêteren concern hoofdelijk (ieder voor het geheel) gehouden zijn tot

---

de onderzoeker houdende Greenchoice, de gerekestreerde vennootschap, te veroordelen in de kosten van de procedure afwees, aangezien de met dit (kostenverhogings)verzoek gemoeide proceskosten 'zijn aan te merken als kosten van de onderzoeker in de uitoefening van zijn functie' en zij derhalve een proceskostenveroordeling niet op haar plaats achtte. *Cf.*, wat betreft de ontheffingsverzoeken, die zowel op initiatief van de onderzoeker zelf kunnen worden gedaan, maar ook door een andere (proces)partij, hof Amsterdam (OK) 21 juni 2012, *ARO* 2012/108, r.o. 3.13 (*Rofitec*); hof Amsterdam (OK) 1 juni 2015, *JOR* 2015/233, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Energie Concurrent*); hof Amsterdam (OK) 30 september 2016, *ARO* 2017/9 (*Intrasonics*).

140 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 3 november 2010, *ARO* 2010/168, r.o. 3.4 (*Inter Access*); hof Amsterdam (OK) 21 maart 2012, *ARO* 2012/46, r.o. 3.6 (*Chef Martin Menu Services Haaglanden*). Daarin overwoog de Ondernemingskamer, voor zover hier van belang, dat de onderzoeker zich, indien en voor zover hij zulks nuttig of nodig acht, door een derde, met specifieke deskundigheid, kan doen bijstaan in het kader van zijn taakvervulling.

141 *Cf.* art. 2:350, derde lid, vierde volzin, BW, waarin wordt gesproken van de 'redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer van de met het onderzoek belaste personen terzake [*sic*] de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege de uitvoering van het onderzoek of het verslag van de uitkomst van het onderzoek'. Tot de kosten van verweer behoren volgens de minister zijn eigen griffierechten en een eventuele proceskostenveroordeling; *vide Kamerstukken II* 2011/12, 32887, 6, p. 26 (NV). Naar Storm 2014a, *op. cit.*, p. 165 meent vallen daaronder ook de 'kosten van rechtsbijstand aan de onderzoeker ingeval de vennootschap deze niet, al dan niet via een verzekering, betaalt'. Volgens de minister maken de vorenbedoelde kosten van verweer deel uit van de onderzoekskosten; *vide Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 35-36 (MvT).

142 *Cf. Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 35 (MvT).

143 *Vide* ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/844; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/182.

betaling van de onderzoekskosten en dat zij ten genoegen van de onderzoeker voor die betaling vóór[144] de aanvang van diens werkzaamheden – en onvoorwaardelijk –[145] zekerheid dienen te stellen door het afgeven van een eersteklas bankgarantie of op een door de (te benoemen) onderzoeker te bepalen wijze.[146]

Het staat de onderzoeker vrij om aan de moedermaatschappij een – onvoorwaardelijk – voorschot ten behoeve van voorzienbare onkosten, zoals kosten voor het inschakelen van derden en reiskosten, te vragen; deze hoeft hij niet uit eigen zak te betalen.[147] Als zij daartoe overgaat, dient de zekerheidsstelling voor de onderzoekskosten met dat bedrag te worden verminderd.[148]

Nadat de onderzoeker zijn onderzoek heeft afgerond, stelt hij de (finale) declaratie van de (daadwerkelijk) gemaakte onderzoekskosten (minus eventuele voorschotten) op. In afwijking van art. 2:350, derde lid, derde volzin, BW behoeft de Ondernemingskamer naar mijn opvatting niet (uitdrukkelijk) de vergoeding van de onderzoeker te bepalen; hij kan – zoals ook een tijd lang staande praktijk was onder huidig recht, zij het *contra legem* – zich met zijn declaratie rechtstreeks wenden tot de financier(s) van de enquête of, ingeval diegene die niet (geheel) voldoet, tot de bank met het verzoek de afgegeven bankgarantie (gedeeltelijk) uit te betalen, waartoe deze vervolgens dient over te gaan.[149] Hiertoe is redengevend dat, de beschikkingspraktijk van de Ondernemingskamer te dezer zake overziende, er onder huidig recht

144 *Cf.* Geerts 2004, *op. cit.*, p. 222 (voetnoot 29); L.P. van den Blink, 'Enige ervaringen van een enquêteur', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 57; aandachtspunt 5.3; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 814.

145 *Cf.* de noot van Hermans, onder 16, bij hof Amsterdam (OK) 14 april 2011, *JOR* 2011/179, m.nt. R.M. Hermans, *Ondernemingsrecht* 2011/82, m.nt. P.M. Storm (*ASMI*).

146 *Cf.* Geerts 2004, *op. cit.*, p. 222. *Vide* ook Hepkema, *op. cit.*, p. 728-729; aandachtspunt 5.3. In geval van ettelijke groepsmaatschappijen zou het exorbitant zijn om hen alle tot zekerheidsstelling te verplichten. Afwijking van dit uitgangspunt is dan geïndiceerd.

147 *Cf.* Blanco Fernández, Holtzer en Van Solinge, *op. cit.*, p. 33. *Vide* ook Geerts 2004, *op. cit.*, p. 222; A.C. van Campen en B.A. Bendel, 'De kosten van het onderzoek: de kosten gaan voor de baten uit!', in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 82, Deventer: Kluwer 2005, p. 100; Hepkema, *op. cit.*, p. 729-730; aandachtspunt 5.3.

148 *Cf.* Blanco Fernández, Holtzer en Van Solinge, *op. cit.*, p. 33.

149 Hoewel op grond van art. 2:350, derde lid, derde volzin, BW de Ondernemingskamer de 'vergoeding' van de onderzoeker moet bepalen, bleef zij vóór het geven van hof Amsterdam (OK) 27 juli 2012, *ARO* 2012/122, r.o. 2.2 (*Leidsestraat Apotheek*) buiten de eindafrekening. *Vide* over de oude praktijk Geerts 2004, *op. cit.*, p. 223; Winters en Ploeger, *op. cit.*, p. 38; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/777; Hermans noot, onder 17, bij hof Amsterdam (OK) 14 april 2011, *JOR* 2011/179, m.nt. R.M. Hermans, *Ondernemingsrecht* 2011/82, m.nt. P.M. Storm (*ASMI*); Storms noot, onder 12, bij hof Amsterdam (OK) 14 april 2011, *JOR* 2011/179, m.nt. R.M. Hermans, *Ondernemingsrecht* 2011/82, m.nt. P.M. Storm (*ASMI*); Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1688; P.M. Storm, 'Aanpassing enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2013/41, p. 221.

vaak geen bezwaren tegen de declaratie van de onderzoeker worden aangevoerd en als er al bezwaren worden aangevoerd, deze, een enkele uitzondering daargelaten,[150] (toch) niet (hebben) kunnen verhinderen dat de Ondernemingskamer de vergoeding van de onderzoeker op het overeenkomstig zijn declaratie opgenomen eindbedrag bepaalde. Wel zou ik, naar het voorbeeld van art. 2:350, derde lid, voorlaatste volzin, laatste zinsnede, BW, de mogelijk willen openen dat mocht er (toch) een geschil over de hoogte van de onderzoekskosten komen, de Ondernemingskamer op het verzoek der meest gerede partij beslist,[151] waarbij zij die kosten (definitief) kan vaststellen en eventuele veroordelingen kan uitspreken.[152]

De onderzoeker wendde zich met zijn declaratie rechtstreeks tot de geënquêteerde vennootschap en de Ondernemingskamer kwam er alleen aan te pas wanneer er over de hoogte van de onderzoekskosten, daaronder begrepen de vergoeding van de onderzoeker, onenigheid bestond, in welk geval dat geschil uit hoofde van art. 2:350, derde lid, voorlaatste volzin, laatste zinsnede, BW aan haar kon – en kan – worden voorgelegd; *vide* Geerts 2004, *loc. cit.*. Met deze praktijk heeft de Ondernemingskamer echter gebroken in de vorenbedoelde beschikking, waarin zij overwoog dat '[d]e Ondernemingskamer zal -*anders dan tot nog toe gebruikelijk* [curs. RPJ] – overeenkomstig het bepaalde in artikel 2:350 lid 3 BW uitdrukkelijk de vergoeding van de onderzoeker bepalen.' *Vide* ook Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1031 (voetnoot 81); Hermans, Winters en Van der Schrieck, *op. cit.*, p. 47. Sindsdien bepaalt zij – ambtshalve en uitdrukkelijk – de vergoeding van de onderzoeker. *Vide* ook aandachtspunt 5.4 *Vide* bovendien Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1688-1689.

150 Mij is slechts bekend hof Amsterdam (OK) 10 april 2014, *ARO* 2014/109, r.o. 1.5 en 2.3-2.4 (*Interfisc*).

151 *Cf.* Van der Grinten, *op. cit.*, p. 176; Geerts 2004, *op. cit.*, p. 223. Als de vennootschap het met de hoogte van de (onderzoeks)kosten niet eens is, zal zij moeten aantonen dat deze 'onredelijk hoog' zijn; *vide* C.A. Boukema, *Geschillenregeling en het recht van enquête*, Deventer: Kluwer 1988, p. 175; Geerts 2004, *op. cit.*, p. 223. Zulks sluit hierbij aan dat de Ondernemingskamer onder huidig recht, het zij herhaald, beoordeelt of de vergoeding van de onderzoeker haar 'niet onredelijk' voorkomt.

152 *Cf.* Van der Grinten, *op. cit.*, p. 175-176: 'De kosten van het onderzoek betaalt de rechtspersoon, aldus de wet. Hier liggen vragen. Vooreerst de vraag of de bepaling van de vergoeding door de Ondernemingskamer een executoriale titel geeft jegens de rechtspersoon. Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. *Het bepalen van de vergoeding houdt niet in een veroordeling tot betaling*. Voorts bepaalt de wet niet dat de rechtspersoon gelegenheid moet worden gegeven zijn zienswijze over de vergoeding te geven. Merkwaardig is in dit verband de wettelijke bepaling dat in geval van geschil de Ondernemingskamer op verzoek van de meest gerede partij beslist. Ik ben geneigd deze bepaling aldus te verstaan, dat de bepaling van de vergoeding niet definitief is. De rechtspersoon kan weigeren de door de Ondernemingskamer bepaalde vergoeding te betalen, bijv. omdat hij meent dat de vergoeding onredelijk hoog is. Dit geschil kan worden onderworpen aan het oordeel van de Ondernemingskamer. In dit geschil zijn partij de onderzoeker en de rechtspersoon op wie het onderzoek betrekking heeft. Het onderwerp waarover de Ondernemingskamer moet beslissen, is de vergoeding van de onderzoeker. Ik zou willen aannemen dat *een aldus gegeven beslissing van de Ondernemingskamer wel kan worden geëxecuteerd*.' (curs. RPJ).

11.9 Wie zou een exemplaar van het (concept)onderzoeksverslag moeten ontvangen en daaruit – zonder OK-machtiging – mededelingen aan derden mogen doen (vraag 8)?

Het (gehele) conceptverslag, (dus) met inbegrip van alle bijlagen, waaronder de gespreksverslagen (woord voor woord),[153] legt de enquêteur aan het concernbestuur voor.[154] Indien een dochtermaatschappij als belanghebbende in het geding is verschenen vanwege, kort gezegd, verstoorde (disfunctionerende) concernverhoudingen, dan wordt dat verslag ook aan deze voorgelegd. Daarbuiten legt hij (een deel van) een exemplaar daarvan voor aan degenen voor wie dat naar zijn oordeel redelijkerwijs van belang zou kunnen zijn; men denke aan bepaalde houders van (certificaten van) aandelen, (geschorste of gewezen) bestuurders of commissarissen, en (voormalige) werknemers van een (andere) groepsmaatschappij alsook aan (functionarissen van) rechtspersonen die met de laatstgenoemde nauw verbonden zijn of waren.[155]

De onderzoeker stelt hen in de gelegenheid om binnen de door hem aangegeven redelijke termijn[156] over het conceptverslag opmerkingen te maken.[157] Daartoe laat

153 Bijvoorbeeld door het inschakelen van een stenograaf.

154 *Cf.* art. 2:279, tweede lid, eerste volzin, eerste zinsnede, BWC/BWS-M, waaruit volgt dat de onderzoeker het conceptverslag aan het bestuur en, zo aanwezig, de raad van commissarissen van de (onderzochte) rechtspersoon moet voorleggen.

155 *Vide* ook R.M. Hermans, 'Het onderzoek in de enquêteprocedure', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72, Deventer: Kluwer 2003, p. 163.

156 In gelijke zin H.J. Smit, 'Na 30 jaar enquêterechtspraak van de Ondernemingskamer', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 44; Hermans 2003, *op. cit.*, p. 170.

157 Met dit een en ander wijk ik af van het bepaalde in art. 2:351, vierde lid, tweede volzin, BW, uit hoofde waarvan de onderzoekers 'degenen die in het verslag worden genoemd', in de gelegenheid stellen om opmerkingen te maken ten aanzien van 'wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben'. In *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 38 (MvT) lezen wij daarover het volgende: 'Verwezen is naar «wezenlijke bevindingen» om duidelijk te maken dat de enkele omstandigheid dat de naam van een persoon wordt vermeld, niet altijd tot gevolg heeft dat het (ontwerp)verslag aan die persoon moet worden overgelegd. Dat houdt verband met de omstandigheid dat in de praktijk regelmatig namen worden genoemd in het verslag, terwijl dat voor de conclusies van de onderzoekers niet erg relevant is; in dat geval ontbreekt het risico op een defamerende werking. De onderzoekers behoeven ook niet het gehele verslag over te leggen; zij kunnen zich beperken tot de relevante passages.' *Vide* daarover ook M.W. Josephus Jitta, 'Het wetsvoorstel tot wijziging van het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2011/105, p. 533. *Vide* voorts *Kamerstukken II* 2011/12, 32887, 6, p. 30 (NV) en de kritische reactie daarop van Leijten en Nieuwe Weme, *op. cit.*, p. 154. *Vide* mede M.W. den Boogert, 'Positie van de onderzoeker in de enquêteprocedure', in: G. van Solinge, H.J. de Kluiver, M.W. Josephus Jitta e.a., *Geschillen in de vennootschap: voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 13 en zaterdag 14 november 2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, Deventer: Kluwer: 2010, p. 197, die over het hogerbedoelde 'genoemd' zijn opmerkte dat zulks uit de tekst zal blijken en niet bij naam behoeft te zijn geschied. *Vide* bovendien S.H. Verrips, 'Enquêterecht blijft

hij hen echter eerst, desnodig,[158] een geheimhoudingsverklaring ondertekenen, zodat zij – in ieder geval zolang het verslag nog niet is gefinaliseerd en gedeponeerd – uit (de inhoud van) dat verslag geen mededelingen aan derden mogen doen, dit ter waarborging van de vertrouwelijkheid (*sub rosa*) ervan.[159] Het staat het concernbestuur, of het bestuur van een andere groepsmaatschappij, zo dat (mede) een exemplaar van het conceptverslag heeft ontvangen, niettemin vrij om in het kader van de

mooi opstapje naar aansprakelijkheid', *Bb* 2012/40, p. 133-134, die de keuze van de wetgever om de onderzoekers niet te verplichten het gehele verslag te overlegen maar zich in stede daarvan kunnen beperken tot de relevante passages, geen juiste keuze vindt, omdat – naar kennelijk zal worden bedoeld – zonder de overige delen van het verslag die passages niet in de juiste context kunnen worden geplaatst. *Vide* tevens H.-J. de Kluiver, 'De rol en functie van onderzoekers en de positie van de (advocaat van de) onderzochte vennootschap in het enquêterecht', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102, Deventer: Kluwer: 2010, p. 246. *Vide* daarnaast Storm 2013, *op. cit.*, p. 220, volgens wie de formulering aangaande het maken van opmerkingen ten aanzien van het hogergenoemde 'veel ruimte voor interpretatie' laat. *Vide* over het daartoe in de gelegenheid stellen, in kritische zin, Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1045; Storm 2014a, *op. cit.*, p. 158. Het lijkt Leijten en Nieuwe Weme, *op. cit.*, p. 154 raadzaam dat de onderzoeker 'alle passages waarin de betrokkene voorkomt in conceptvorm voorlegt. Voor zover die passages niet wezenlijk of relevant zijn, zullen daarover ook geen opmerkingen gemaakt worden.' Aldus, wat het eerste deel van dit citaat betreft, ook Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 820.

158 Onder het sinds 1 januari 2013 van kracht zijnde art. 2:351, vierde lid, laatste volzin, BW is bepaald dat – op straffe van het bepaalde in art. 272, eerste lid, Sr – het eenieder verboden is om mededelingen uit de inhoud van het conceptverslag, of delen daarvan die hem ter voldoening aan het bepaalde in art. 2:351, vierde lid, tweede volzin, BW zijn voorgelegd, te doen. Maar hoe moet zulk een bepaling, en dit geldt niet alleen voor de huidige enquêteregeling maar ook, zelfs sterker, voor de concernenquêteregeling, worden gehandhaafd indien in het buitenland woonachtigen, zoals (functionarissen van) een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij of nauw verbonden rechtspersoon dan wel een in het buitenland wonende bestuurder van een alhier gevestigde rechtspersoon, uit de school klappen? Ter voorkoming daarvan lijkt het mij raadzaam dat de onderzoeker aldaar woonachtigen zekerheidshalve een geheimhoudingsverklaring laat ondertekenen.

159 *Vide* ook Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1737: 'In de praktijk tot 1 januari 2013 pleegt de onderzoeker overigens, indien hij de rechtspersoon en andere betrokkenen – delen van – het conceptverslag ter becommentariëring voorlegt, deze partijen eerst een geheimhoudingsverklaring te laten ondertekenen. Dat valt op zichzelf in beginsel te billijken, nu de eerste procedure en daarmee het onderzoek niet is afgerond zolang het verslag niet ter griffie van de OK is nedergelegd als bedoeld in art. 2:353 lid 1 BW. (…) Onder die omstandigheid zal – mede gelet op art. 2:351 lid 3 jo. 2:353 lid 2-3 BW (…) – zowel de onderzoeker als de rechtspersoon er normaliter een gerechtvaardigd belang bij hebben te waarborgen, dat de tekst van het concept-verslag niet openbaar wordt gemaakt.' *Vide* voorts hof Amsterdam (OK) 8 juni 2010, *ARO* 2010/95, r.o. 2.3 (*CRV*); hof Amsterdam (OK) 8 juni 2010, *ARO* 2010/96, r.o. 2.2 (*CRV*); hof Amsterdam (OK) 25 augustus 2010, *JOR* 2010/340, m.nt. M. Brink, r.o. 2.2 (*Fortis*); hof Amsterdam (OK) 20 december 2012, *ARO* 2013/13, r.o. 2.2 (*Leidsestraat Apotheek*); hof Amsterdam (OK) 16 januari 2014, *ARO* 2014/44, r.o. 2.5 (*Pierson & Pierson*). In deze beschikkingen overwoog de (voorzitter van de) Ondernemingskamer dat uit het samenstel van art. 2:353, tweede en derde lid, BW en uit de aard en strekking van het enquêterecht voortvloeit dat het verslag 'in beginsel vertrouwelijk van aard is'. (In de laatstgenoemde beschikking sprak de voorzitter van de Ondernemingskamer van het samenstel van 'deze bepalingen' maar noemde hij slechts art. 2:353, derde lid, BW.) Deze vertrouwelijkheid dient de belangen van de rechtspersoon, die daar zelf dan ook niet aan gebonden is; *vide* hof Amsterdam (OK) 6 november

controle van de juistheid en de volledigheid van de in het conceptverslag opgenomen bevindingen met concernfunctionarissen in overleg te treden, indien en voor zover het daartoe aanleiding ziet. Het delen van informatie daaruit aan anderen, behoudens de advocaat, is niet toegestaan. Het conceptverslag wordt door de betrokkenen ondertekend en aan de onderzoeker geretourneerd, indien en voor zover nodig met (zo concreet mogelijk geformuleerd) commentaar.

Het staat ter discretie van de onderzoeker om te bepalen of en, zo ja, in hoeverre hij de eventuele door hen gemaakte opmerkingen overneemt en het (eind)verslag dienovereenkomstig aanpast, met dien verstande dat als de onderzoeker een of meer van die opmerkingen níét verwerkt, hij, in al dan niet verkorte vorm, motiveert waaróm hij ze niet volgt.[160] Behoudens voor zover de betrokkenen géén opmerkingen hebben gemaakt, waarvan de onderzoeker in zijn verslag dan melding maakt, verwerkt de onderzoeker, indien en voor zover hij daartoe aanleiding ziet, de gemaakte opmerkingen in het verslag. Indien en voor zover hij die opmerkingen niet volgt, geeft de onderzoeker – op zichtbare wijze en onder vermelding van de redengeving daartoe – aan welke opmerkingen niet zijn overgenomen, een en ander bij voorkeur in de van opmerkingen voorziene conceptverslagen als door de betrokkenen aan de onderzoeker zijn geretourneerd.

De conceptverslagen waarin de betrokkenen opmerkingen hebben gemaakt, en waarin, indien en voor zover die opmerkingen niet zijn verwerkt, de onderzoeker de zichtbaar gemaakte niet-gevolgde opmerkingen heeft voorzien van een (verkorte) motivering, hecht hij aan het gefinaliseerde verslag.[161]

2013, *ARO* 2014/15, r.o. 2.4 en 2.5 (*Ageas*); hof Amsterdam (OK) 19 februari 2014, *JOR* 2014/128, m.nt. P.D. Olden, r.o. 2.5 (*Groene Energie Administratie*); hof Amsterdam (OK) 31 maart 2015, *ARO* 2015/125 (*TICA*); hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2015, *ARO* 2015/230, r.o. 2.2 (*STN*); hof Amsterdam (OK) 20 september 2016, *ARO* 2016/144, r.o. 2.3 (*Energie Concurrent*).

160 Evenzo Hermans 2003, *op. cit.*, p. 162-163. *Cf.* art. 2:279, tweede lid, laatste volzin, BWC/BWS-M, waarin staat dat 'zoveel mogelijk' gemotiveerd wordt 'waarom concrete suggesties tot aanpassing niet zijn overgenomen, indien daarvan sprake is'. Voor het opnemen van een gelijke bepaling (incl. de eerste volzin) in de Nederlands wet is gepleit door Verrips, *op. cit.*, p. 134. De minister van Veiligheid en Justitie is van mening dat de onderzoekers niet gehouden zijn tot het overnemen van eventuele door betrokkenen gemaakte opmerkingen en het dienovereenkomstig aanpassen van het verslag; *vide Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 38 (MvT). *Vide* ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/785. Een motiveringsplicht te dier zake legt hij de onderzoeker evenwel niet op. *Vide* ook *Kamerstukken II* 2011/12, 32887, 6, p. 30 (NV). *Vide* voorts Blanco Fernández, Holtzer en Van Solinge, *op. cit.*, p. 42: 'De onderzoeker behoeft de opmerkingen van partijen niet te volgen. Naar onze mening behoort hij evenwel in het verslag verantwoording af te leggen over zijn beleid ten aanzien van die opmerkingen. Hij kan bijvoorbeeld in het verslag vermelden: dat partijen geen opmerkingen hebben gemaakt; dat bepaalde suggesties niet zijn opgevolgd (…); (…).' Ook Smit, *op. cit.*, p. 44 stelt zich op het standpunt dat de onderzoeker in zijn eindverslag verantwoording moet afleggen met betrekking tot de wijze waarop met het commentaar rekening is gehouden.

161 Aldus blijkt dat toepassing is gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor. *Vide* ook art. 2:353, eerste lid, laatste volzin, BW, waarin is bepaald dat uit het verslag moet blijken 'of' – naar de wetgever kennelijk bedoelt: 'dat' (evenzo Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 820) – aan

Deze (twee soorten) verslagen, de bijlagen incluis, worden geschreven of vertaald in het Nederlands dan wel het Engels.[162] De Nederlandse taal ligt voor de hand als het gaat om een zuiver Nederlands concern. Gaat het daarentegen om een internationaal concern, dan laten zich twee opties denken. De eerste optie betreft de situatie waarin de moedermaatschappij hier te lande statutair is gevestigd en het zwaartepunt van het onderzoek ook alhier ligt. Alsdan is de Nederlandse taal geïndiceerd. De uitkomst van het onderzoek in den vreemde dient daarin geschreven of vertaald te worden. De tweede optie betreft de situatie waarin er eveneens sprake is van een moedermaatschappij te onzent, maar het zwaartepunt van het onderzoek in den vreemde ligt. Alsdan zou, afhankelijk van tijd en kosten, geopteerd kunnen worden voor ofwel het vertalen van de bevindingen over de grens in het Nederlands, ofwel het schrijven van het gehele (concept)verslag in het Engels, hetwelk geïndiceerd is indien het concernbestuur ten dele is samengesteld uit personen die de Nederlandse taal niet machtig zijn.

Het (eind)verslag, de bijlagen incluis,[163] wordt door de onderzoeker(s) ondertekend[164] (*cf.* art. 198, vierde lid, derde t/m vijfde volzin, Rv). Vervolgens doet hij het toekomen aan (de griffie van) de Ondernemingskamer. De griffier deponeert (legt neer)[165] het verslag te haren griffie. Daarvan is sprake zodra dat verslag is afgestempeld door middel van een datumstempel van de griffie,[166] waartoe de griffier naar ik

het bepaalde in art. 2:351, vierde lid, tweede volzin, BW, houdende dat de onderzoekers degenen die in het verslag worden genoemd, in de gelegenheid stellen om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op diegenen zelf betrekking hebben, is voldaan. *Vide* voorts *Kamerstukken II* 2011/12, 32887, 6, p. 29-30 (NV).

162 Volgens Blanco Fernández, Holtzer en Van Solinge, *op. cit.*, p. 8 wordt, tenzij de Ondernemingskamer anders bepaalt, het verslag in de Nederlandse taal geschreven. Voor de huidige enquêteregeling lijkt mij dat een juist uitgangspunt, hoewel ook zonder een expliciete aanwijzing van de Ondernemingskamer het gieten van de uitkomst van een concerngenotenenquête in de Engelse taal ingeval het bestuur van de Nederlandse moedermaatschappij internationaal is samengesteld, mij niet bezwaarlijk lijkt.

163 De bijlagen maken, vanzelfsprekend, deel uit van het verslag. Waar ik spreek van het 'verslag', is dat dus met inbegrip van de bijlagen. *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 25 augustus 2010, *JOR* 2010/340, m.nt. M. Brink, r.o. 2.2 (*Fortis*), waarin de Ondernemingskamer overwoog dat onder 'het verslag' als bedoeld in art. 2:353 *et seq.* BW 'mede de bij het verslag horende bijlagen worden verstaan', en hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, *ARO* 2014/15, r.o. 2.3 (*Ageas*), waarin de voorzitter van de Ondernemingskamer vooropstelde dat de bijlagen 'onderdeel uitmaken van het onderzoeksverslag' en voorts overwoog dat dat verslag derhalve 'uit het door onderzoekers geschreven deel en de bijlagen' bestaat.

164 Aldus ook Blanco Fernández, Holtzer en Van Solinge, *op. cit.*, p. 8; aandachtspunt 4.6.

165 De Van Dale ziet daartussen geen verschil. Ook de Ondernemingskamer ziet 'deponeren' en 'neerleggen' kennelijk als synoniemen van elkaar; *vide* hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2015, *ARO* 2015/222, r.o. 1.8 *iuncto* 2.4 (*Leaderland*); hof Amsterdam (OK) 5 april 2016, *ARO* 2016/97, r.o. 1.8 (*De Jong*) *iuncto* hof Amsterdam (OK) 5 april 2016, *ARO* 2016/98, r.o. 2.6 (*De Jong*). *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 12 november 1998, *NJ* 1999/374, r.o. 4.4 (*Uni-Invest*).

166 *Cf.* ter zake van Belgisch recht M. Castermans, *Gerechtelijk privaatrecht: algemene beginselen, bevoegdheid en burgerlijke rechtspleging*, Gent: Academia Press 2004, p. 241: 'Dit bewijs van neerlegging is de afstempeling van de conclusie middels een datumstempel van de griffie.'

meen ten spoedigste na de indiening van het verslag moet overgaan. Voor de neerlegging van het verslag is dus een handeling van de griffier nodig.[167] De evengenoemde datum markeert dan het einde van het onderzoek.[168] Op de kortst mogelijke termijn doet de griffier een afschrift van het verslag toekomen aan in ieder geval (de advocaat van) de verzoeker tot enquête en (de advocaat van) de geënquêteerde (het verslag kan worden gericht aan het concernbestuur, en wel ter locatie van de statutaire zetel van de moedermaatschappij).[169]

Deze laatste mag daaruit – zonder dat vooraf een machtiging van de voorzitter van de Ondernemingskamer nodig is (*cf.* art. 2:353, derde lid, eerste volzin, BW) – mededelingen, al dan niet *sub rosa*, aan derden doen. Het is, althans in beginsel, aan het concernbestuur om te bepalen of en, zo ja, in hoeverre (a) het verslag met de uitkomst van het onderzoek intern (lees: binnen de concernorganisatie) wordt verspreid en (b) andere in het concern werkzame functionarissen dan de leden van het concernbestuur daaruit mededelingen aan derden mogen doen. Anderen mogen dat – op straffe van het bepaalde in art. 272, eerste lid, Sr – niet, behoudens in het geval dat (1) de voorzitter van de Ondernemingskamer hen daartoe desverzocht heeft gemachtigd of (2) dat verslag voor eenieder ter inzage ligt, hetgeen de Ondernemingskamer kan bepalen ingeval de aandelen in het geplaatste kapitaal van de moedermaatschappij ter beurze zijn genoteerd.[170]

---

167 *Vide* bijvoorbeeld hof Amsterdam (OK) 27 november 2012, *ARO* 2013/1, r.o. 1.7 (*De Orthopedische Schoenmakerij*); hof Amsterdam (OK) 25 juni 2014, *ARO* 2014/131, r.o. 1.6 (*Next Level Systems*); hof Amsterdam (OK) 28 april 2015, *ARO* 2015/127, r.o. 1.10 en 2.2 (*Leaderland*). *Vide* ook Geerts 2004, *op. cit.,* p. 185 en 219 (voetnoot 24); Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1724 (voetnoot 243). B. Winters, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:353 BW, aant. C.3 vraagt zich af of de handelwijze van de Ondernemingskamer, houdende dat de griffier het verslag ter griffie neerlegt, juist is en of de datum van indiening van het verslag ter griffie (door de onderzoekers) niet moet gelden als de datum van neerlegging. *Vide* ook, in kritische zin, Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/788 en 793.

168 *Vide* ter illustratie hof Amsterdam (OK) 25 juni 2014, *ARO* 2014/131 (*Next Level Systems*) *iuncto* hof Amsterdam (OK) 24 juli 2014, *ARO* 2014/132 (*Next Level Systems*). In die zaak had de onderzoeker bij brief van 19 juni 2014 zijn verslag aan de Ondernemingskamer doen toekomen en bij e-mail van 24 juni 2014 had hij verzocht om een kostenverhoging. Een dag later, op 25 juni 2014, had de griffier het verslag ter griffie van de Ondernemingskamer neergelegd. Tegen het kostenverhogingsverzoek werd bezwaar gemaakt, omdat het tardief zou zijn. De Ondernemingskamer verwierp dat. Naar haar oordeel dient dat verzoek 'weliswaar hangende het onderzoek te worden gedaan (…), maar het onderzoek neemt pas een einde met nederlegging van het verslag ter griffie. Nu de onderzoeker het verzoek heeft ingediend voorafgaand aan die nederlegging, is het tijdig ingediend'.

169 *Vide* ook art. 2:353, tweede lid, eerste en tweede volzin, BW. *Vide* tevens aandachtspunt 4.7, laatste volzin, waarin staat dat de Ondernemingskamer in veel gevallen ook een exemplaar van het verslag aan de in de procedure verschenen belanghebbenden stuurt.

170 *Cf.* Leijten en Nieuwe Weme, *op. cit.*, p. 154; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 821.

11.10 Ten aanzien van wie zou (de verantwoordelijkheid voor) wanbeleid moeten kunnen worden vastgesteld (vraag 9)?

Nadat het verslag met de uitkomsten van het onderzoek ter griffie van de Ondernemingskamer is gedeponeerd, kan (in ieder geval) de oorspronkelijke verzoeker tot enquête, ongeacht het antwoord op de vraag of er thans nog sprake is van een substantieel (aandelen)belang,[171] bij de Ondernemingskamer een tweede fase-verzoek indienen.

Naar huidig recht moet zulks – op straffe van niet-ontvankelijkheid – worden gedaan binnen twee maanden na nederlegging van het verslag op een wijze als hierboven bedoeld (*vide* art. 2:355, tweede lid, BW).[172] Dit betreft een fatale termijn;[173] hij is niet verlengbaar en na het verstrijken ervan gaat de bevoegdheid tot het entameren van een tweede fase-procedure verloren en kan zij nimmer herleven.

Afgevraagd kan echter worden of die termijn in sommige situaties, men denke hieraan dat het onderzoeksverslag zeer complex of omvangrijk[174] is, hetwelk onder

171 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 2 februari 2017, *ARO* 2017/78, r.o. 5.2 (*Nieuwendijk Monumenten*): 'Uit artikel 2:355 lid 1 BW volgt dat een oorspronkelijke verzoeker in de eerste fase van de enquêteprocedure zijn bevoegdheid behoudt om een tweede fase verzoek te doen tot het vaststellen van wanbeleid, *ook indien deze verzoeker ten tijde van het indienen van dit verzoek niet langer aan de eisen voldoet om een onderzoek te kunnen vragen* [curs. RPJ].' Terecht, want de tweede fase ligt in het verlengde van de eerste fase (eerste bouwt voort op laatste).

172 *Vide* in dit verband hof Amsterdam (OK) 28 september 1989, *De NV* 1989, p. 265 (*Vrijthof*). De in art. 2:355, tweede lid, BW genoemde termijn vangt aan op de dag na nederlegging van het verslag; *vide* hof Amsterdam (OK) 23 april 1998, *JOR* 1998/92, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *TVVS* 1998/134, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.1 (*Village Scaldia*). Die termijn geldt evenwel niet voor het eventuele in het verweerschrift opgenomen zelfstandige verzoek (*vide* art. 282, vierde lid, Rv) dat wordt gedaan nadat daarbinnen een verzoek als bedoeld in art. 2:355, eerste lid, BW is gedaan; *vide* hof Amsterdam (OK) 22 maart 2005, *ARO* 2005/67, r.o. 3.12 (*Van Doorn*).

173 Aldus ook Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 828. Dat het een ijzeren termijn betreft, blijkt ook uit hof Amsterdam (OK) 24 maart 2017, *ARO* 2017/98 (*Inter-Burgo*), waarin de verzoeker niet-ontvankelijk werd verklaard onder de volgende redengeving (r.o. 2.2): 'Vast staat [*sic*] – Kwon heeft dat ook niet betwist – dat het verzoekschrift na ommekomst van de in artikel 2:355 lid 2 BW genoemde termijn ter griffie van de Ondernemingskamer is ingekomen. Zulks brengt mee, nu de Ondernemingskamer die termijn ambtshalve moet bewaken, dat Kwon niet ontvankelijk dient te worden verklaard. Daaraan doet niet af dat de te late indiening het gevolg is geweest van aan de advocaat van Kwon toe te rekenen omstandigheden, nu deze voor rekening en risico van Kwon komen. Daaraan doet evenmin af dat Inter-Burgo en Kwon door overschrijding van de termijn mogelijk geen nadeel ondervinden. Mogelijke ernstige gevolgen voor Inter-Burgo en haar werknemers leiden niet tot een ander oordeel.'

174 Twee voorbeelden van zeer omvangrijke onderzoeksverslagen zijn de verslagen inzake *Meavita* (796 pagina's, excl. bijlagen) en *Fortis* (582 pagina's, excl. bijlagen). Deze verslagen kan men, beide, raadplegen op www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie-en-rechtsgebieden/Ondernemingskamer/Paginas/Onderzoeken.aspx.

wenselijk recht, waaronder de mogelijkheid wordt geopend grote internationale concerns te onderzoeken, denkelijk niet hoogst zelden zal zijn, en de enquêteverzoeker niet reeds (delen van) het conceptverslag heeft kunnen inzien (*cf.* art. 2:351, vierde lid, tweede volzin, BW), niet (wat) aan de korte kant zou kunnen zijn om een doorwrocht tweede fase-verzoekschrift op te kunnen stellen. Daarom zou ik willen opteren voor een (wettelijke) drie maanden-termijn,[175] dan wel de termijnbepaling ter discretie van de Ondernemingskamer willen laten. Binnen die termijn kan de verzoeker de Ondernemingskamer verzoeken vast te stellen dat sprake is geweest van wanbeleid van het concern als zodanig.[176]

De tweede fase-verzoeker moet, mede gezien het verdedigingsbeginsel, stellen dat, en motiveren op welke onderdelen en waarom, zulks primair aan de hand van de feiten en omstandigheden als opgenomen in het verslag, er sprake is (geweest) van wanbeleid van het geënquêteerde concern,[177] waartoe het in de eerste plaats op zijn weg ligt om, indien en voor zover hij dat nodig acht, de feitelijke bevindingen van de onderzoeker van (juridisch-)normatief reliëf te voorzien.

Het is vervolgens aan de Ondernemingskamer om in dat licht, alsmede gelet op (i) het daartegen gerichte (van motivatie voorziene) verweer van het concern en/of van een of meer (andere) belanghebbenden, indien en voor zover er verweer is gevoerd en (ii) alle omstandigheden van het geval,[178] zoals de economische omstandigheden waaronder en de markten en landen waarin het concern opereert, de grootte van het concern, de (bedrijfs)activiteiten van het concern, het doel van het

175 *Cf.* art. 2:359c-d, derde lid, BW; art. 339, eerste lid, Rv; art. 358, tweede lid, Rv; art. 383, eerste lid, Rv; art. 402, eerste lid, Rv; art. 426, eerste lid, Rv. In deze artikelen wordt eveneens een drie maanden-termijn gehanteerd. Ten aanzien van een verzoek als bedoeld in art. 2:447 BW geldt daarentegen een andere termijn, namelijk hetzij twee maanden, hetzij negen maanden; *vide* art. 2:449, eerste en tweede lid, BW.

176 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14, r.o. 3.3 (*Fuhler*). *Vide* ook Jager 2014, *op. cit.*, p. 153-154 en het door mij aangehaalde. Anders dan het overzeese art. 2:282, eerste en derde lid, BWC/BWS-M, dat voorziet in (a) het doen van een verzoek tot het vaststellen van wanbeleid én (b) een verzoek tot het treffen van een of meer van de in art. 2:283 BWC/BWS-M genoemde voorzieningen, voorziet het hier te lande vigerende art. 2:355, eerste lid, BW – naar de letter – slechts in een verzoek tot het treffen van een of meer voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW. Niettemin heeft de Ondernemingskamer in haar *Fuhler*-beschikking – onder verwijzing naar HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Ogem*) – uitgemaakt dat op de voet van art. 2:355, eerste lid, BW ook een verzoek tot het (louter) vaststellen van wanbeleid kan worden gedaan (een zogenoemde declaratoire uitspraak). Dit artikel heeft dus eveneens een duaal karakter.

177 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *JOR* 2013/41, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2012/71, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 6.7 (*Fortis*); de conclusie, onder 3.18 en 3.20, van A-G Timmerman bij HR 8 april 2005, *NJ* 2006/443, m.nt. G. van Solinge, *JOR* 2005/119, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2005/98, m.nt. P.G.F.A Geerts (*Laurus*); de noot, onder 4, van Van Solinge bij de evengenoemde HR-beschikking.

178 *Cf.* Assink 2007, *op. cit.*, p. 404, 443, 449, 656-658; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1755 en 1768.

concern en de aard van het concern,[179] te beoordelen of bepaalde (vastgestelde) feiten op zichzelf dan wel in onderling verband en samenhang beschouwd wijzen op een tekortschietend beleid[180] of een ondermaatse gang van zaken[181] en, zo ja, of zulks dermate ernstig is dat tot wanbeleid geconcludeerd[182] moet worden,[183] dat, in de woorden van Croiset van Uchelen, 'het gegaan is zoals de onderzoekers hebben gerapporteerd, en die feiten van de kwalificatie voorziet dat het allemaal "heel erg" is geweest'.[184]

Wanbeleid is naar mijn opvatting een containerbegrip in de zin dat de Ondernemingskamer daar in ieder afzonderlijk geval zelf nader invulling aan kan geven door het in te kleuren[185] met (1) handelen, daaronder begrepen gedragingen, en/of nalaten van (leden van) organen van groepsmaatschappijen – dan wel (rechts-) personen[186] die het beleid van hen feitelijk (mede) hebben bepaald – welk handelen of nalaten over de band van de groepsmaatschappijen moet worden toegerekend aan het concern,[187] dat heeft geleid tot (a) een of meer schendingen van (bestaande[188]), in het binnen- en/of buitenland vigerende (afhankelijk van de vraag of het concern ook groepsmaatschappijen in het buitenland heeft en, zo ja, of deze ook onderzocht zijn), (on)geschreven rechtsnormen uit niet alleen het civiele recht, waaronder, maar (dus) niet beperkt tot, het ondernemingsrecht, maar ook het strafrecht, het bestuursrecht en/of het Europese recht,[189] (b) een of meer schendingen van statutaire bepalingen en/of (2) ander, dus buiten schending van het genoemde onder (1a) en/of (1b) vallend,[190] handelen en/of nalaten van (leden van) organen van groepsmaatschappijen

179 *Cf.* A.F.M. Dorresteijn, 'Het onderzoek bij Gucci en de kern van het enquêterecht', *WPNR* 2001/6452, p. 649. *Vide* ook Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1766 (voetnoot 297).

180 Het begrip 'beleid' moet ruim worden uitgelegd. Ik verwijs naar hetgeen ik schreef over de gegronde redenen-norm.

181 Het begrip 'gang van zaken' moet ruim worden uitgelegd. Ik verwijs naar hetgeen ik schreef over de gegronde redenen-norm.

182 *Cf.* Assink 2007, *op. cit.*, p. 449 e.v. en 656-658; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1762-1763.

183 *Cf.* Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1765.

184 A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Onmiddellijke voorzieningen; in of uit de schaduw van wanbeleid?', in: *Geschillen in de vennootschap. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 13 en zaterdag 14 november 2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, Deventer: Kluwer 2010, p. 217.

185 *Cf.* de conclusie, onder 3.22, van A-G Timmerman bij HR 6 december 2013, *NJ* 2014/167, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/65, m.nt. M. Holtzer, *Ondernemingsrecht* 2014/40, m.nt. S.M. Bartman (*Fortis*).

186 *Cf.* Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1757.

187 *Cf.* HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 7.4 (*Ogem*). *Vide* ook Assink 2007, *op. cit.*, p. 393-394.

188 *Cf.* Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1768.

189 *Cf.* Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1767.

190 *Cf.* Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1755.

dan wel (rechts)personen die het beleid feitelijk (mede) hebben bepaald. In deze elasticiteit[191] schuilt zijn kracht; wanbeleid kan zich immers in vele gedaantes, groottes en situaties voordoen.[192]

Voortbouwende op het wanbeleidverzoek kunnen tweede fase-verzoekers de Ondernemingskamer verzoeken vast te stellen wie binnen het geënquêteerde concern verantwoordelijk is voor het gewraakte beleid, nu zij 'in vaststelling van verantwoordelijkheid, en in het openlijk aan de kaak stellen van de verantwoordelijken, toch een zekere mate van genoegdoening kunnen zien'.[193]

Nu het concern als zodanig over rechtssubjectiviteit beschikt, is het ook verantwoordelijk voor zijn eigen wanbeleid, zo dat wordt vastgesteld. Die verantwoordelijkheid behoeft daarom niet apart te worden vastgesteld. Daarnaast heeft te gelden dat binnen het concern de moedermaatschappij (lees: het concernbestuur), althans in beginsel, eindverantwoordelijk is voor het beleid en de gang van zaken van het concern, aangezien zij als hoofd van het concern (1) het kader creëert waarbinnen de onderhorige groepsmaatschappijen dienen te opereren, (2a) (on-) middellijk leiding dient te geven aan en toezicht moet houden op de onderhorige groepsmaatschappij en (2b) tijdig bij moet sturen en in moet grijpen indien en voor zover dat nodig is. Ook die verantwoordelijkheid behoeft daarom niet apart te worden vastgesteld.

Wel zou de individuele verantwoordelijkheid van m.n. leden van het concernbestuur kunnen worden vastgesteld. Bovendien zou, onder omstandigheden, de (individuele) verantwoordelijkheid van ((leden van) organen van) andere groepsmaatschappijen kunnen worden vastgesteld, indien en voor zover het verslag daartoe voldoende aanknopingspunten bevat.

191 *Cf.* Assink 2007, *op. cit.*, p. 410.

192 *Cf.* Assink 2007, *op. cit.*, p. 412 *et seq.* en 444; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 1766-1767; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 1066 en 1068-1071; Storm 2018, *op. cit.*, p. 353 en 356 *et seq.*

193 Ontleend aan A-G Mok; *vide* zijn conclusie, onder 3.4, bij HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Ogem*). *Vide* ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 25 (MvT), waarin de minister van Veiligheid en Justitie opmerkte dat het wanbeleidoordeel voor de geënquêteerde rechtspersoon en zijn bestuurders of commissarissen diffamerend kan werken. Op dat spoor zit ook G.J.H. van der Sangen, 'Het enquêterecht als bron van nieuw ondernemingsrecht? (deel II). Beschouwingen over de uitdijende reikwijdte van het enquêterecht', *TvOB* 2004/2, p. 89.

11.11 Bij wie zouden (eind)voorzieningen moeten kunnen worden getroffen (vraag 10)?

In aansluiting op de wanbeleidvaststelling kan de Ondernemingskamer eveneens desverzocht een of meer (eind)voorzieningen treffen. Overeenkomstig het thans vigerende systeem kunnen er alleen voorzieningen worden getroffen bij vennootschappen die voorwerp van onderzoek waren, en ten aanzien waarvan (uit het verslag) is gebleken van wanbeleid. Omspande de gelaste concerngenotenenquête bepaalde groepsmaatschappijen niet, omdat er, bijvoorbeeld, gegronde redenen ontbraken om aan de juistheid van hun beleid of gang van zaken te twijfelen, dan kunnen er bijgevolg bij hen géén voorzieningen worden getroffen.

Een andere benadering dient naar mijn mening te worden gevolgd in geval van een concernenquête. Als de Ondernemingskamer tot het oordeel komt dat het concern wanbeleid kan worden aangewreven, dan zou zij – naar wenselijk recht – (in theorie) desverzocht bij álle groepsmaatschappijen rechtstreeks moeten kunnen ingrijpen door middel van het treffen van een of meer voorzieningen, indien en voor zover zij zulks (nog) nodig acht in verband met het (zoveel als mogelijk is) beëindigen van het gebleken wanbeleid. Voor zover de haalbaarheid daarvan wordt beperkt door de bevoegdheidsregeling van de EEX-Verordening II, dient de Ondernemingskamer zich te onthouden van dat ingrijpen in geval van een op het grondgebied van een andere lidstaat dan Nederland woonachtige groepsmaatschappij.

Als sprake is van een internationaal (geënquêteerd) concern, dan kunnen wegens het ontbreken van handhavingsjurisdictie de bij buitenlandse concerndelen getroffen maatregelen niet rechtstreeks worden geëffectueerd. Alsdan zou de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door (het treffen van) maatregelen van reorganisatorische aard (het cureren) moeten plaatsvinden over de band (dus: indirect) van de alhier te lande statutair residerende moedermaatschappij of van een onder haar ressorterende (andere) Nederlandse groepsmaatschappij. De Ondernemingskamer zou bij zulk een vennootschap een tijdelijk bestuurder (*cf.* art. 2:356, aanhef en onderdeel c, BW), desnodig onder gelijktijdige schorsing van een of meer andere bestuurders ervan (*cf.* art. 2:356, aanhef en onderdeel b, BW) dan wel met het statutair aankleden van hem met bepaalde door de wet toegelaten bevoegdheden (*cf.* art. 2:356, aanhef en onderdeel d, BW),[194] kunnen benoemen. Dat de Ondernemingskamer ten aanzien van in andere lidstaten woonplaats hebbende groepsmaatschappijen onder de EEX-Verordening II geen rechtsmacht heeft, staat, naar het mij voorkomt, niet, althans niet zonder meer, aan het voorgaande in de weg, nu de voorziening bij een Nederlandse vennootschap wordt getroffen. Hieraan doet niet af als die grensoverschrijdende gevolgen zou kunnen hebben.

194 *Cf.* HR 1 maart 2002, *NJ* 2002/296, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2002/79, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2002/29, m.nt. L. Timmerman, r.o. 3.9 (*Zwagerman*) en Timmermans noot erbij.

Als de Nederlandse groepsmaatschappij *de iure* (enig) bestuurder is van de buitenlandse groepsmaatschappij, dan brengt zulks mee dat de OK-bestuurder daarvan *de facto* (enig) bestuurder is.[195] Hij kan dan ten aanzien van (mede) de laatstbedoelde groepsmaatschappij (mede) alle vennootschapsrechtelijke bevoegdheden uitoefenen die hem op grond van het nationale recht toekomen.[196] Daarmee zou een einde aan het wanbeleid kunnen worden gemaakt, althans zou getracht kunnen worden het einde daarvan (in wezenlijke mate) naderbij te brengen.

(Lang) niet altijd zal het zo eenvoudig zijn; men denke aan de situatie waarin er slechts een gedeeltelijke personele unie is of dat die geheel ontbreekt. In dat geval ligt het voor de hand dat de OK-bestuurder, hetzij als feitelijk medebestuurder van een buitenlandse groepsmaatschappij, hetzij als lid van het – met centrale leiding belaste – concernbestuur, eerst tracht om in nauwe samenspraak met de (mede) bestuurder(s) van de buitenlandse groepsmaatschappij het door de Ondernemingskamer geconstateerde wanbeleid te (laten) beëindigen. Lukt dat niet, omdat hij, bijvoorbeeld, op verzet stuit binnen het bestuur ervan, dan kan hij ertoe besluiten over te gaan tot uitoefening van beslissende zeggenschap over die vennootschap, zoals (dreigen met) schorsing of ontslag. Tevens zou hij, wat minder draconisch, namens de overheersende groepsmaatschappij, in haar hoedanigheid van (meerderheids)aandeelhouder daarvan, eerst tot uitoefening van instructiemacht of -recht kunnen overgaan. Naast juridische maatregelen kan men ook denken aan organisatorische maatregelen of financiële maatregelen.

11.12 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk zijn tien vragen behandeld. Hieronder volgen, op kernachtige wijze, de antwoorden daarop:

(i) Bij een concern als zodanig zou een enquête moeten kunnen worden uitgelokt.
(ii) De al dan niet alhier woonachtige (rechts)personen die alleen of gezamenlijk een substantieel belang in het uitstaande aandelenkapitaal van een groepsmaatschappij van het te enquêteren concern hebben dan wel daaraan gelijk te stellen zijn, zouden een concernenquêteverzoek moeten kunnen doen.
(iii) De aandeelhouder van de moedermaatschappij zou (van tevoren) zijn bezwaren kenbaar moeten maken aan haar bestuur. Dit geldt ook voor een aandeelhouder van een dochtermaatschappij, indien sprake is van een personele unie tussen hun besturen. Is daar geen sprake van, dan zouden de

195 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5, r.o. 3.11 (*Readen Retail*).
196 *Cf.* hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, *JOR* 2016/302, m.nt. C.D.J. Bulten, r.o. 3.3 *iuncto* 3.6 (*DEM*) en de noot, onder 3-4, van Bulten hierbij.

bezwaren (eerst) aan het bestuur van die dochtermaatschappij kenbaar moeten worden gemaakt en, indien tevergeefs, aan dat van haar moedermaatschappij.

(iv) Er zou moeten blijken van gegronde redenen om te twijfelen aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van het concern als zodanig.

(v) Het verzoekschrift zou gericht moeten zijn op het concern als zodanig.

(vi) Het concern als zodanig zou in de enquêteprocedure (als gerekestreerde) moeten worden opgeroepen en in de gelegenheid moeten worden gesteld om verweer te voeren.

(vii) In beginsel zouden alle groepsmaatschappijen hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de onderzoekskosten en de zekerheidsstelling daarvoor.

(viii) Het bestuur van de moedermaatschappij zou (in ieder geval) het onderzoeksverslag (in concept) moeten ontvangen en zou daaruit mededelingen aan derden mogen doen.

(ix) Het concern zou als rechtssubject *sui generis* moeten worden beschouwd en bijgevolg zou (de verantwoordelijkheid voor gebleken) wanbeleid van het concern moeten kunnen worden vastgesteld.

(x) Binnen het hele concern zouden voorzieningen moeten kunnen worden getroffen.

Deel IV

CONCLUSIO

Hoofdstuk 12

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

12.1 Deel I

Hoofdstuk 1

In het eerste hoofdstuk is de aanleiding voor en het belang van dit onderzoek beschreven, alsook zijn de afbakening en methode ervan behandeld. Verder is de gebruikte terminologie uitgelegd. Bovendien is de centrale vraagstelling van dit onderzoek geponeerd. Deze luidt aldus:

> 'Hoe moet (zou) het Nederlandse enquêterecht in (inter)nationale concernverhoudingen (kunnen) worden uitgelegd en toegepast?'

Deze vraag valt uiteen in (a) een vraag naar het huidige recht en (b) een vraag naar het wenselijke recht. Hierop is antwoord gegeven in de hoofdstukken 3 tot en met 11 (*vide* § 12.2-12.3). Naar de kern bezien scharniert de in dit onderzoek centraal staande problematiek hierom dat een concern vanbinnen een economische eenheid is, maar vanbuiten een juridische veelheid is.

Hoofdstuk 2

In de economische werkelijkheid is het concern uitgegroeid tot de meest voorkomende ondernemingsvorm. Desondanks neemt het Nederlandse ondernemingsrecht, met inbegrip van het enquêterecht, als neergelegd in Boek 2 BW – nog steeds – de enkelvoudige, in zowel juridisch als economisch opzicht autonoom functionerende, vennootschap tot uitgangspunt. Zulks brengt (in beginsel) mee dat een door een juridische bril bekeken concern wordt gezien als een verzameling van dergelijke vennootschappen. De focus wordt dus in de juridische werkelijkheid gelegd op de afzonderlijke (juridische) componenten (er wordt m.a.w. door het concern heen gekeken). Het bezwaarlijke aan deze rechtspersoongerichte benadering is echter dat daarmee geheel en al wordt miskend dat (onderhorige) groepsmaatschappijen geen

afzonderlijk, geïsoleerd bestaan (meer) leiden, maar op allerlei manieren verbonden zijn met elkaar en gezamenlijk – onder (de centrale) leiding van de moedermaatschappij – een (geïntegreerde) onderneming vormen. De juridische werkelijkheid en de economische werkelijkheid sluiten (in zoverre) dus niet bij elkaar aan. Het ondernemingsrecht kijkt door een ouderwetse lens naar het concern. Naar mijn opvatting zou de focus op het (tot) een (economisch) geheel (samengevoegde) moeten worden gelegd: een concernbenadering.

Spreken wij over een 'concern', dan vraagt dat om een definitie. Deze luidt ingevolge art. 2:24b BW, in samenhang gelezen met de toelichting daarbij, aldus dat een groep (lees: concern) een economische eenheid is waarin, al dan niet buitenlandse, rechtspersonen en (personen)vennootschappen organisatorisch met elkaar verbonden zijn. Het gaat met betrekking tot dat laatste niet alleen om juridisch-organisatorische verbondenheid, zoals kapitaaldeelname, maar ook, naar ik meen, om feitelijk-organisatorische verbondenheid, zoals personele unies. Organisatorisch verbonden zijn is echter niet voldoende om te kunnen spreken van een concern; er dient eveneens centrale leiding, d.w.z. het vanuit de topvennootschap bepalen en kunnen doorzetten (bijvoorbeeld door schorsing, of ontslag (en benoeming), van bestuurders) van onder andere het concernbeleid en de concernstrategie, te worden uitgeoefend. Hoewel dit element niet expliciet is opgenomen in voormeld artikel, kan uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid dat de wetgever centrale leiding wezenlijk acht voor het zijn van een concern, zodat het mijns inziens kan worden ingelezen in art. 2:24b BW. Wanneer twee of meer vennootschappen organisatorisch met elkaar zijn verbonden, dan is er sprake van een organisatorische eenheid. Wil er ook sprake zijn van een economische eenheid, dan dienen zij gezamenlijk (een) economische activiteit(en) te verrichten. Met een 'economische eenheid' wordt bedoeld een onderneming. Ziedaar de kern van het groepsbegrip: de groepsmaatschappijen vormen gezamenlijk één onderneming onder leiding van de moedermaatschappij. Een groepsmaatschappij bevindt zich dus in een duidelijk andere positie dan een enkelvoudige vennootschap.

In concernverhoudingen is sprake van een continue spanning tussen de juridische werkelijkheid en de economische werkelijkheid. Ter adstructie kan gewezen worden op de twee hoekstenen van het Nederlandse ondernemingsrecht, te weten de bestuursautonomie en het vennootschappelijk belang. Volgens het recht is het bestuur in beginsel privatief bevoegd in het besturen, waarmee wordt bedoeld het geven van leiding, het bepalen van de strategie, het uitstippelen van beleid en het uitvoeren van het evengenoemde, van de vennootschap. Maakt die laatste als dochtermaatschappij deel uit van een concern, dan wordt daarover door (het bestuur van) de moedermaatschappij centrale leiding uitgeoefend, waardoor dat bestuur, zo ziet de economische werkelijkheid eruit, moet opereren binnen het door de door de moedermaatschappij in het licht van het concernbelang gecreëerde, en (mede) uit de concernstrategie en het concernbeleid bestaande, kader. Dat kader kan (zeer) gedetailleerd, en bijgevolg weinig ruimte voor autonomie latend, maar ook (zeer) globaal, en bijgevolg veel ruimte voor autonomie latend, zijn. De bestuursautonomie en het uitoefenen van

centrale leiding zijn dus contrair aan elkaar. Gelet hierop dat de moedermaatschappij velerlei – uit het concernverband voortvloeiende – middelen, van juridische, organisatorische en economische/financiële aard, ten dienste staan om eventueel recalcitrant gedrag van (het bestuur van) een dochtermaatschappij te onderdrukken, is van werkelijke bestuursautonomie zijdens laatstgenoemde geen sprake. De economische werkelijkheid breekt aldus door de juridische werkelijkheid heen, zodat een concern kan bestaan en (naar behoren) kan functioneren. In concernverband moet de bestuursautonomie dan ook (sterk) worden gerelativeerd.

Wat betreft het vennootschappelijk belang, dient allereerst stil te worden gestaan bij wat daaronder moet worden verstaan. Uit de literatuur laat zich, *grosso modo*, het volgende distilleren: het begrip 'vennootschappelijk belang' valt uiteen in (1) de vraag naar het belang van de vennootschap als zodanig, waarop kan worden geantwoord dat de vennootschap (a) een (te onderscheiden) eigen(standig) belang heeft of (b) geen (te onderscheiden) eigen(standig) belang heeft en (2) de vraag naar de inhoud/invulling/kleur van het belang van de vennootschap, waarop kan worden geantwoord dat deze (a) een (i) eigen, onveranderlijke (statische) of (ii) eigen, veranderlijke (kameleontische) kleur heeft, (b) geen eigen kleur heeft, nu het wordt gevormd door (i) het, uit afweging, op basis van gelijkwaardigheid of hiërarchisering, resulterend, zwaarstwegend deelbelang, zoals het (eigen) belang van de vennootschap zelf, werknemers of aandeelhouders, (ii) de gezamenlijke belangen van de (onmiddellijk) bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen of (iii) het winstbelang van de (gezamenlijke) aandeelhouders, of (c) kleurloos (leeg) is. De Hoge Raad lijkt met betrekking tot het vennootschappelijk belang in zijn *Cancun*-beschikking, waarin hij sprak van het 'bevorderen van het bestendige succes' van de onderneming van de vennootschap, gekozen te hebben voor een holistische opvatting, en wel, gezien zijn woorden 'de omstandigheden van het geval', 'in de regel' en 'vooral', een in gemodificeerde vorm (*vide* onder (1)(a) en (2)(a)(ii) *supra*).

Naar mijn visie heeft de vennootschap een eigen(standig) – maar nimmer absoluut – belang. De invulling daarvan zal afhangen van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. In geval van een solvente, enkelvoudige, onderneming drijvende vennootschap versta ik onder het vennootschappelijk belang het belang dat de vennootschap heeft bij, in de eerste plaats, het (op bestendige wijze) bevorderen van haar eigen gezonde (voort)bestaan en, in de tweede plaats, het (op bestendige wijze) bevorderen van het (op succesvolle wijze) creëren van waarde in brede zin (zowel materieel en immaterieel als intern en extern). Daar zijn immers (uiteindelijk) al haar *stakeholders*, waaronder ik versta de (onmiddellijk) bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen, zoals aandeel- of certificaathouders, werknemers, (toe)leveranciers, crediteuren en afnemers van goederen en/of diensten, bij gebaat. Het eigen belang van de vennootschap is het vennootschappelijk belang als bedoeld in art. 2:129 (239), vijfde lid, BW en in art. 2:140 (250), tweede lid, laatste zinsnede, BW.

Een moedermaatschappij heeft geen vennootschappelijk belang, maar een concernbelang. Dat is naar zijn aard een collectief belang (het belang van of gericht op het (economisch) geheel), waarvan de concrete invulling afhangt van hoe het concernbestuur dat ziet. Dit bestuur dient zich bij zijn taakvervulling daarnaar te richten. Het bestuur van een dochtermaatschappij dient in het licht van het concernbelang het belang van 'zijn' vennootschap te dienen. Over het algemeen zal sprake zijn van belangenparallellie. In geval van belangenstrijd zal het collectieve (concern) belang in beginsel zwaarder wegen dan het individuele (vennootschappelijk) belang. Daartoe dwingt de economische werkelijkheid ook. Immers, het concernbestuur móét – in het licht van het concernbelang – centrale leiding uitoefenen. Als het bestuur van een dochtermaatschappij van tevoren de beslissingen van het concernbestuur toetst aan het vennootschappelijk belang en die naast zich neerlegt indien ze daarmee niet stroken, om vervolgens een eigen – tegen het concernbelang ingaande – koers te gaan varen, dan komt de uitoefening van centrale leiding – en daarmee (het functioneren van) het concern(verband) – op losse schroeven te staan. Dat kan het concernbestuur, vanuit zijn rol bezien, niet aanvaarden. Wat volgt, is het, als uitvloeisel van het concernverband, treffen van diverse maatregelen, zoals maatregelen van organisatorische aard, van financiële aard en/of van juridische aard. Deze zullen het bestuur van de dochtermaatschappij in het gelid doen lopen

Er is een uitstap gemaakt naar het Europese mededingingsrecht. Daarin komen wij in art. 101 en 102 VWEU het begrip 'onderneming' (lees: concern) tegen. Indien een dochtermaatschappij inbreuk pleegt op mededingingsregels van de Unie, dan kan de Commissie een boete opleggen aan de moedermaatschappij als zij samen met die inbreukpleegster een onderneming in de zin van de voornoemde artikelen vormt – waarbij (1) niet behoeft te worden aangetoond dat die moedermaatschappij (a) zelf bij de inbreuk betrokken was, (b) haar dochtermaatschappij tot het plegen van de inbreuk aanzette of (c) van de door haar dochtermaatschappij gepleegde inbreuk op de hoogte was en (2) het van geen belang is (a) of zij zelf aan het begrip 'onderneming' in de hier bedoelde zin beantwoordt en (b) waar zij haar statutaire zetel (binnen of buiten de EU) heeft – nu in dat geval geacht kan worden dat die moedermaatschappij net als haar dochtermaatschappij aan de inbreuk heeft deelgenomen. De eigen rechtspersoonlijkheid van die laatste kan dat niet verhinderen. De focus wordt in het Europese mededingingsrecht dus op het geheel gelegd. Daarbij wordt gekeken naar de economische werkelijkheid, in het bijzonder de economische, organisatorische en juridische banden die de betrokken juridische entiteiten doen verenigen.

Een (belangrijke) aanwijzing voor het bestaan van een onderneming in de hier bedoelde zin is het niet zelfstandig kunnen bepalen van het marktgedrag van een dochtermaatschappij. Om het inbreukmakende gedrag van deze aan haar moedermaatschappij te kunnen toerekenen dient de Commissie niet alleen vast te stellen dat laatstgenoemde beslissende invloed op het (commerciële beleid en daarmee het) marktgedrag van die inbreukmaker kán uitoefenen, maar zal zij tevens dienen aan te

tonen dat die moedermaatschappij die invloed daadwerkelijk héέft uitgeoefend. Indien deze laatste (in)direct het (nagenoeg) gehele kapitaal van haar dochtermaatschappij in handen heeft, kan zij beslissende invloed op het (markt)gedrag van die dochtermaatschappij uitoefenen en bestaat er een – weerlegbaar – vermoeden dat zij daarop ook daadwerkelijk een beslissende invloed uitoefent. Het is vervolgens aan de moedermaatschappij om dat bewijsvermoeden te ontzenuwen door aan te tonen dat de dochtermaatschappij haar marktgedrag (lees: commerciële beleid) zelfstandig bepaalt. Bij zijn beoordeling daarvan, in geval van een door moedermaatschappij ingesteld beroep tegen het boetebesluit van de Commissie, dient de Unierechter niet alleen te kijken naar de invloed die de moedermaatschappij heeft uitgeoefend door middel van instructies, richtlijnen of inspraakbevoegdheden ter zake van onder andere het prijsbeleid en de verkoopdoelstellingen, maar ook naar de invloed die zij heeft uitgeoefend ten aanzien van o.a. de strategie, het personeel en de financiële middelen.

12.2 Deel II

Hoofdstuk 3

In de *Landis*-beschikking heeft de Hoge Raad gesanctioneerd dat houders van (certificaten van) aandelen onder bepaalde omstandigheden bevoegdelijk kunnen verzoeken om een concerngenotenenquête. Desondanks gaat de enquêteregeling als neergelegd in afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 BW uit van de enkelvoudige te enquêteren rechtspersoon (*vide* art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW). Zulks roept de vraag op hoe (de bepalingen van) die regeling moet(en) worden uitgelegd en toegepast als er wordt verzocht om, *de facto*, een onderzoek bij (een deel van) een concern. Mijns inziens ligt het in de rede om zulk een verzoek zoveel mogelijk te behandelen als een verzoek om een onderzoek bij een enkelvoudige vennootschap in die zin dat niet naar het (tot een) geheel (samengevoegde) wordt gekeken (een concernbenadering), maar er door het concern heen wordt gekeken (een rechtspersoongerichte benadering).

Hoofdstuk 4

Op een procedure die wordt ingeleid met een concerngenotenenquêteverzoek, zijn de bepalingen van de verzoekschriftprocedure (art. 261 *et seq.* Rv) van toepassing. Hetzelfde geldt voor art. 995, tweede en derde lid, Rv. Dit een en ander betekent dat (a) in de kop van het verzoekschrift de namen en woonplaatsen van de verweersters moeten worden opgenomen, (b) in het lichaam van het verzoekschrift uiteen moet worden gezet dat en waarom er gegronde redenen zijn om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van hen te twijfelen en (c) het verzoekschrift uitmondt in een verzoek aan de Ondernemingskamer om een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de

gang van zaken van de hiervoor bedoelde verweersters. Een en ander wordt bij tijd en wijle door enquêteverzoekers uit het oog verloren.

Na de indiening van een, al dan niet gezamenlijk, verzoekschrift conform hiervoor dient de Ondernemingskamer in beginsel op de voet van art. 995, derde lid, Rv álle te enquêteren vennootschappen op te roepen voor de behandeling van het verzoek ter (openbare) terechtzitting en hen in de gelegenheid te stellen verweer te voeren, aan welke regel zij – ten onrechte – van tijd tot tijd voorbijgaat, zonder dat mij duidelijk is waarom. Die vennootschappen beschikken over een aantal relevante bevoegdheden. Zo mogen belanghebbenden blijkens de *ATR Leasing*-beschikking van de Hoge Raad hun standpunt kenbaar maken over alle aspecten van het (verzoek tot het bevelen van een) onderzoek, ook indien zij zelf niet enquêtegerechtigd zijn. In het geval van een verzoek tot het gelasten van een concerngenotenenquête zou ik dat aldus willen verstaan dat niet alleen de te enquêteren moedermaatschappij, maar ook haar te enquêteren dochtermaatschappij zich daarover mag uitlaten, zowel voor zover dat verzoek gericht is op haar eigen beleid en gang van zaken als voor zover dat gericht is op het beleid en de gang van zaken van de andere groepsmaatschappij(en). Verder mogen belanghebbenden *ex* art. 284, vierde lid, Rv in hun verweerschrift een zelfstandig verzoek opnemen, dit met inachtneming van het connexiteitsvereiste, dat ik te dezen aldus zou willen verstaan dat het zelfstandig verzoek moet zien op de rechtspersonen en onderwerpen waar het initiële verzoek op is gericht. Wil een belanghebbende andere rechtspersonen en/of onderwerpen centraal stellen, dan dient hij, met inachtneming van art. 2:346/2:347 en 2:349 BW, een eigen verzoekschrift in te dienen.

Hoofdstuk 5

Ingevolge art. 1 Rv wordt, onverminderd (voor Nederland geldende) verdragen en (Europese) verordeningen, de rechtsmacht van de Nederlandse rechter beheerst door art. 2 *et seq.* Rv (het formele, commune, Nederlandse IPR). Een verordening inzake de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken is van kracht, namelijk de EEX-Verordening II. Deze kent (mede) een materieel en een formeel toepassingsgebied. Het eerstbedoelde gebied wordt geregeld door art. 1, eerste lid, eerste volzin, EEX-Vo II, waarin staat dat de hier bedoelde verordening wordt toegepast in 'burgerlijke en handelszaken'. Naar mijn gevoelen zijn alle zaken die zich in het kader van het Nederlandse enquêterecht bij de Ondernemingskamer afspelen, waarbij men in de eerste plaats denke aan een bij haar aangebrachte enquêtezaak, als zodanig aan te merken.

Ten aanzien van het laatstbedoelde gebied is de hoofdregel te vinden in art. 4 EEX-Vo II. Daaruit, in samenhang gelezen met art. 5 EEX-Vo II en art. 6 EEX-Vo II, volgt dat een verweerder die zijn woonplaats op het grondgebied van een lidstaat heeft, in beginsel, ongeacht zijn nationaliteit, wordt opgeroepen voor de gerechten van de evenbedoelde lidstaat (het *forum rei*). Waar de verzoeker zijn woonplaats heeft, is niet van belang. Willen de bevoegdheidsregels van deze verordening, waaronder art. 4

EEX-Vo II, van toepassing zijn, dan dient de rechtsbetrekking tussen de verzoeker en de verweerder een internationaal karakter te hebben. Zuiver interne gevallen vallen buiten de formele reikwijdte van de EEX-Verordening II. Binnen de grenzen van het materiële en het formele toepassingsgebied ervan is de in die verordening vervatte bevoegdheidsregeling dwingend en uitputtend. Dit betekent dat als aan de vereisten is voldaan, die bevoegdheidsregels (in beginsel) moeten worden toegepast en voorrang hebben op de nationale bevoegdheidsregels.

De EEX-Verordening II kent ook een aantal alternatieve bevoegdheidsregels, waaronder art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II (het *forum connexitatis*). Daarin is bepaald dat een op het grondgebied van een lidstaat woonplaats hebbende (rechts-)persoon ook, indien er meerdere verweerders zijn, kan worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van een van de verweerders (de 'ankerverweerder'), met dien verstande dat er tussen de verzoeken of vorderingen 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'. Voor de toepasselijkheid van voornoemd artikel is een zodanige samenhang vereist tussen de door eenzelfde eiser of verzoeker tegen verschillende – op het grondgebied van een lidstaat woonplaats hebbende – gedaagden of verweerders ingestelde (gerichte) vorderingen of verzoeken dat het van belang is ze tezamen te behandelen en te berechten. Het begrip 'samenhang' houdt in dat er gevaar voor onverenigbare beslissingen bestaat in geval van afzonderlijke berechting van de verschillende bij de nationale rechter ingestelde vorderingen of ingediende verzoeken. Beslissingen worden 'onverenigbaar' geacht als sprake is van een – zich in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk én rechtens, voordoende – divergentie in de beslechting van het geschil. Van een eenzelfde situatie rechtens zal, toegespitst op enquêtezaken, naar het mij voorkomt – globaal gezegd – geen sprake zijn, nu de – binnen de EU in zijn geheel niet geharmoniseerde – enquêteregelingen van lidstaten, op basis waarvan de respectieve enquêteverzoeken moeten worden beoordeeld, inhoudelijk (erg) van elkaar verschillen. Hieruit volgt dat het gevaar voor onverenigbare beslissingen zich niet manifesteert, zodat een aandeelhouder van een Nederlandse moedermaatschappij niet met succes een beroep kan doen op art. 8, aanhef en onderdeel 1, EEX-Vo II.

Een uitzondering op de hoofdregel als bedoeld in art. 4, eerste lid, EEX-Vo II vormt art. 24 EEX-Vo II, dat geldt ongeacht de woonplaats van de partijen. Laatstgenoemd artikel bevat een limitatieve opsomming van onderwerpen waarvoor exclusieve bevoegdheidsregels gelden. Wanneer een geschil ziet op een onderwerp dat daaronder valt, dan is daarmee de toepasselijkheid van art. 24 EEX-Vo II gegeven. In het tweede onderdeel daarvan is bepaald dat voor geschillen omtrent (a) de geldigheid, de nietigheid of de ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen dan wel (b) de geldigheid of nietigheid van besluiten van organen van vennootschappen of rechtspersonen de gerechten van de lidstaat op het grondgebied van welke die vennootschappen of rechtspersonen hun plaats van vestiging hebben, exclusief bevoegd zijn,

een en ander ongeacht of de procedure is ingeleid met een dagvaarding of met een verzoekschrift. Dit artikel ziet louter op geschillen waarvan het hoofdvoorwerp het onder (a) of (b) genoemde is en het moet bovendien restrictief worden uitgelegd. Mijns inziens valt geen enkel verzoek uit hoofde van onze enquêteregeling binnen de reikwijdte van art. 24, aanhef en onderdeel 2, EEX-Vo II.

In art. 25 EEX-Vo II is de (uitdrukkelijke) forumkeuze geregeld. Ook die vormt een uitzondering op de hoofdregel als bedoeld in art. 4, eerste lid, EEX-Vo II, aangezien het voor de toepassing van het eerstgenoemde artikel niet ter zake doende is waar partijen hun woonplaats hebben (binnen of buiten de EU). Blijkens art. 25, eerste lid, EEX-Vo II is de forumkeuze in beginsel exclusief. Wil die onder het toepassingsbereik daarvan vallen, dat moet er aan zeven (cumulatieve) voorwaarden zijn voldaan. Is dat het geval, dat leidt zulks er in beginsel toe dat het (de) aangewezen gerecht (gerechten) – met uitsluiting van (ook) de gerechten van alle andere lidstaten – bevoegd is om van het geschil kennis te nemen. Op de vraag of buitenlandse partijen, waaronder een moedermaatschappij in den vreemde met een dochtermaatschappij hier te lande, in geval van geschillen die zich lenen voor beslechting door middel van het enquêterecht, de Ondernemingskamer als exclusief bevoegd gerecht in de zin van art. 25 EEX-Vo II zouden kunnen aanwijzen, moet ontkennend worden geantwoord (een rechtbank in Nederland zou wel kunnen). Indien in de statuten van een Nederlandse (naamloze of besloten) vennootschap een – zowel formeel als materieel geldige – art. 25 EEX-Vo II-forumkeuzeclausule is opgenomen die een gerecht in, bijvoorbeeld, Frankrijk aanwijst om bij uitsluiting van alle andere gerechten kennis te nemen van een geschil als hiervoor bedoeld, dan dient de Ondernemingskamer zich mijns inziens onbevoegd te verklaren als een houder van (certificaten van) aandelen van die vennootschap zich desondanks tot haar wendt met een art. 2:345 BW-verzoek. Ruimte om zich toch bevoegd te verklaren is er niet.

Ingeval sprake is van een verzoek tot het gelasten van een onderzoek naar (mede) het beleid en de gang van zaken van een groepsmaatschappij die is opgericht naar recht van een niet-lidstaat en op het grondgebied van deze haar (statutaire) zetel heeft, dan is de Ondernemingskamer (in zoverre) bevoegd daarvan kennis te nemen op grond van art. 3, aanhef en onderdeel a, Rv, met dien verstande dat (een van) de enquêteverzoeker(s) of een belanghebbende, zoals een te enquêteren vennootschap of een bestuurder, in Nederland zijn woonplaats heeft.

Heeft de Ondernemingskamer rechtsmacht, dan komt de vraag naar het toepasselijke recht in beeld. Daarbij valt te onderscheiden het stelsel van de werkelijke zetel en het incorporatiestelsel. Nederland huldigt het laatstgenoemde stelsel. Dit volgt uit art. 10:118 BW. Daarin is, voor zover hier van belang, bepaald dat een corporatie wordt beheerst door het recht van de staat (1) volgens welk zij is opgericht én (2) op het grondgebied van welke zij ingevolge de oprichtingsakte haar zetel – ten tijde van de oprichting – heeft. Zijn deze twee – voor de aanwijzing van het op de corporatie

toepasselijke recht geldende – elementen vervuld, dan is daarmee het op de corporatie toepasselijke recht aangewezen, waarna de (relevante) inhoud daarvan dient te worden opgespoord en vastgesteld, waarbij art. 10:119 BW een belangrijke rol speelt, dat de omvang van het incorporatierecht bepaalt. Hoewel in de daarin opgenomen niet-limitatieve opsomming het enquêterecht niet (met zoveel woorden) wordt genoemd, valt het, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, eronder. Dit betekent in geval van een ingekomen verzoek om een onderzoek bij een buitenlandse vennootschap dat als het incorporatierecht van een vreemde staat is aangewezen en daartoe behoort een enquêteregeling, de Ondernemingskamer deze moet toepassen (*vide* art. 10:2 BW). Bevat het buitenlandse incorporatierecht geen enquêterecht, dan kan het vorenbedoelde verzoek (in zoverre) niet voor toewijzing in aanmerking komen. Ruimte voor het op een buitenlandse vennootschap toepassen van Nederlands enquêterecht is er niet.

Het toepassingsbereik daarvan is ook beperkt tot de in art. 2:344 BW genoemde (Nederlandse) rechtspersonen. Slechts zij kunnen subject van enquête zijn in de zin dat slechts bij hen zelfstandig een onderzoek naar hun beleid en gang van zaken kan plaatsvinden en slechts bij hen (onmiddellijke) voorzieningen kunnen worden getroffen alsmede wanbeleid kan worden vastgesteld. Indien en voor zover een enquêteverzoek (mede) op een buitenlandse rechtspersoon is gericht, dient de verzoeker (in zoverre) daarin niet-ontvankelijk te worden verklaard. Niettemin is de bovengenoemde bepaling niet meer dan een vangnetbepaling. Immers, de Ondernemingskamer dient zich eerst af te vragen of zij wel bevoegd is om van het op een buitenlandse vennootschap gericht verzoek kennis te nemen. Zo nee, dan stuit het verzoek reeds daarop af. Zo ja, dan dient zij zich vervolgens af te vragen welk incorporatierecht moet worden toegepast. Is dat niet het onze, dan (a) kan het verzoek niet voor toewijzing in aanmerking komen als het vreemde incorporatierecht géén enquêteregeling kent of (b) moet de Ondernemingskamer een buitenlandse enquêteregeling toepassen als het vreemde incorporatierecht wél een dergelijke regeling kent. Alleen in de – illusoire – situatie waarin de Ondernemingskamer met betrekking tot een buitenlandse vennootschap rechtsmacht zou hebben én daarop Nederlands incorporatierecht van toepassing zou zijn, komt art. 2:344 BW aan de orde. Deze volgorde (rechtsmacht, toepasselijk recht en art. 2:344 BW) wordt door haar uit het oog verloren.

Hoofdstuk 6

Op de voet van art. 2:349, eerste lid, eerste volzin, BW dient de enquêteverzoeker van tevoren – op straffe van niet-ontvankelijkheid – zijn bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken van de te enquêteren vennootschap kenbaar te maken aan het bestuur, en aan, zo die er is, de raad van commissarissen, daarvan. Uit de beschikkingspraktijk van de Ondernemingskamer volgt dat zulks ook geldt in geval van een concerngenotenenquêteverzoek. Is er sprake van een formele of materiële personele

unie tussen de besturen van de te enquêteren vennootschappen, dan ontmoet het echter, zo volgt daar eveneens uit, in het licht van voornoemd artikel geen bezwaar als de verzoeker tot enquête de bij hem levende bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken van de dochtermaatschappij(en) louter (van tevoren) kenbaar maakt aan het bestuur van de moedermaatschappij, aangezien daarmee, in een situatie als deze, het bestuur van die dochtermaatschappij(en) *de facto* van die bezwaren op de hoogte is gebracht dan wel geacht kan worden daarvan op de hoogte te zijn.

Hoofdstuk 7

De Hoge Raad overwoog in de *Slotervaartziekenhuis*-beschikking – onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak – dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat, voor de toepassing van art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW, de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft, aan een houder van (certificaten van) aandelen, kennelijk als bedoeld in voormeld artikel, dient te worden gelijkgesteld, indien en voor zover dat belang van die kapitaalverschaffer, de enquêteverzoeker, op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeel- of certificaathouder van die vennootschap. Drie elementen komen wij daarin tegen, te weten (1) verschaffer van risicodragend kapitaal, (2) eigen economisch belang en (3) op één lijn stellen.

Een aandeelhouder *verschaft*, door (in beginsel) bij het nemen van de aandelen daarop (ten minste) het nominale bedrag (in beginsel in geld) te storten, *kapitaal*, en wel *risicodragend* doordat de mogelijkheid bestaat dat hij na ontbinding en vereffening zijn geld niet (volledig) terugkrijgt. Het element 'verschaffer van risicodragend kapitaal' moet ruim worden uitgelegd in die zin dat daaronder ook valt een (rechts-)persoon die, juridisch gezien, al wel houder is van (certificaten van) aandelen of houder is van een eigen economisch belang anders dan belichaamd in een certificaat van aandeel, maar daar (nog) níét (in)direct op heeft gestort respectievelijk voor heeft betaald. Worden – na het volledig aan de stortingsplicht te hebben voldaan – (certificaten van) aandelen geschonken aan dan wel geërfd door een derde, dan treedt diegene in de plaats van degene die reeds direct of indirect kapitaal aan de vennootschap ter beschikking heeft gesteld, waardoor die derde voortaan moet worden gekwalificeerd als een verschaffer van risicodragend kapitaal.

Niet (geheel) duidelijk is wat de Hoge Raad of de Ondernemingskamer onder het element 'eigen economisch belang' verstaat. Naar mijn opvatting moet de houder daarvan in materieel opzicht kunnen worden beschouwd als een (doorsnee)certificaathouder in de zin dat hem een eigen (niet: afgeleid) en volledig economisch belang toekomt ter zake van de waarde van (een deel van) de (onderliggende) aandelen in het geplaatste kapitaal van de te enquêteren vennootschap. Die waarde omvat in dit verband (1) alle betalingen die uit hoofde van Boek 2 BW door de vennootschap *op* de

aandelen worden gedaan, men denke aan (a) de uitkering van winst, zo het gaat om gewone aandelen, (b) de uitkering van (vrije) reserves, (c) de uitkering van het liquidatiesaldo, indien aanwezig, en (d) de uitkering in geval van kapitaalvermindering met terugbetaling, en (2) de betalingen die *voor* de aandelen worden gedaan, men denke aan (a) de (verkoop)opbrengst in geval van vervreemding en (b) de ontvangen prijs in geval van toepassing van de uitkoop- of geschillenregeling. Ter zake van deze waarde moet de houder van het hier bedoelde belang een vorderingsrecht hebben.

Het laatste element betreft het op één lijn stellen. De Hoge Raad sprak zowel van 'gelijkstellen' als van 'op één lijn stellen'. Deze woorden zijn synoniem. Ik versta ze in dit verband aldus dat het gaat om vereenzelviging. Deze techniek komt naar mijn visie hierop neer dat ofschoon de verzoeker formeel gezien niet over de vereiste hoedanigheid van een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b en c, BW beschikt, hij materieel gezien, wat draait om het hebben van een eigen en volledig economisch belang van de verzoeker, daarvoor kan doorgaan en mitsdien voor de toepassing van het zo-even genoemde artikel – als ware hij een aandeel- of certificaathouder in evenbedoelde zin – (eveneens) enquêtebevoegd is (een '*substance over form*-benadering' dus). Dient zowel de aandeelhouder als de certificaathouder als de houder van een eigen economisch belang een (zelfstandig) enquêteverzoek in, dan dient allereerst de volgorde waarin die verzoeken ter griffie zijn ingekomen, te worden vastgesteld om vervolgens in die volgorde vast te stellen of aan het bepaalde in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW is voldaan. Is, bijvoorbeeld, de kapitaaldrempel 10% en heeft de aandeelouder een 30%-belang, dan zouden alle drie de verzoekers (in zoverre) ontvankelijk zijn. Dubbeltellingen doen zich alsdan niet voor.

De door Hoge Raad in zijn *Slotervaartziekenhuis*-beschikking geformuleerde algemene regel, houdende het als verschaffer van risicodragend kapitaal hebben van een eigen en voor gelijkstelling vatbaar economisch belang in de te enquêteren vennootschap, noem ik de 'leer van de economische gerechtigdheid'. In dat verband verwees hij naar zijn vaste rechtspraak, waaronder de *Landis*-beschikking. Hiermee lijkt de cassatierechter te suggereren dat de vorenbedoelde regel daaruit kan worden gefilterd. De moedermaatschappij houdt echter (in beginsel) de aandelen in het geplaatste kapitaal van een dochtermaatschappij niet (geheel en al) voor rekening en risico van haar aandeelhouders, zodat in concernverhoudingen niet kan worden gewerkt met het hebben van een eigen economisch belang. Die leer van de economische gerechtigdheid volgt ook niet uit de *Landis*-beschikking. In die beschikking ligt immers besloten dat ten aanzien van een mede te enquêteren dochtermaatschappij een aandeel- of certificaathouder van een moedermaatschappij aan een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b en c, BW dient te worden gelijkgesteld, indien hij door het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappij evenzeer en op gelijke wijze in zijn economisch belang bij de

waarde van de (onderliggende) aandelen in het geplaatste kapitaal van die moedermaatschappij wordt geraakt (het 'raken-vereiste') als door het beleid en de gang van zaken van deze laatste zelf (één economisch belang dat op twee verschillende niveaus identiek wordt geraakt dus). Daarvan zal, globaal gezegd, sprake zijn als de concernverhouding tussen de te enquêteren vennootschap dusdanig hecht is dat feitelijk de moedermaatschappij het *alter ego* van haar dochtermaatschappij is. De '*Landis*-leer' moet dan ook onderscheiden worden van de leer als hiervoor bedoeld.

Hoewel de concerngenotenenquête met de *Landis*-uitspraak van de Hoge Raad is gesanctioneerd, mist de daartoe gegeven onderbouwing overtuigingskracht. Immers, naar de letter der wet zijn houders van (certificaten van) aandelen niet bevoegd tot het uitlokken van een enquête bij een andere vennootschap dan 'hun eigen' en ook zijn in de parlementaire geschiedenis geen aanknopingspunten te vinden dat zij dat naar de geest der wet wél zouden zijn, waarbij komt dat de – in het kader van art. 2:347 BW – gemaakte opmerkingen van de staatssecretaris in concernverband zich niet lenen voor analoge toepassing, aangezien het woord 'onderneming' in art. 2:346, eerste lid, onderdelen b en c, BW niet voorkomt. Tegen deze achtergrond, alsook in aanmerking nemende de zwaarte van het enquêtemiddel, kon ons hoogste civiele rechtscollege naar mijn gevoelen niet met toverformules als 'het doel en de strekking van het enquêterecht' en 'de economische werkelijkheid' alsnog de hier bedoelde leemte opvullen. De enquêtebevoegdheid in concernverhoudingen vergt een solide juridische basis. Een wetswijziging was dan ook geïndiceerd.

In zijn *Slotervaartziekenhuis*-beschikking verwees de Hoge Raad – in het kader van zijn vaste rechtspraak – eveneens naar de *TESN*-beschikking. De Ondernemingskamer heeft in die zaak uitgemaakt dat het enquêteverzoek ten aanzien van een dochtermaatschappij moet worden beschouwd als een afgeleide van het enquêteverzoek ten aanzien van de moedermaatschappij, ook indien er bij die laatste weinig te onderzoeken valt en het zwaartepunt van het onderzoek bij die eerste ligt. Deze 'afgeleideleer' is in cassatie overeind gebleven. Ik versta deze aldus: (1) de verzoeker moet (eveneens) een op de moedermaatschappij gericht enquêteverzoek indienen, (2) de verzoeker moet in dat verzoek kunnen worden ontvangen (formeelrechtelijke beoordeling) en (3) er dienen gegronde redenen te zijn om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van de moedermaatschappij te twijfelen én de door de Ondernemingskamer te maken belangenafweging valt in het voordeel van de verzoeker uit (materieelrechtelijke beoordeling). Zijn al deze stappen met vrucht doorlopen, dan is zijn verzoek om een onderzoek bij de moedermaatschappij voor toewijzing vatbaar, waardoor de verzoeker in zoverre – ook aan het raken-vereiste moet immers zijn voldaan – bevoegdelijk kan verzoeken om (mede) een onderzoek bij haar dochtermaatschappij, waarna de Ondernemingskamer over kan gaan tot de (formele en materiële) beoordeling van het enquêteverzoek ter zake van haar mede te enquêteren dochtermaatschappij(en), om vervolgens, bij het welslagen daarvan,

het verzoek om een concerngenotenenquête toe te wijzen. Indien echter aan een van de bovenbedoelde stappen níét wordt voldaan, dan dient de verzoeker in zijn op de dochtermaatschappij gericht enquêteverzoek niet-ontvankelijk te worden verklaard. Ik heb gepleit voor ontkoppeling in die zin dat mijns inziens het (daadwerkelijk) indienen van een enquêteverzoek bij de moedermaatschappij geen *condicio sine qua non* is voor het bevoegdelijk kunnen doen van een enquêteverzoek ten aanzien van haar dochtermaatschappij(en). Wel dient aan het raken-vereiste te zijn voldaan en moet de verzoeker enquêtegerechtigd zijn op moederniveau.

Op zes onderdelen zijn – vanaf de *Bot Bouw*-beschikking (daarin is voor het eerst een concerngenotenenquêteverzoek toegewezen) uit 2000 tot aan de datum van afsluiting van dit onderzoek in (medio) 2019 – alle relevante beschikkingen van de Ondernemingskamer onderzocht waarin is verzocht om een concerngenotenenquête, en wel op zes onderdelen, te weten (1) enquêteverzoekers, (2) enquêtesubjecten, (3) percentages van (certificaten van) aandelen, (4) personele unies, (5) onmiddellijke voorzieningen en (6) beoordeling Ondernemingskamer.

Het leeuwendeel van de verzoeken was afkomstig van aandeelhouders. Een aanzienlijk kleiner deel werd ingediend door certificaathouders. In de *Fuhler*-beschikking was de verzoekende partij zowel een aandeelhouder als een certificaathouder. Noemenswaardig is eveneens de *SNS*-beschikking, waarin sprake was van onteigende aandeelhouders. Verder kan worden gewezen op *De Jong*-beschikking. Daarin deed een vereffenaar het hier bedoelde verzoek. In de *JBNT*-beschikking ging de deelgenoot in een ontbonden, onverdeelde huwelijksgoederengemeenschap – waarvan de aandelen deel uitmaakten – daartoe over. Een erfgenaam van de overleden aandeelhouder was de verzoeker in de *Lap*-beschikking.

De bulk van de onderzochte beschikkingen bestond uit concerngenotenenquêteverzoeken die gericht waren op besloten vennootschappen. Ten aanzien van naamloze vennootschappen kwamen zij (mede) voor in de beschikkingen aangaande *Callas*, *Landis*, *ABN AMRO*, *MEI*, *Callas*, *Phanos Reit*, *SNS* en *RTC*. In het gros van de beschikkingen werden onderzoeken gelast bij twee of drie vennootschappen. Niettemin zijn er ook beschikkingen waarin het aantal te enquêteren vennootschappen op vier, vijf, zes, zeven of acht lag. Hoofdzakelijk was sprake van *two-tiered*-concernstructuren (moeder-dochter). Er zijn echter ook onderzoeken bevolen bij vennootschappen die over drie lagen waren verdeeld (moeder-dochter-kleindochter). Hoewel het werd afgewezen, kwam in de *Meijbon*-beschikking een zich tot vier *tiers* uitstrekkend verzoek (moeder-dochter-kleindochter-achterkleindochter) door de ontvankelijkheidstoets heen. Een bijzonder geval was de *RAB*-beschikking. Daarin werd namelijk verzocht om een onderzoek bij de bovenliggende vennootschap (RAB) en haar – indirecte – 50%-deelneming Cheops. Dit verzoek liep echter vast op de ontvankelijkheid.

Grotendeels zagen de beschikkingen waarin een concerngenotenenquête werd bevolen of waarin de verzoeker in een daartoe strekkend verzoek (kennelijk) enquêtegerechtigd werd geacht zonder dat zulks tot een dergelijk bevel leidde, op volle (klein)dochtermaatschappijen, maar ook een (ca.) 95%-belang, 90%-belang, 80%-belang, 70%-belang, 66,7%-belang, 51%-belang, 50%-belang, 43%-belang en een 18,44%-belang kwam voor. Vermeldenswaardig is verder dat in de *Proxy*-beschikking, waarin (mede) een onderzoek werd bevolen bij vier dochtermaatschappijen die als gevolg van ontbindingsbesluiten al ruim vóór de indiening van het verzoekschrift waren opgehouden te bestaan. In de *ADW*-beschikking waren een paar maanden voor de indiening van het verzoekschrift de aandelen in het geplaatste kapitaal van twee (eveneens) te enquêteren dochtermaatschappijen reeds overgedragen. Dit stond echter niet aan de ontvankelijkheid in de weg, nu de door de verzoekster aan haar verzoek ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden zich hadden voorgedaan in de periode tot en met de aandelenoverdracht. Een onderzoek naar (mede) hun beleid en gang van zaken werd bevolen.

Op een enkele uitzondering na was in de onderzochte beschikkingen waarin (mede) onderzoeken werden bevolen bij, of de verzoekers (kennelijk) – zonder dat zulks tot een onderzoeksbevel leidde – geheel of ten dele (mede) in hun verzoeken konden worden ontvangen voor zover die gericht waren op, een of meer onderliggende vennootschappen, sprake van (vrijwel) volledige personele unies, hetzij formeel, hetzij materieel, tussen de besturen van de enquêtesubjecten. Afwijkend was (een van) de *SNS*-beschikking(en), waarin slechts voor de helft overlapping was. Dit stond echter niet aan de ontvankelijkheid – en uiteindelijk aan toewijzing van het verzoek – in de weg. Hieruit kan men opmaken dat de aanwezigheid van een (vrijwel) volledige personele unie geen ijzeren voorwaarde voor het bevoegdelijk kunnen doen van een concerngenotenenquêteverzoek is.

In een groot deel van de onderzochte beschikkingen werden (mede) op dochterniveau onmiddellijke voorzieningen getroffen. Meestentijds ging het om de benoeming, vaak onder gelijktijdige schorsing, van een persoon tot bestuurder. Op de tweede plaats staat de benoeming van een persoon tot commissaris.

Bij de beoordeling van de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverhoudingen door de Ondernemingskamer stonden zeven vragen centraal. Deze lieten zich als volgt beantwoorden:

(i) Uit de onderzochte beschikkingen lijkt te volgen dat de verzoekende aandeel- of certificaathouder van een moedermaatschappij die ten aanzien van haar mede te onderzoeken dochtermaatschappij niet (rechtstreeks) voldoet aan het bepaalde in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW, moet stellen dat, en (voldoende) motiveren waarom, hij desondanks bevoegd is tot het indienen van een daarop gericht enquêteverzoek (dat aan de vereisten voor een concerngenotenenquête is voldaan), waartoe hij (minstens) een of meer (delen van de) schakels uit de *Landis*-beschikking van de Hoge Raad (*vide* onder (vi)

infra) zal moeten stellen, althans dient uit de processtukken en/of het verhandelde ter terechtzitting te blijken dan wel te kunnen worden opgemaakt dat daarvan sprake is.

(ii) Uit een deel van de onderzochte beschikkingen lijkt te volgen dat de Ondernemingskamer de bevoegdheid tot het doen van een concerngenoten-enquêteverzoek ambtshalve toetst, terwijl uit een ander deel daarvan lijkt te volgen dat zij dat níét ambtshalve toetst en bijgevolg die bevoegdheid (voldoende) gemotiveerd zal dienen te worden bestreden door de verwerende partij(en).

(iii) Uit een deel van de onderzochte beschikkingen lijkt te volgen dat de Ondernemingskamer, blijkens de woorden 'inderdaad', 'juist', 'juiste gronden' en 'terecht', de beoordeling van de hierboven bedoelde bevoegdheid aan een volle toetsing onderwerpt, terwijl uit een ander deel daarvan lijkt te volgen dat zij, blijkens de woorden 'niet ten onrechte', 'geen aanleiding anders te oordelen' en 'aannemelijk te achten', de beoordeling van die bevoegdheid aan een marginale (terughoudende) toetsing onderwerpt.

(iv) Uit de onderzochte beschikkingen komt een waaier van, al dan niet naast elkaar staande, criteria tevoorschijn, namelijk 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding', 'onlosmakelijk verweven', 'concern', 'groep', 'economische en organisatorische eenheid', 'organisatorische eenheid', 'financiële, economische en organisatorische eenheid', 'economische en organisatorische samenhang', 'gezamenlijk beleid onder gemeenschappelijke leiding', geen sprake van 'zelfstandig bepaald bestuursbeleid', geen sprake van 'zelfstandig gevoerd bestuursbeleid', geen sprake van 'zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid', 'vrijwel volledige personele unie', 'evenzeer en op gelijke wijze raken' en 'evenzeer raken'. Meestentijds scharniert de beoordeling van de enquêtebevoegdheid in concernverhoudingen echter (uiteindelijk) om de vraag of sprake is van een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding' dan wel van het 'evenzeer en op gelijke wijze raken' (*vide* ook onder (vi) *infra*).

(v) Uit de onderzochte beschikkingen waarin de Ondernemingskamer (in wezen) heeft geoordeeld, althans dat ligt erin besloten, dat een verzoeker bevoegd was tot het indienen van een concerngenotenenquêteverzoek, blijkt niet, althans niet expliciet, dat zij die verzoeker ook gelijk heeft gesteld aan een houder van (certificaten van) aandelen als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW.

(vi) Uit de onderzochte beschikkingen volgt dat zowel vóór 's Ondernemingskamers *Landis*-beschikking uit oktober 2003 (zie *Janson*, *Kruisheer Elffers* en *Callas*) als na het dienaangaande gevelde oordeel van de Hoge Raad in februari 2005 het criterium 'economische en organisatorische eenheid onder

gemeenschappelijke leiding' (samen met 'vrijwel volledige personele unie' noem ik dit de eerste '*Landis*-schakel') voorkwam en – nog steeds – voorkomt. Hoewel de Ondernemingskamer, na die cassatiebeschikking, niet meteen (zie *Curamedical*, *Dodo* en *Florimarx*) de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverhoudingen anders is gaan beoordelen door in lijn met de *Landis*-beschikking van de Hoge Raad (met zoveel woorden) te toetsen of sprake was van het 'evenzeer en op gelijke wijze raken' van belangen (dit noem ik de derde *Landis*-schakel), past zij sinds (halverwege) 2015 dat 'raken-vereiste' jaarlijks toe. Kijken wij in de periode 2006-2018 naar de door de Ondernemingskamer gegeven beschikkingen waarin sprake was van een concerngenotenenquêteverzoek, dan valt op dat (in ieder geval) de twee hiervoor bedoelde criteria elkaar afwisselden in de zin dat de ene keer het eerstgenoemde criterium werd gebruikt en de andere keer het laatstgenoemde criterium. Op 7 juli 2015 vielen zij samen in de zin dat in twee op die datum gegeven beschikkingen het eerstbedoelde criterium werd toegepast en in één daarop gegeven beschikking het laatstbedoelde criterium werd toegepast. Opmerkelijk is, overigens, dat in de op 26 juli 2018 gegeven *SNS*-beschikking de Ondernemingskamer overwoog dat zij de in 's Hogens Raads *Landis*-beschikking geformuleerde maatstaf aldus begreep dat het aankomt op de vraag of belangen 'evenzeer en op gelijk wijze' worden geraakt, terwijl zij nadien in twee in november 2018 gegeven beschikkingen, namelijk *JBNT* en *RAB*, (weer) sprak van een 'economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding'. Als daarvan sprake was, en uit de feiten volgt dat er eveneens een (vrijwel) volledige personele unie tussen de besturen van de te enquêteren vennootschappen aanwezig was, wat bijna altijd het geval was, dan ligt daarin besloten dat geen sprake was van enig zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid van de dochtermaatschappij ten opzichte van haar moedermaatschappij en was mitsdien – impliciet – aan het raken-vereiste voldaan. Beschikkingen waarin het (uiteindelijk) aankwam op de vraag of er geen sprake was van 'zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid' (wat ik de tweede *Landis*-schakel noem), zijn schaars. Een voorbeeld hiervan betreft de *SNS*-beschikking uit 2015.

(vii) Uit een deel van de onderzochte beschikkingen blijkt dat de Ondernemingskamer in het kader van de beoordeling van de enquêtebevoegdheid van houders van (certificaten van) aandelen in concernverhoudingen volstond met, bleef steken in, het noemen van (een deel van) een of meer *Landis*-schakels (*vide* onder (vi) *supra*), terwijl uit een ander deel van die beschikkingen blijkt dat zij ook (zelfstandig) onderbouwde waaróm aan een bepaald criterium was voldaan.

Overigens breng ik nog twee punten naar voren. In de *Bot Bouw*-beschikking sprak de Ondernemingskamer – in het kader van de beoordeling van de enquêtebevoegdheid

van aandeelhouders in concernverhoudingen – van de 'doeleinden en de daarmee verband houdende draagwijdte van het enquêterecht', dit onder verwijzing naar (mede) de *Ogem*-beschikking van de Hoge Raad. Daarna werd in haar beschikkingen inzake *Janson*, *Kruisheer Elffers* en in *Bouwburo* gesproken van 'doel en strekking' van het enquêterecht. De concerngenotenenquête was ten tijde van het geven van die (vier) beschikkingen nog niet door de Hoge Raad gesanctioneerd. Het beroep op dan wel het in aanmerking nemen van het vorenbedoelde zal daarom, naar ik vermoed, zijn geweest om het oordeel te dezen (overtuigings)kracht bij te (doen) zetten. Na 's Hogen Raads *Landis*-beschikking beoordeelde de Ondernemingskamer echter ook, zo nu en dan, de enquêtebevoegdheid in concernverband in het licht van het doel en de strekking van het enquêterecht (in haar *Bakery Initiatives*-beschikking sprak zij van de 'doelstellingen van de enquêteprocedure'), getuige haar beschikkingen inzake *Curamedical*, *Boon*, *Van Weerts & Van Rooij*, *Steelframe*, *Meijbon* en *Blue*. Waarom zij dat in die beschikkingen wel deed en in (de) andere niet, weet ik niet. Het lijkt mij dat met de komst van de uitspraak van de Hoge Raad als hiervoor bedoeld zulks niet meer van node is.

Als de bovenliggende vennootschap geen 100%-belang in de (mede te enquêteren) onderliggende vennootschap houdt, dan hoeft dat niet aan het door een houder van (certificaten van) aandelen van eerstgenoemde bevoegdelijk kunnen verzoeken van een concerngenotenenquête in de weg te staan. Zulks kan evenwel anders liggen ingeval op het niveau van de laatstgenoemde vennootschap tussen de meerderheidsaandeelhouder en de minderheidsaandeelhouder(s) ervan een aandeelhoudersovereenkomst is gesloten op grond waarvan, bijvoorbeeld, ten aanzien van bepaalde besluiten unanieme (voorafgaande) toestemming vereist is van de algemene vergadering van die vennootschap of dat bepaalde besluiten met een (zwaar) gekwalificeerde meerderheid van alle geplaatste kapitaal daarvan moeten worden genomen. Men zie in dit verband de beschikkingen inzake *MBV* en *D&G*.

Hoofdstuk 8

Op grond van art. 2:350, eerste lid, BW dienen er gegronde redenen te zijn om aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van de te enquêteren vennootschap te twijfelen. Deze (open) norm versta ik aldus dat de verzoeker tot enquête dusdanige feiten en omstandigheden (gemotiveerd) dient te stellen en, bij (gemotiveerde) betwisting, aannemelijk dient te maken dat de Ondernemingskamer tot de overtuiging wordt gebracht dat er een reële kans bestaat dat als er een onderzoek wordt gelast, uit het naar aanleiding daarvan opgestelde verslag ten minste van onjuist beleid of van een onjuiste gang van zaken blijkt. Hij behoeft niet een vermoeden van wanbeleid aannemelijk te maken – ofschoon daar zeer wel sprake van kan zijn, is een vermoeden van onjuist beleid (een onjuiste gang van zaken incluis) voldoende – noch behoeft hij aannemelijk te maken dat de aangevoerde feiten en omstandigheden wijzen op mogelijk

wanbeleid dan wel dat er een redelijke kans bestaat dat een te verrichten onderzoek wanbeleid zal uitwijzen.

Uit de beschikkingspraktijk van de Ondernemingskamer volgt dat in geval van een concerngenotenenquêteverzoek – in overeenstemming met het thans vigerende systeem – bij álle in de concerngenotenenquête te betrekken vennootschappen sprake moet zijn van gegronde redenen om aan de juistheid van het beleid of van de gang van zaken te twijfelen. De verzoeker dient dat te stellen én, belangrijker, te substantiëren. De Ondernemingskamer gaat vervolgens na of de gestelde gegronde redenen daadwerkelijk – per te enquêteren vennootschap (*vide* ook *infra*) – aanwezig zijn. Heeft de verzoeker in dit verband niets gesteld dan wel zijn stelling niet van stoffering voorzien of levert het aangevoerde geen gegronde redenen op om te twijfelen aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van een of meer onderliggende vennootschappen, dan komt het hier bedoelde verzoek in zoverre niet voor toewijzing in aanmerking.

In haar *Callas*-beschikking lijkt de Ondernemingskamer een ietwat andere benadering te hebben gevolgd. Deze zag er, naar het lijkt, als volgt uit. Zijn er gegronde redenen op moederniveau? Zo ja, is er sprake van (een bepaalde mate van) ineenstrengeling van (het beleid van) de (respectieve) groepsmaatschappijen? Zo ja, dan volgt daaruit dat er ook gegronde redenen zijn, en wel dezelfde, op dochterniveau, tenzij duidelijk wordt gemaakt waarom zulks toch niet het geval is. Dit komt dicht in de buurt van een concernbenadering. Kennelijk kon het beleid van de twee moedermaatschappijen niet, althans moeilijk, van dat van hun dochtermaatschappij worden (af)gescheiden. De huidige enquêteregeling gaat niettemin uit van de enkelvoudige rechtspersoon, waarin, strikt genomen, het beleid en de gang van zaken van iedere vennootschap op zichzelf zou moeten worden beschouwd. Men vergelijke ook de *Setay*-beschikking.

Hoofdstuk 9

De Ondernemingskamer stelt (in beginsel) in haar onderzoeksbeschikking vast wat de bevolen enquête ten hoogste mag kosten. Overzien wij haar beschikkingspraktijk ter zake van de vanaf 2002 tot de datum van afsluiting van dit onderzoek in (medio) 2019 op verzoek van houders van (certificaten van) aandelen gelaste concerngenotenenquêtes, dan doemt daaruit het volgende beeld op. Het (initiële) kostenplafond varieerde van € 5.000 tot, op één uitzondering na, € 50.000. Meestal bedroeg het kostenmaximum € 10.000, € 15.000, € 20.000 of € 25.000, waarbij zij opgemerkt dat het eerstbedoelde (initiële) maximum na de *2Link*-beschikking niet meer is voorgekomen. Op een enkele uitzondering na bepaalde de Ondernemingskamer dat de onderzoekskosten, al dan niet hoofdelijk, werden gedragen door (een van) de te enquêteren vennootschap(pen) alsmede dat deze voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker, al dan niet vóór de aanvang van diens werkzaamheden, zekerheid diende (dienden) te stellen. Veelal kwamen die kosten – conform

het huidige systeem – ten laste van zowel de moedermaatschappij als haar dochtermaatschappij(en), soms zelfs in een bepaalde verhouding. Niettemin heeft de Ondernemingskamer in een niet onaanzienlijk aantal beschikkingen bepaald dat zij – in afwijking van evengenoemd systeem – alleen ten laste van eerstgenoemde kwamen.

Indien de Ondernemingskamer het (enquête)verzoek afwijst, en daarbij – op verzoek of ambtshalve – beslist dat het naar haar oordeel niet op redelijke grond is gedaan, kan de rechtspersoon waartegen dat verzoek zich richtte, tegen de verzoeker(s) bij de Ondernemingskamer een eis instellen tot vergoeding van de schade die hij ten gevolge van het evenbedoelde verzoek lijdt, een en ander op de voet van art. 2:350, tweede lid, BW. Mij zijn slechts drie beschikkingen bekend waarin de Ondernemingskamer besliste dat het verzoek niet op redelijke grond was gedaan, te weten *La Casserole*, *Amtel* en *RVDD*, waarbij ik aanteken dat alleen in die laatste een concerngenotenenquête speelde. Bij mijn weten is in geen van die gevallen nadien bij de Ondernemingskamer een vordering tot schadevergoeding ingesteld.

Naar mijn opvatting dient het hier bedoelde artikel uit de (huidige) enquêteregeling te worden geëcarteerd, en wel reeds hierom dat het element aansprakelijkheid daarin niet thuishoort; die regeling vindt haar uiterste grens in het vaststellen van verantwoordelijkheid voor mogelijk blijkend wanbeleid. Voorts oordeelt de Ondernemingskamer (hoogst) zelden dat een (enquête)verzoek niet op redelijke grond is gedaan en is een bij haar nadien ingestelde eis tot schadevergoeding een zeldzaamheid. Overigens zij erop gewezen dat in geval van schrapping van art. 2:350, tweede lid, BW zulks een eventuele actie uit hoofde van art. 6:162 BW onverlet laat. Mede in dit licht heb ik deze materie verder laten rusten.

Art. 2:354 BW regelt het verhaal van de onderzoekskosten. De daartoe gerechtigde heeft twee mogelijkheden. De eerste betreft het verhalen van die kosten op de verzoekers tot enquête. Dit kan worden gedaan indien uit het verslag blijkt dat het enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan. De ministers Polak en De Geus spraken hiervan dat de Ondernemingskamer 'er als het ware is ingelopen' respectievelijk 'door verzoekers op een dwaalspoor is gebracht'. Bij mijn weten is de hier bedoelde mogelijkheid nog nooit met vrucht aangewend. Deze mogelijkheid tot kostenverhaal is dan ook een dode letter. Wat mij betreft, kan tot schrapping ervan worden overgegaan.

De tweede mogelijkheid regardeert het verhalen van de onderzoekskosten op een bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon was of is. Dit kan worden gedaan indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid dan wel een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon. Mij zijn slechts drie beschikkingen bekend waarin de Ondernemingskamer – in een concerngenotenenquêtezaak – op die voet een verzoek tot kostenverhaal heeft toegewezen, namelijk *Polyplus*, *Landis* en *Pierson & Pierson*. Daaruit vloeit voort dat degene die (*de iure et*) *de facto* de onderzoekskosten draagt, de Ondernemingskamer kan verzoeken de kosten op een bestuurder en/of commissaris te

mogen verhalen, waartoe zij, indien aan de vereisten van art. 2:354 BW is voldaan, een veroordeling tot betaling kan uitspreken. Financiert de moedermaatschappij het concernonderzoek, dan kan zij dus een art. 2:354 BW-verzoek indienen. In het geval waarin zowel zij als haar dochtermaatschappij de kosten ten behoeve van dat onderzoek moeten ophoesten, dan kunnen zij beide daartoe overgaan. Dit is conform het thans vigerende systeem.

Niettegenstaande het feit dat in dit artikel wordt gesproken van 'verantwoordelijk', ben ik van mening dat deze art. 2:354 BW-procedure (tweede onderdeel) in wezen een (bijzondere) aansprakelijkheidsprocedure is. Het enquêterecht – en daarmee ook de bevoegdheid van de Ondernemingskamer – vindt, voor zover hier van belang, echter zijn (uiterste) grens in het vaststellen van individuele verantwoordelijkheid voor mogelijk blijkend wanbeleid, waarbuiten (dus) valt het doen van onderzoek naar, het vellen van oordelen over en het (uiteindelijk) vaststellen van individuele aansprakelijkheid. Voornoemd artikel hoort, naar mijn opvatting, dan ook niet in de enquêteregeling thuis. Teneinde het enquêterecht zuiver te houden dient aansprakelijkheid – strikt – van verantwoordelijkheid te worden (af)gescheiden. Schrapping, ook in zoverre, van art. 2:354 BW is dan ook geïndiceerd. De gewone civiele rechter dient te worden geadieerd. Proceseconomische redenen kunnen daar niet aan afdoen. Gelet hierop, heb ik deze materie verder laten rusten.

Hoofdstuk 10

Volgens het thans vigerende systeem dient de Ondernemingskamer, in geval van een concerngenotenenquête, desverzocht per onderzochte vennootschap na te gaan of uit het verslag blijkt dat er sprake is geweest van wanbeleid. Uit de (schaarse) beschikkingen te dien aanzien blijkt dat zij dat ook deed. Alleen in de *Landis*-beschikking volgde zij een (ietwat) andere benadering. Hoewel er mede werd verzocht om wanbeleid van drie dochtermaatschappijen vast te stellen, volstond de Ondernemingskamer met de wanbeleidvaststelling ter zake van hun moedermaatschappij, nu, naar het lijkt, wanbeleid van eerstgenoemden – mede – als wanbeleid van laatstgenoemde had te gelden, dit, naar zij lijkt te suggereren, gezien de (hechte) concernrelatie tussen deze vennootschappen.

In aansluiting op de wanbeleidvaststelling kan, in geval van een concerngenotenenquête, de Ondernemingskamer eveneens desverzocht een of meer art. 2:356 BW-voorzieningen treffen bij de vennootschappen waarover die vaststelling zich uitstrekt, hetwelk ertoe kan leiden dat ze (mede) op dochterniveau worden getroffen. Voorbeelden daarvan uit 's Ondernemingskamers beschikkingspraktijk zijn echter uiterst spaarzaam; mij zijn er slechts twee bekend, namelijk *Van Doorn* en *ICTrack*.

12.3 Deel III

Hoofdstuk 11

In deel II heb ik het enquêterecht naar huidig recht (het *ius constitutum*) behandeld. Centraal daarin stonden vragen rond de 'concerngenotenenquête'. In deel III is het enquêterecht naar wenselijk recht (het *ius constituendum*) besproken, waarin vragen rond de 'concernenquête' centraal stonden. Ik heb mij beperkt tot tien vragen, bij de beantwoording waarvan ik het concern – teneinde recht te doen aan zijn (materiële) aard – als een rechtssubject *sui generis* heb beschouwd, zodat het zelfstandig drager kan zijn van rechten, plichten en verantwoordelijkheden. Deze vragen lieten zich als volgt beantwoorden:

(1) Bij een concern als zodanig zou een enquête moeten kunnen worden uitgelokt.

Toelichting

Hoewel concerngenotenenquêtes feitelijk onderzoeken zijn bij (een deel van) een concern, zijn dit juridisch onderzoeken naar het beleid en de gang van zaken van individuele rechtspersonen, nu dat het uitgangspunt is van de huidige enquêteregeling. Ik meen dat het tijd wordt dit gat te dichten door de juridische werkelijkheid bij de economische werkelijkheid te laten aansluiten. Zulks doet ook recht aan (a) de materiële aard van een concern en hoe binnen die economisch eenheid groepsmaatschappijen opereren en (b) de centrale plaats die het concern in het economische leven inneemt. Het concern wordt in technisch-juridische zin de geadresseerde van de (concern)enquêteregeling; het gaat immers om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken 'van' het concern.

Groot is deze stap mijns oordeels niet, althans het zetten van die stap valt wel mee. Immers, in het enquêterecht, zoals dat er thans uitziet, draait het om 'beleid' en 'gang van zaken' (*vide* art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW en art. 2:350, eerste lid, BW). Dat zijn rekkelijke begrippen die zich in concernverhoudingen bij uitstek lenen voor een ruime uitleg. Hierbij voegt zich dat, zoals volgt uit deel II, er al de nodige stappen richting een concernbenadering zijn gezet; men denke aan het louter kenbaar maken van de bezwaren aan het bestuur van de moedermaatschappij in geval van een personele unie, de onderzoekskosten louter ten laste van de moedermaatschappij brengen, het verrichten van een concerngenotenenquête door één onderzoeker, het beantwoorden van de wanbeleidvraag in geval van een bevolen concerngenotenenquête op basis van één verslag, het ontvankelijk verklaren van een verzoeker ten aanzien van twee of meer verweersters omdat zij konden worden aangemerkt als een concern en dit zonder die verzoeker gelijk te stellen aan een aandeel- of certificaathouder als bedoeld in art. 2:346, eerste lid, onderdeel b of c, BW, waarbij ik tevens wijs op de beschikkingen inzake *Callas* en *Landis* aangaande de beoordeling van gegronde redenen respectievelijk wanbeleid.

Als de ene vennootschap – in beginsel: op het moment van binnenkomst van het verzoekschrift ter griffie van de Ondernemingskamer – een meerderheidsbelang in het uitstaande aandelenkapitaal van een andere vennootschap heeft, dan wordt – weerlegbaar – vermoed dat tussen hen beide een groepsrelatie bestaat. Het is aan de partij die zich erop beroept dat ondanks de aanwezigheid van een meerderheidsbelang een relatie als zo-even genoemd ontbreekt, om dat vermoeden te ontzenuwen door de daarvoor relevante feiten en omstandigheden te stellen en, desnodig, aannemelijk te maken.

Is er sprake van een internationaal concern, dan zou mijns inziens in het kader van de beantwoording van de rechtsmachtvraag zowel als de vraag naar het toepasselijke recht het wenselijke recht (er ontstaat in mijn benadering *Gleichlauf* tussen de bevoegde rechter en het toepasselijke recht) er aldus uitzien dat de te hanteren maatstaf is of het te enquêteren concern op het grondgebied van Nederland aanwezig is. Dat is het geval indien ten minste één groepsmaatschappij alhier (statutair) woonachtig is. Alsdan zou de Ondernemingskamer (eveneens) bevoegd zijn om van het concernenquêteverzoek kennis te nemen voor zover dat *de facto* gericht is op alle in den vreemde residerende, en van hetzelfde concern deel uitmakende, groepsmaatschappijen en kan zij vervolgens het Nederlandse recht over dat concern uitrollen. Niettemin zij hierbij opgemerkt dat deze benadering, wat de rechtsmacht aangaat, op gespannen voet staat met de EEX-Verordening II. Sterker: deze laatste staat eraan in de weg voor zover het te enquêteren concern bestaat uit groepsmaatschappijen die hun woonplaats hebben op het grondgebied van een andere lidstaat dan Nederland.

(2) De al dan niet alhier woonachtige (rechts)personen die alleen of gezamenlijk een substantieel belang in het uitstaande aandelenkapitaal van een groepsmaatschappij van het te enquêteren concern hebben dan wel daaraan gelijk te stellen zijn, zouden een concernenquêteverzoek moeten kunnen doen.

Toelichting

De hier bedoelde enquêtegerechtigden kunnen de Ondernemingskamer (schriftelijk) verzoeken om een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een concern. Niet ter zake dienend is of het vereiste belang wordt gehouden in het aandelenkapitaal van een onderhorige, al dan niet buitenlandse, groepsmaatschappij of in de dominante (Nederlandse) groepsmaatschappij; aandeelhouders bovenin een concern en de eventuele aandeelhouders onderin een concern dienen, wat hun toegang tot het enquêterecht betreft, gelijk te worden behandeld. Het bijvoeglijk naamwoord 'substantieel' biedt flexibiliteit, maar tegelijkertijd ook rechtsonzekerheid. Ik verwacht dat de Ondernemingskamer gaandeweg piketpaaltjes zal slaan om die onzekerheid (tot op zekere hoogte) weg te nemen. Overigens hoeft de certificaathouder niet meer in de wet te worden opgenomen, want al diegenen met een – eigen en volledig – economisch belang worden aan degene met een belang als hiervoor bedoeld gelijkgesteld bij wet.

(3) De aandeelhouder van de moedermaatschappij zou (van tevoren) zijn bezwaren kenbaar moeten maken aan haar bestuur. Dit geldt ook voor een aandeelhouder van een dochtermaatschappij, indien sprake is van een personele unie tussen hun besturen. Is daar geen sprake van, dan zouden de bezwaren (eerst) aan het bestuur van die dochtermaatschappij kenbaar moeten worden gemaakt en, indien tevergeefs, aan dat van haar moedermaatschappij.

Toelichting

Niet nodig is dat de enquêteverzoeker per afzonderlijke groepsmaatschappij heeft aangeven dat en welke bezwaren hij tegen haar beleid of gang van zaken heeft. Nog daargelaten dat zulks in geval van concerns bestaande uit ettelijke (inter)nationale groepsmaatschappijen tijdverslindend en welhaast ondoenlijk zou zijn, wordt met die regel ook miskend dat (a) het beleid (en de gang van zaken) van de ene groepsmaatschappij (tot op zekere hoogte) verstrengeld zal zijn met dat (en die) van een of meer andere groepsmaatschappijen en (b) in geval van een centraal geleid concern er geen sprake is van zelfstandige beleidsbepaling en -voering zijdens een onderhorige groepsmaatschappij, zodat het per groepsmaatschappij doen blijken van bezwaren mij niet zinvol voorkomt. Het wenselijke recht neemt dan ook tot uitgangpunt dat de verzoeker zijn bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken van het (te enquêteren) concern als zodanig kenbaar moet maken; het individualiseren daarvan is niet van node. Dit sluit ook hierbij aan dat ik het concern beschouw als een rechtssubject *sui generis*.

(4) Er zou moeten blijken van gegronde redenen om te twijfelen aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken van het concern als zodanig.

Toelichting

Onder het beleid 'van' het concern valt de voorbereiding, vaststelling en uitvoering ervan en dat zowel zijdens de moedermaatschappij als zijdens de dochtermaatschappij(en). Onder 'beleid' valt ieder soort beleid, zoals dividendbeleid, beloningsbeleid, communicatiebeleid, milieubeleid, personeelsbeleid, pensioenbeleid en andersoortig beleid. Op al deze beleidsterreinen kan een – op twijfel aan de juistheid van het beleid gerichte – gegronde reden liggen. Met 'gang van zaken' wordt met name gedoeld op gedragingen tussen of binnen ((leden van) organen van) groepsmaatschappijen, voor zover die geen verband houden met het (uitvoeren van) beleid. Ook het buiten het concern vertoonde gedrag van individuele leden van organen van groepsmaatschappijen van het desbetreffende concern kan een gegronde reden opleveren, mits de gedraging is verricht in de hoedanigheid van aandeelhouder, bestuurder of commissaris van dat concern. De enquêteverzoeker kan zich met het aan zijn gegronde redenen-stelling ten grondslag gelegde keren tegen het beleid of de gang van zaken

van het concern als zodanig, zonder dat hij dat beleid of die gang van zaken behoeft te (trachten te) individualiseren, te ontvlechten, of dat uit het verzoekschrift moet blijken dat materieel/feitelijk bij alle afzonderlijke groepsmaatschappijen dergelijke redenen aanwezig zijn.

(5) Het verzoekschrift zou gericht moeten zijn op het concern als zodanig.

Toelichting

Het wenselijke recht neemt het concern als zodanig tot uitgangspunt. Het verzoekschrift dient dan ook gericht te zijn op het te enquêteren concern in kwestie, men denke aan het *Ahold*-concern. Dat is de gerekestreerde. Ter bepaling van de woonplaats kan er worden aangesloten bij die van de moedermaatschappij. In het petitum wordt verzocht om een onderzoek bij concern X, hetgeen ergens in het verzoekschrift zal moeten worden gedefinieerd. Gaat het om een groot concern, dan zou volstaan kunnen worden met een definitie in de trant van moedermaatschappij X en alle met haar in een groep verbonden vennootschappen.

(6) Het concern als zodanig zou in de enquêteprocedure (als gerekestreerde) moeten worden opgeroepen en in de gelegenheid moeten worden gesteld om verweer te voeren.

Toelichting

Het concern beschouw ik, zoals meermaals gezegd, als een rechtssubject *sui generis*. Daarbij past dat het concern als zodanig procesbevoegdheid toekomt, zodat het in rechte (als verweerder) kan optreden. Die bevoegdheid is ook niet exclusief voorbehouden aan natuurlijke personen en rechtspersonen. Het voorgaande impliceert voor het enquêterecht, waarbij ik mede in aanmerking heb genomen dat het concern (in ieder geval intern) een eenheid is waarbinnen de moedermaatschappij aan het roer staat en deze laatste mitsdien naar buiten toe als een soort vertegenwoordiger ervan kan worden gezien, dat (i) op het adres van de moedermaatschappij een afschrift van het verzoekschrift wordt achtergelaten evenals een oproepingsbrief, (ii) het concern als zodanig, in zowel de processtukken als in de beschikking, wordt aangemerkt als gerekestreerde (*e.g.* het *KPN*-concern), (iii) het concern als zodanig in de gelegenheid wordt gesteld om verweer te voeren en, indien deze daarvan gebruikmaakt, een – door de moedermaatschappij te selecteren, nu het een concernaangelegenheid betreft – advocaat inschakelt om proceshandelingen te verrichten en (iv) het concern in de proceskosten kan worden veroordeeld (*vide* art. 289 Rv), in welk geval het, gezien de hogerbedoelde vertegenwoordigingsfunctie, voor de hand ligt dat de daartoe strekkende uitspraak in beginsel jegens de moedermaatschappij geëxecuteerd kan worden.

(7) In beginsel zouden alle groepsmaatschappijen hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de onderzoekskosten en de zekerheidsstelling daarvoor.

Toelichting

Ofschoon het in de rede ligt dat de moedermaatschappij voor de onderzoekskosten opdraait, dit mede gezien haar functie binnen het concern, is het mij onverschillig uit welke hoek van het te enquêteren concern het geld ten behoeve van de financiering van het onderzoek vandaan komt. Het concern als zodanig is subject van enquête. Ik meen dan ook dat, in beginsel, alle groepsmaatschappijen waaruit het bestaat, hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de onderzoekskosten en dat zij ten genoegen van de onderzoeker voor die betaling vóór de aanvang van diens werkzaamheden – en onvoorwaardelijk – zekerheid dienen te stellen. Nadat het onderzoek is afgerond, kan de onderzoeker zich met zijn declaratie rechtstreeks wenden tot de financier(s) van het onderzoek. De Ondernemingskamer blijft daar in beginsel – in afwijking van het huidige recht – buiten, wat ook kan als ik kijk naar de huidige praktijk, waarin in beginsel de vergoeding van de onderzoeker overeenkomstig het in de declaratie genoemde eindbedrag bepaalt. Alleen in geval van een geschil komt zij eraan te pas.

(8) Het bestuur van de moedermaatschappij zou (in ieder geval) het onderzoeksverslag (in concept) moeten ontvangen en zou daaruit mededelingen aan derden mogen doen.

Toelichting

De uitkomsten van het onderzoek legt de onderzoeker neer in een verslag. Alvorens hij dat ter griffie aanbiedt, legt hij het (gehele) verslag – in concept en *sub rosa* – voor aan (in ieder geval) het concernbestuur. Het is aan de onderzoeker om te bepalen of en, zo ja, in hoeverre hij eventuele opmerkingen overneemt. De – in het Nederlands of Engels geschreven dan wel vertaalde, alsmede ondertekende – eindversie doet hij vervolgens toekomen aan (de griffie van) de Ondernemingskamer. De griffier legt het verslag – door middel van het erop zetten van een stempel met een datum – te haren griffie neer, waartoe hij ten spoedigste dient over te gaan. Op de kortst mogelijke termijn doet hij een afschrift van het verslag toekomen aan, in ieder geval, (de advocaat van) de enquêteverzoeker en (de advocaat van) de geënquêteerde, welk afschrift ten aanzien van die laatste kan worden geadresseerd aan de moedermaatschappij. Laatstgenoemde mag uit het verslag – zonder dat een voorafgaande OK-machtiging van node is – mededelingen, al dan niet *sub rosa*, aan derden doen, alsmede staat het ter bepaling van het bestuur ervan of en, zo ja, in hoeverre (a) het verslag intern wordt verspreid en (b) andere functionarissen dan de leden van het concernbestuur daaruit mededelingen aan derden mogen doen.

(9) Het concern zou als rechtssubject *sui generis* moeten worden beschouwd en bijgevolg zou (de verantwoordelijkheid voor gebleken) wanbeleid van het concern moeten kunnen worden vastgesteld.

Toelichting

(In ieder geval) de oorspronkelijke enquêteverzoeker is bevoegd tot de indiening van een wanbeleidverzoek bij de Ondernemingskamer, ongeacht of hij te dien tijde nog beschikt over een substantieel aandelenbelang. Gezien de mogelijk grote omvang en dito complexiteit van het verslag, zou ik de termijn daartoe willen oprekken naar drie maanden, te rekenen vanaf van het moment van nederlegging ervan ter griffie, dan wel de termijnbepaling ter discretie van de Ondernemingskamer willen laten. Het concern is een rechtssubject *sui generis* en kan derhalve wanbeleid worden aangewreven, zonder dat per groepsmaatschappij dat wanbeleid hoeft te worden geïndividualiseerd. Voortbouwende op het wanbeleidverzoek kan de verzoeker de Ondernemingskamer verzoeken vast te stellen wie binnen het geënquêteerde concern verantwoordelijk is voor het gewraakte beleid. Zulks kan ten aanzien van, bepaaldelijk, leden van het concernbestuur, doch, onder omstandigheden, ook met betrekking tot ((leden van) organen van) onderhorige groepsmaatschappijen.

(10) Binnen het hele concern zouden voorzieningen moeten kunnen worden getroffen.

Toelichting

In aansluiting op de wanbeleidvaststelling kan de Ondernemingskamer desverzocht een of meer (eind)voorzieningen treffen. Als onder het wenselijke recht de Ondernemingskamer tot het oordeel komt dat sprake is van wanbeleid van het geënquêteerde concern, dan kan zij desverzocht bij álle groepsmaatschappijen rechtstreeks ingrijpen door middel van het treffen van een of meer voorzieningen, indien en voor zover dat nodig is. Voor zover de haalbaarheid daarvan wordt beperkt door de bevoegdheidsregeling van de EEX-Verordening II, dient de Ondernemingskamer zich te onthouden van dat ingrijpen in geval van een op het grondgebied van een andere lidstaat dan Nederland woonachtige groepsmaatschappij.

Als sprake is van een internationaal (geënquêteerd) concern, dan kunnen wegens het ontbreken van handhavingsjurisdictie de bij buitenlandse concerndelen getroffen maatregelen niet rechtstreeks worden geëffectueerd. Zulks zou wel op indirecte wijze kunnen door middel van het benoemen van een persoon tot bestuurder van de moedermaatschappij, welke persoon vervolgens met gebruikmaking van alle middelen (juridische, organisatorische en/of financiële) die hem ten dienste staan, zou kunnen

ingrijpen bij een of meer buitenlandse groepsmaatschappijen. Dat de Ondernemingskamer ten aanzien van in andere lidstaten woonplaats hebbende groepsmaatschappijen onder de EEX-Verordening II geen rechtsmacht heeft, staat, naar het mij voorkomt, niet, althans niet zonder meer, aan het voorgaande in de weg, nu de voorziening bij een Nederlandse vennootschap wordt getroffen. Hieraan doet niet af als die grensoverschrijdende gevolgen zou kunnen hebben.

SUMMARY

This research consists of four parts. Part I is the introductory part, which comprises two chapters. Chapter 1 is the introduction, in which the central question of this research is formulated:

> 'How must (or could) the Dutch right of inquiry be interpreted and applied in respect of national and international groups of companies?'

This question is divided into: (a) a question into current law; and (b) a question into desirable law. These questions are answered in Chapters 3 through 11 (*vide infra*). In the essence, the issue central to this research hinges on the fact that on the inside a group is an economic unit, but on the outside it is a legal plurality.

Chapter 2 pertains to groups of companies and their inherent force fields between legal reality and economic reality. The 'group' has evolved into the most common business structure. Despite this fact, Dutch corporate law as laid down in Book 2 of the Dutch Civil Code [*Burgerlijk Wetboek*, 'DCC'] – still – takes the single-company legal entity functioning autonomously, both from the legal and the economic perspective, as a basis. However, group companies are not separate and isolated entities; they jointly form a single business under the management of their parent company. Dutch corporate law looks at groups through an old-fashioned lens. Conversely, European competition law (Articles 101 and 102, TFEU) focuses on the whole, considering economic reality, in particular the economic, organisational and legal ties uniting the legal entities involved.

Together with Part III, Part II forms the body of this research. It comprises Chapters 3 through 10 and pertains to the right of inquiry in respect of groups of companies under current law.

Chapter 3 constitutes a reminder that the right of inquiry as embedded in Chapter 2 of Title 8 of Book 2 of the DCC is based on the single-company legal entity. This means that holders of shares (or depositary receipts for shares) in a parent company do not, in principle, have the power, under Section 2:346, first paragraph, subsection b. or c., of the DCC, to also elicit an inquiry of that parent company's (wholly owned) subsidiary. This was definitively changed, however, by the judgment rendered by the Supreme Court of the Netherlands [*Hoge Raad der Nederlanden*] in the *Landis* case, in which the 'inquiry of group companies' was sanctioned. In my opinion, a request for any such inquiry must, to the extent possible, be dealt with in conformity with the provisions laid down in the said DCC Chapter.

Chapter 4 devotes attention to the request, the summons and the defence. At the beginning and in the body of a request, and in the part thereof in which relief is sought, the requester is to include all the companies to be subjected to the inquiry. Subsequently, the Dutch Enterprise Chamber [*Ondernemingskamer*] is to summon those companies to appear and allow them to put up a defence.

Chapter 5 addresses foreign group companies, with procedural and substantive private international law playing a major role. First, an analysis is provided of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters ('the Regulation'). This analysis reveals that Article 25 of the Regulation (choice of court) will not secure jurisdiction for the Enterprise Chamber, that Article 24, opening words and subsection (2), of the Regulation (exclusive jurisdiction) does not apply to inquiry cases, that it appears that Article 8, opening words and subsection (1), of the Regulation (multiple defendants) cannot be invoked in inquiry cases and that Article 4, first paragraph, of the Regulation (general rule) must be relied on, which means that the Enterprise Chamber does not have jurisdiction with respect to a request to order an inquiry geared at a group company domiciled in another Member State. Should the group company have its seat in the territory of a non-Member State, then the Enterprise Chamber will, in principle, have jurisdiction on the grounds of Section 3, opening words and subsection a., of the Dutch Code of Civil Procedure [*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*]. Subsequently, the question as to applicable law is addressed. In view of Section 10:118 of the DCC, the Netherlands adheres to the incorporation doctrine, which also covers the right of inquiry. If a group company is governed by foreign incorporation law including an inquiry scheme of its own, then that scheme should be applied. Absent any such scheme, the request to order an inquiry cannot (to this extent) be allowed. Section 2:344 of the DCC merely serves as a safety-net provision.

Chapter 6 discusses how objections to a company's policies or affairs are to be made known. Before legal action can be instituted against a company, the requester must, under Section 2:349, first paragraph, first sentence, of the DCC, make the objections known in advance to the management board, and to the supervisory board, if any, of the company to be subjected to the inquiry. Although this also holds true for requests to order an inquiry of both a parent company and its subsidiary, no objection will be raised if – in case of a formal or substantive personal union of their management boards – all objections are made known to a single company (the parent company) only.

Chapter 7 zooms in on the power of holders of shares (or depositary receipts for shares) to request an inquiry in respect of a group of companies. In this chapter, the main focus is on the discussion of decisions passed by the Enterprise Chamber. The seven questions raised in relation thereto can be answered as follows:

(i) The decisions studied appear to show that a requester holding shares or depositary receipts for shares in a parent company, but failing to (directly) meet the provisions laid down in Section 2:346, first paragraph, subsection b. or c., of the DCC in respect of a subsidiary that is also to be subjected to the inquiry, must state that and (adequately) substantiate why he/she/it nonetheless has the power to request an inquiry of that subsidiary (that the requirements for an inquiry of group companies have been satisfied), for which purpose such requester will have to state (at least) one or more links (or any parts thereof) from the *Landis* case (*vide infra* in section (vi)); or the case papers and/or the proceedings at the session must show that this is the case, or such can be derived from those documents and/or proceedings.

(ii) Some of the decisions studied appear to show that the Enterprise Chamber tests the power to request an inquiry of group companies on a *pro-forma* basis, while other decisions appear to show that it does *not* test this on a *pro-forma* basis, so that the defendant(s) will have to contest such power providing (adequate) substantiation.

(iii) Some of the decisions studied appear to show that the Enterprise Chamber subjects the assessment of the said power to a full test, as is evidenced by the words 'it is true that', 'correct', 'proper grounds' and 'correctly', while other decisions appear to show that it subjects the assessment of such power to a marginal (limited) test, as is evidenced by the words 'not incorrectly', 'no reason to find otherwise' and 'to be considered plausible'.

(iv) The decisions studied boast an array of parallel (or other) criteria, such as 'economic and organisational unit under joint management', 'inextricably intertwined', 'concern', 'group', 'economic and organisational unit', 'organisational unit', 'financial, economic and organisational unit', 'economic and organisational interrelationship', 'joint policies under joint management', no 'independently adopted management policies', no 'independently pursued management policies', no 'independently adopted and pursued management policies', 'virtually overall personal union', 'likewise and equally affected' and 'likewise affected'. In most cases, however, the assessment of the power to request an inquiry in respect of a group of companies (eventually) hinges on the question as to whether there is an 'economic and organisational unit under joint management' or on the 'likewise and equally affected' criterion.

(v) The decisions studied in which the Enterprise Chamber found that a requester had the power to request an inquiry of group companies do not show, or not explicitly, that it put such requester on a par with a holder of shares (or depositary receipts for shares) as referred to in Section 2:346, first paragraph, subsection b. or c., of the DCC.

(vi) The decisions studied show that, both before the Enterprise Chamber's decision in the *Landis* case in October 2003 and after the judgment rendered by the Dutch Supreme Court in *Landis* in February 2005, the

criterion of 'economic and organisational unit under joint management' (which, together with 'virtually overall personal union', I call the 'first *Landis* link') was applied and is – still – applied. Although, after the said judgment in the cassation appeal, the Enterprise Chamber did not immediately start assessing the power of holders of shares (or depositary receipts for shares) to request an inquiry in respect of a group of companies otherwise, by testing (in so many words), in line with the Supreme Court's judgment in *Landis*, whether interests had been 'likewise and equally affected' (which I call the 'third *Landis* link'), it has applied the 'affected' requirement every year since (mid-)2015. Remarkably, in the decisions passed by the Enterprise Chamber during the 2006-2018 period which involved requests to order an inquiry of group companies, the two aforementioned criteria alternated in that the former criterion was applied one time and the latter criterion the next. On 7 July 2015, they coincided in that the former criterion was applied in two decisions passed on that date and the latter criterion was applied in one decision passed on that date. Oddly enough, in the decision passed in *SNS* on 26 July 2018, the Enterprise Chamber considered that it took the yardstick formulated in the Supreme Court's judgment in *Landis* to mean that the question whether interests are 'likewise and equally' affected is relevant, while it (once again) referred to an 'economic and organisational unit under joint management' in two decisions passed in November 2018, i.e. in *JBNT* and *RAB*. Rare are decisions in which the question whether there were no 'independently adopted and pursued management policies' (which I call the 'second *Landis* link') was (eventually) relevant.

(vii) Some of the decisions studied show that, as part of the assessment of the power of holders of shares (or depositary receipts for shares) to request an inquiry in respect of a group of companies, the Enterprise Chamber sufficed with – went no further than – referring to one or more Landis links (or any part thereof) (*vide infra* in section (vi)), while other decisions show that it also (autonomously) justified *why* a specific criterion had been satisfied.

Chapter 8 deals with the valid reasons. Pursuant to Section 2:350, first paragraph, of the DCC, the Enterprise Chamber will allow a request only if there are valid reasons to doubt the correctness of the policies or affairs of the legal entity to be subjected to the inquiry. This also holds true for a request to order an inquiry of group companies. This means that there must be such reasons in relation to *all* group companies to be subjected to the inquiry.

Chapter 9 addresses the issues of the inquiry costs and two separate proceedings. Among other things, it is concluded that, as a rule, inquiry costs are to be borne by both the parent company and its subsidiary or subsidiaries. However, it is also possible that they are to be borne by the parent company only. In addition, it is concluded that the separate proceedings, i.e. those of Section 2:350, second paragraph, of the DCC and those of Section 2:354 of the DCC, are to be removed from the

inquiry scheme, one of the reasons being that they (essentially) pertain to liability, which does not belong in such scheme.

Chapter 10 discusses mismanagement and relief, concluding, among other things, that decisions in which the Enterprise Chamber also established mismanagement at the subsidiary level are rare and that those in which it also provided relief at that level are even rarer.

Part III contains Chapter 11, which discusses the right of inquiry in respect of groups of companies under desirable law using ten questions, which are answered as follows:

(1) It should be possible to elicit an inquiry of a group as such.
(2) A legal entity or person domiciled in the Netherlands or elsewhere that, alone or together with other parties, holds a substantial interest in the outstanding share capital of a company of a group to be subjected to an inquiry, or that can be put on a par with such an entity or person, should be able to request the inquiry of that group.
(3) Shareholders of the parent company would have to make their objections known to the parent company's management board (in advance). This also holds true for the shareholders of a subsidiary in case of a personal union of the two companies' management boards. Absent any such personal union, the objections would (first) have to be made known to the subsidiary's management board and, should that be to no avail, to the parent company's management board.
(4) There should be valid reasons to doubt the correctness of the polices or affairs of the group as such.
(5) The request would have to be directed towards the group as such.
(6) The parent company would have to be summoned to appear in the inquiry proceedings.
(7) In principle, all group companies would be jointly and severally liable for the payment of the inquiry costs and for the provision of security for those costs.
(8) The parent company's management board would have to receive the report of the inquiry and be allowed to quote from that report in respect of third parties.
(9) The group would have to be considered a legal person *sui generis*, so that it should be possible to establish mismanagement by the group.
(10) It should be possible to provide relief throughout the group.

Part IV consists of Chapter 12, which provides a summary and conclusions, as set forth above.

LITERATUUR

Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties 2013
'Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers in enquêteprocedures (artikel 2:345 BW) gewijzigd per 1 januari 2013', *Ondernemingsrecht* 2013/97, p. 485-489.

Van Achterberg 1989
M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern in het ondernemingsrecht. Een beschouwing over de problemen die samenhangen met de juridische definiëring van het economische verschijnsel concern, mede aan de hand van de definitieproblematiek die in de geconsolideerde jaarrekening naar voren komt* (diss. Amsterdam VU), Serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, deel 33, Deventer: Kluwer 1989.

Van Amsterdam en Van Amsterdam 2011
L.A. van Amsterdam en A.M. van Amsterdam, *De Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer en het Nederlandse ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Andersen *et al*. 2017
P.K. Andersen *et al.*, 'European Model Company Act (EMCA)', Nordic & European Company Law, LSN Research Paper Series, nr. 16-26, 2017.

Antunes 1994
J.E. Antunes, *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law. An International and Comparative Perspective*, Studies in Transnational Economic Law, volume 10, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1994.

Antunes 2008
J.E. Antunes, 'The Law of Corporate Groups in Portugal', Institute for Law and Finance, Working Paper Series, nr. 84, 2008.

Asser-Maeijer 2-III 2000
J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*. 2. *Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009
G. van Solinge en 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.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013
G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015
M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman en M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015
X.E. Kramer en H.L.E. Verhagen (m.m.v. S. van Dongen en A.P.M.J. Vonken), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016
A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017
J.M.M. Maeijer en M. van Olffen, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Rensen 2-III 2017
G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018
F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Vonken 10-I 2018
A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer en S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Assink 2007
B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag. Binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 59, Deventer: Kluwer 2007.

Assink 2010
B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht. Over faciliëring en regulering van ondernemerschap* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010.

Assink 2014
B.F. Assink, 'De 'economische werkelijkheid' in het Nederlandse ondernemingsrecht', *WPNR* 2014/7037, p. 1031-1043.

Assink 2015
B.F. Assink, 'Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang', *WPNR* 2015/7048, p. 103-117.

Assink 2016
B.F. Assink 'Van vennootschappelijk belang (II, slot)', *WPNR* 2016/7112, p. 491-499.

Assink en Kroeze 2016
B.F. Assink en M.J. Kroeze, 'Kroniek enquêterecht 2015', in: M. Holtzer, D.A.M.H.W. Strik en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 37-80.

Bartman 1986
S.M. Bartman, *Inleiding concernrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1986.

Bartman 1989
S.M. Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid. Over (o.a.) convergentie in rechtsdenken op het gebied van concernverhoudingen tussen Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland* (diss. Utrecht), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 6, Deventer: Kluwer 1989.

Bartman 2002
S.M. Bartman, 'Boekbespreking', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 533-536.

Bartman 2005
S.M. Bartman, 'De concernenquête na Landis', *WPNR* 2005/6628, p. 551-558.

Bartman en Dorresteijn 2013
S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013.

Bartman en Van den Ingh 2013
S.M. Bartman en F.J.P. van den Ingh, 'De economische werkelijkheid in het ondernemingsrecht, meer in het bijzonder in het enquêterecht. Een e-maildialoog', in: D. Busch en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels koers. Liber Amicorum Prof.mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol*, Serie Onderneming en Recht, deel 79, Deventer: Kluwer 2013, p. 45-53.

Bartman 2015
S.M. Bartman, 'Het goudschaaltje van Ingelse. Over de enquêtebevoegdheid van afgeleid-gerechtigden', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer en als vice-president van het Gerechtshof Amsterdam*, Prinsengrachtreeks, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 43-50.

Bartman, Dorresteijn en Olaerts 2016
S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteijn en M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Basedow 2013
J. Basedow, 'Exclusive Choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms', Max Planck Private Law Research Paper nr. 14/1, 2013.

Bennaars 2019
J.H. Bennaars, '14 jaar na de 15 april-arresten: is ontslag van een vennootschapsbestuurder echt altijd ontslag? Wat is een redelijke grond en welke (ontslag)regels gelden voor welke bestuurder?', *Ondernemingsrecht* 2019/62, p. 321-328.

Berkhout 2013
D.F. Berkhout, 'Enquêtebevoegdheid voor aandeelhouders van buitenlandse vennootschappen', *TOP* 2013/4, p. 133-137.

De Bijll Nachenius 1992
H.J. de Bijll Nachenius, 'Medezeggenschap in internationale concerns', in: *Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige jubileumcongres ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 15 en zaterdag 16 november 1991 te Nijmegen*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, deel 39, Deventer: Kluwer 1992, p. 31-40.

Blanco Fernández, Holtzer en Van Solinge 2004
J.M. Blanco Fernández, M. Holtzer en G. van Solinge, *Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 78, Deventer: Kluwer 2004.

Blanco Fernández 2015
J.M. Blanco Fernández, 'De rechter en de economische werkelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2015/21, p. 128-133.

Blanco Fernández 2016
J.M. Blanco Fernández, 'Nauw verbonden rechtspersoon', in: C.D.J. Bulten *et al.* (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 51-57.

Blauwhoff en Keltjens 2014
R.J. Blauwhoff en J.M.J. Keltjens, 'Rechtsvinding van buitenlands recht: wat wordt er van de rechter verwacht?', *TREMA* 2014/1, p. 19-24.

Van den Blink 2010
L.P. van den Blink, 'Enige ervaringen van een enquêteur', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 55-62.

Blumberg *et al.*
P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business (losbladig).

Böckli *et al.* 2017
P. Böckli *et al.*, 'A Proposal for the Reform of Group Law in Europe', *EBOR* 2017, volume 18, nr. 1, p. 1-49.

Bongaerts 2016
Q.L.C.M. Bongaerts, 'Ge(mis)plaatst kapitaal', *Ondernemingsrecht* 2016/110, p. 547-554.

Bongaerts 2018
Q.L.C.M., 'Toegang tot enquête voor kapitaalverschaffers – de evaluatie geëvalueerd', *MvO* 2018/10-11, p. 301-305.

Den Boogert 2010
M.W. den Boogert, 'Positie van de onderzoeker in de enquêteprocedure', in: G. van Solinge, H.J. de Kluiver, M.W. Josephus Jitta e.a., *Geschillen in de vennootschap: voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 13 en zaterdag 14 november 2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, Deventer: Kluwer: 2010, p. 189-202.

Borrius 2016
Y. Borrius, 'Individualisering van wanbeleid; verhaal van onderzoekskosten en aansprakelijkheid', in: C.D.J. Bulten *et al.* (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 59-71.

Bos 2005
E.Chr. Bos, *Vruchtgebruik op aandelen. Over de grenzen van goederenrecht, erfrecht en vennootschapsrecht* (diss. Maastricht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 84, Deventer: Kluwer 2005.

Boschma en Geerts 2014
H.E. Boschma en P.G.F.A. Geerts, 'Ondernemingsprocesrecht', *TCR* 2014/1, p. 32-37.

Boschma en Schutte-Veenstra
H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Boukema 1988
C.A. Boukema, *Geschillenregeling en het recht van enquête*, Deventer: Kluwer 1988.

Boukema en Dorresteijn 1994
C.A. Boukema en A.F.M. Dorresteijn, 'Het enquêterecht in ontwikkeling', *TVVS* 1994/7, p. 169-174.

Brink 2007
M. Brink, 'De concernenquête revisited', *TvOB* 2007/3, p. 91-95.

Broekhuizen 2016
K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht* (diss. Amsterdam UvA), Boom Mastereeks, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Van Brunschot 2008
O.R. van Brunschot, 'De faillissementsenquête', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 97, Deventer: Kluwer 2008, p. 233-259.

Brugman 2010
D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter* (diss. Nijmegen), Boom Juridische uitgevers 2010.

Buijn en Storm 2013
F.K. Buijn en P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, serie Recht en Praktijk, Ondernemingsrecht, deel ONR4, Deventer: Kluwer 2013.

Buikema 1992
R.H. Buikema, *De Multinationale Onderneming in Juridisch Perspectief. Enkele rechtsvragen naar aanleiding van de discussie over multinationale ondernemingen* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1992.

Bulten en Leijten 2013
C.D.J. Bulten en A.F.J.A. Leijten, 'Een lastige doorbraakbepaling?', in: D. Busch en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels koers. Liber Amicorum Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol. Opstellenbundel aangeboden aan Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol ter gelegenheid van haar afscheid als hoogleraar Effectenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen*, Serie Onderneming en Recht, deel 79, Deventer: Kluwer 2013, p. 163-187.

Bulten 2014
C.D.J. Bulten, *De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014.

Bulten 2016
C.D.J. Bulten, 'Beren op de weg', in: C.D.J. Bulten *et al.* (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 73-81.

Van Calker 2017
S.J. van Calker, 'Wanbeleid, kostenverhaal en aansprakelijkheid: een *fact check*', in: G. van Solinge *et al.* (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 521-545.

Van Campen en Bendel 2005
A.C. van Campen en B.A. Bendel, 'De kosten van het onderzoek: de kosten gaan voor de baten uit!', in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 82, Deventer: Kluwer 2005, p. 99-107.

Castermans 2004
M. Castermans, *Gerechtelijk privaatrecht: algemene beginselen, bevoegdheid en burgerlijke rechtspleging*, Gent: Academia Press 2004.

Commissie 2009
Groenboek over de herziening van Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM (2009) 175 definitief, Brussel, 2009.

Commissie-vennootschapsrecht 2010
Standpunt commissie-vennootschapsrecht, daterend van 19 oktober 2010, inzake het voorontwerp tot aanpassing van het enquêterecht.

Cools *et al.* 2009
K. Cools *et al.*, *Het recht van enquête: Een empirisch onderzoek*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 65, Deventer: Kluwer 2009.

Croiset van Uchelen 2010
A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Onmiddellijke voorzieningen; in of uit de schaduw van wanbeleid?', in: *Geschillen in de vennootschap. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 13 en zaterdag 14 november 2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, Deventer: Kluwer: 2010, p. 203-218.

Van Dam, Van Hees en Schim
M.N. van Dam, R.B. van Hees en B.F.L.M. Schim, in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers (losbladig).

Delfos-Roy 1997
Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, *Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Doorduyn 2018
R.Y.H. Doorduyn, 'Enige gedachten omtrent de normatieve maatstaf voor art. 2:354 BW in Leaderland-perspectief', *Bb* 2018/54, p. 201-205.

Dorresteijn 2001
A.F.M. Dorresteijn, 'Het onderzoek bij Gucci en de kern van het enquêterecht', *WPNR* 2001/6452, p. 647-649.

Dorresteijn 2003
A.F.M. Dorresteijn, 'Rechtspraakoverzicht enquêterecht 2002', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72, Deventer: Kluwer 2003, p. 9-20.

Dorresteijn 2004
A.F.M. Dorresteijn, *Substance over form in het ondernemingsrecht?* (oratie Utrecht), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004.

Dorresteijn
A.F.M. Dorresteijn, in: *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Eijsbouts en Kemp 2012
A.J.A.J. Eijsbouts en B. Kemp, 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang', *TvOB* 2012/5, p. 120-132.

Eikelboom 2017
F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 105, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Eisma 1999
S.E. Eisma, 'Definitie van effecten', in: F.H.J. Mijnssen, S. Perrick en W.A.K. Rank (red.), *Geldige effecten. Capita selecta recht van effecten- en geldverkeer. Bundel uitgegeven ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van het Amsterdams Juridisch Genootschap 'Notariële Vereniging'*, Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf, NIBE Bankjuridische Reeks, nr. 39, Amsterdam: NIBE 1999, p. 9-28.

European Commission 2003
European Commission, 'Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward', COM (2003) 284 final, Brussel, 2003.

Faull en Nikpay 2014
J. Faull en A. Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Forum Europaeum 2000
Forum Europaeum Corporate Group Law, 'Corporate Group Law for Europe', *EBOR* 2000, volume 1, nr. 2, p. 165-264.

Franken 1976
W.K. Franken, *Aspecten van het concernrecht* (diss. Utrecht), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.

Geerts 1993
P.G.F.A. Geerts, 'Betere regeling van de positie van de enquêteur', *TVVS* 1993/2, p. 40-42.

Geerts 2004
P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht. Analyse van de relevante rechtspraak* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 46, Deventer: Kluwer 2004.

Geerts 2005
P.G.F.A. Geerts, 'Ondernemingsprocesrecht', *TCR* 2005/3, p. 88-94.

Geerts 2006
P.G.F.A. Geerts, 'Kroniek enquêterecht 2005', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en 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. 9-63.

Geerts
P.G.F.A. Geerts, in: *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Van der Grinten 1993
W.C.L. van der Grinten, 'De vergoeding van enquêteurs', *De NV* 1993, p. 175-176 en 256.

Van der Grinten en Kroeze 1997
P.M.M. van der Grinten en M.J. Kroeze, 'Het congres 'Rechtspleging in het ondernemingsrecht'', *TVVS* 1997/1, p. 10-14.

Groot 2003
J. Groot, 'Gevraagd: richtinggevend arrest over instructiebevoegdheid in het concernrecht. Forumbank omvergeworpen door een almachtig concernbelang?', in: *LT. Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Handelsrecht en Ondernemingsrecht aan de RUG*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 44, Deventer: Kluwer 2003, p. 107-115.

De Groot 2005
C. de Groot, 'Een doorbraak in de concernenquête', *O&F* 2005/69, p. 19-25.

Hadden 1984
T. Hadden, 'Inside Corporate Groups', *International Journal of the Sociology of Law* 1984, volume 12, p. 271-286.

Hanegraaf 2017
C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?* (diss. Leiden), Uitgave vanwege het Inistuut voor Ondernemingsrecht, deel 106, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hanegraaf 2019a
C.E.J.M. Hanegraaf, 'SNS, een drama in drie bedrijven. Derde Bedrijf: de concernenquête bij SNS Bank in het licht van de Landis-beschikking', *Bb* 2019/48, p. 207-212.

Hanegraaf 2019b
C.E.J.M. Hanegraaf, 'Het verhalen van kosten van een enquête op een indirect bestuurder', *Ondernemingsrecht* 2019/63, p. 329-335.

Hanegraaf 2019c
C.E.J.M. Hanegraaf, 'Het enquêterecht en de economische werkelijkheid', *Bb* 2019/32, p. 138-143.

Hartley en Dogauchi 2013
T. Hartley en M. Dogauchi, *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, Den Haag: Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht 2013.

Hebly 1991
J.M. Hebly, 'De commissaris en het getuigenbewijs. Enige aspecten van verkrijging van getuigenbewijs in het buitenland door commissarissen', *NIPR* 1991/1-2, p. 1-20.

Hebly 1994
J.M. Hebly, *Verkrijging van getuigenbewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken. Een onderzoek naar de voorgeschiedenis, werking en mogelijkheden van artikel 202 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering in samenhang met de relevante verdragsbepalingen* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1994.

Van der Heijden en Van der Grinten 2013
E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, bewerkt door P.J. Dortmond, Deventer: Kluwer 2013.

Hepkema 2012
S. Hepkema, 'De onderzoeker in het enquêterecht: beschermd of bevoogd?', *Ondernemingsrecht* 2012/135, p. 728-735.

Hermans 2003
R.M. Hermans, 'Het onderzoek in de enquêteprocedure', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72, Deventer: Kluwer 2003, p. 113-173.

Hermans 2004
R.M. Hermans, 'De voorfase van de enquêteprocedure', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 75, Deventer: Kluwer 2004, p. 263-287.

Hermans 2013
R.M. Hermans, 'Gewijzigde aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers', *Ondernemingsrecht* 2013/96, p. 482-485.

Hermans, Winters en Van der Schrieck 2014
R.M. Hermans, B. Winters en J.L. van der Schrieck, 'Kroniek enquêterecht 2012 en 2013', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2013-2014*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 121, Deventer: Kluwer 2014, p. 3-89.

Hermans 2017
R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure. Een normatieve beschrijving van de wijze waarop de onderzoekers het onderzoek moeten uitvoeren en de Ondernemingskamer het onderzoek moet aansturen, alsmede een vergelijking met het deskundigenonderzoek in de civiele procedure* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 145, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hermans 2018
R.M. Hermans, 'Enkele suggesties voor aanpassing van de regels voor de onderzoeksfase', *Ondernemingsrecht* 2018/70, p. 410-413.

High Level Group of Company Law Experts 2002a
A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts, Brussel, april 2002.

High Level Group of Company Law Experts 2002b
Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussel, november 2002.

Honée 1981
H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen* (diss. Nijmegen), Serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, deel 21, Deventer: Kluwer 1981.

Honée 1984
H.J.M.N. Honée, 'Jaarrekening en kapitaalbescherming in het kader van concernverhoudingen', in: *Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht. Voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse Congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen*, Deventer: Kluwer 1984, p. 67-81.

Honée 1986
H.J.M.N. Honée, 'Aansprakelijkheid in concernverhoudingen', in: *De nieuwe misbruikwetgeving*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 2, Deventer: Kluwer 1986, p. 101-121.

Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs 1993
L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels en J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland* (diss. Nijmegen), Serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, deel 42, Deventer: Kluwer 1993.

Huijgen 1995a
W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Serie studiepockets privaatrecht, deel 50, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Huijgen 1995b
W.G. Huijgen, 'Economische eigendom van aandelen: het vennootschapsrecht opzij gezet', *WPNR* 1995/6166, p. 63-68.

Huijgen 1995c
W.G. Huijgen, 'Naschrift', *WPNR* 1995/6182, p. 342-344.

Huijgen 1999
W.G. Huijgen, 'Wat is economische eigendom?', in: A.G. Castermans *et al.* (red.), *De landsadvocaat, voor deze. Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 101-108.

Huizink
J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbladig en online)

Ibili 2007
F. Ibili, *Gewogen rechtsmacht in het IPR. Over forum (non) conveniens en forum necessitatis* (diss. Amsterdam VU), Serie Recht en Praktijk, deel 148, Deventer: Kluwer 2007.

Ibili 2011
F. Ibili, 'Toepassing van de EEX-bevoegdheidsregels op verweerders uit derde landen: naar een universeel formeel toepassingsgebied', *WPNR* 2011/6892, p. 533-536.

Ibili
F. Ibili, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Immenga 1979
U. Immenga, 'Möglichkeiten der Konzernrechtsvergleichung', in: M. Lutter, W. Stimpel en H. Wiedemann (red.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlijn – New York: Walter de Gruyter 1979, p. 297-306.

Ingelse 2012
P. Ingelse, 'Mede-ondernemen en concernenquête', *TAO* 2012/1, p. 27-33.

Ingelse 2013
P. Ingelse, 'Is de Ondernemingskamer 'anders'?', *Ondernemingsrecht* 2013/87, p. 445-446.

Van den Ingh 1991
F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap* (diss. Nijmegen), Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 35, Deventer: Kluwer 1991.

Van den Ingh 2002a
F.J.P. van den Ingh, 'De bevelsstructuur in de vennootschap', in: *Concernverhoudingen. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69, Deventer: Kluwer 2002, p. 13-27.

Van den Ingh 2002b
F.J.P. van den Ingh, 'Enquête in concernverhoudingen', *JOR plus* 2002, p. 4-8.

Van den Ingh 2003
F.J.P. van den Ingh, 'Enquête in concernverhoudingen II', *JOR plus* 2003, p. 55-58.

Van den Ingh 2004
F.J.P. van den Ingh, 'Certificaathouder en enquêterecht', *TvOB* 2004/5, p. 226-232.

Jager 2014
R.P. Jager, *Het enquêterecht in rechtsvergelijkend perspectief. Nederland, Curaçao, Aruba, de BES-eilanden, Sint-Maarten en Suriname*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014.

Jager 2015
R.P. Jager, 'Het enquêterecht in rechtsvergelijkend perspectief: Nederland, Curaçao, Aruba, de BES-eilanden, Sint-Maarten en Suriname', *Ondernemingsrecht* 2015/64, p. 325-334.

Rapport-Jenard
P. Jenard, 'Rapport over het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken', *Trb*. 1969, 101, p. 47-160, *PbEG* 1979, C 59/1-65.

Jones en Sufrin 2014
A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2014.

De Jongh 2014
J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 94, Deventer: Kluwer 2014.

De Jongh 2015
J.M. de Jongh, 'Over het Britse enquêterecht en palmen aan de oever van het IJ', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer en als vice-president van het Gerechtshof Amsterdam*, Prinsengrachtreeks, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 247-254.

Joosten 1998
H.F.J. Joosten, 'Enquête: verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van 'functionarissen'', in: P. Ingelse (red.), *De Ondernemingskamer*, Prinsengrachtreeks 1998/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 23-32.

Josephus Jitta 2004
M.W. Josephus Jitta, 'Enkele gedachten over het formele enquêterecht; is het efficiënt wanneer de dienstmaagd moeder wordt?', in: *Het recht van enquête onderzocht* (Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 3-42.

Josephus Jitta 2011
M.W. Josephus Jitta, 'Het wetsvoorstel tot wijziging van het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2011/105, p. 527-534.

Josephus Jitta 2018a
M.W. Josephus Jitta, 'Ceci n'est pas une pipe. Dit is geen boekbespreking maar een reactie op 'Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang'', *Ondernemingsrecht* 2018/30, p. 179-183.

Josephus Jitta 2018b
M.W. Josephus Jitta, 'Jongens ware we, maar aardige jongens, in: S. Perrick, H.-J. de Kluiver en I. Spinath (red.), *Kort Juridisch. Liber Amicorum Peter Wakkie. 22 juni 2018 – 70 jaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 79-83.

Josephus Jitta
M.W. Josephus Jitta, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Van het Kaar 2008
B.J. van het Kaar, *IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging* (diss. Amsterdam VU), Serie Recht en Praktijk, deel 163, Deventer: Kluwer 2008.

Kalss 2000
S. Kalss, 'Gesellschaftsrecht in den Ländern Mittel- und Osteuropas', *ZGR* 2000, volume 29, nr. 6, p. 819-869.

Kalss 2007
S. Kalss, 'Alternativen zum deutschen Aktienkonzernrecht', *ZHR* 2007, p. 146-198.

Katan 2019
B.M. Katan, 'Toerekening van kennis van groepsvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2019/60, p. 295-307.

Keirse en Beukers
A.L.M. Keirse en Y.E.M. Beukers, in: *GS Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Kemp 2015a
B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering* (diss. Maastricht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 129, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Kemp 2015b
B. Kemp, 'De enquêteprocedure als verzoekschriftprocedure en het kort geding als dagvaardingsprocedure, de verschillen en onderlinge verhouding', *MvO* 2015/3-4, p. 65-74.

Kemp 2017
B. Kemp, 'Verontruste dochters en buitenlandse moeders: volle kracht vooruit of terughoudendheid voor de economisch gerechtigde in enquêteprocedures?', *TvOB* 2017/4, p. 114-125.

Klaassen 2010
C.J.M. Klaassen, 'De Ondernemingskamer uitgelicht', in: *Geschillen in de vennootschap. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 13 en zaterdag 14 november 2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, Deventer: Kluwer: 2010, p. 101-164.

De Kluiver 2010
H.-J. de Kluiver, 'De rol en functie van onderzoekers en de positie van de (advocaat van de) onderzochte vennootschap in het enquêterecht', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102, Deventer: Kluwer: 2010, p. 237-247.

Knigge 2012
M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden), Serie Burgerlijk Proces en Praktijk, deel XIII, Deventer: Kluwer 2012.

Knigge en Zilinsky
A. Knigge en M. Zilinsky, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Koelemeijer 2005
M. Koelemeijer, 'Rechtspraak. Civiel recht', *TvOB* 2005/3, p. 111-114.

Koppenol-Laforce en Zilinsky 2012
M.E. Koppenol-Laforce en M. Zilinsky, 'De grenzen van art. 22 sub 2 EEX-Vo in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie', in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce en M. Zilinsky (red.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. dr. P. Vlas ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum als Hoogleraar Internationaal Privaatrecht en Rechtsvergelijking aan de Vrije Universiteit Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2012, p. 123-133.

Koppenol-Laforce
M.E. Koppenol-Laforce, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers (losbladig en online).

Van der Korst 2010
P.J. van der Korst, 'Aanwijzingsbevoegdheid en instructiemacht in concernverhoudingen', *TvOB* 2010/7, p. 270-275.

Van der Korst en Wassenaar 2010
P.J. van der Korst en I. Wassenaar, 'Maak van de enquêteprocedure een dagvaardingsprocedure', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 249-255.

Van der Korst 2012
P.J. van der Korst, 'Vennootschapsorganen en hun leden als procespartij', *TOP* 2012/7, p. 279-283.

Koster 2012
H. Koster, 'De econoom in het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2012/5, p. 31-32.

Koster 2014
H. Koster, 'Bespiegelingen over de economische werkelijkheid in het ondernemingsrecht', *WPNR* 2014/7036, p. 992-998.

Kroeze 2007
M.J. Kroeze, 'Kroniek van het vennootschapsrecht', *NJB* 2007/35, p. 2219-2232.

Kroeze 2019
M.J. Kroeze, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2019/50, p. 262-266.

Krol
A.N. Krol, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers (losbladig en online).

Kuypers 2008
P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Serie Recht en Praktijk, deel 159, Deventer: Kluwer 2008.

Laagland 2013
F.G. Laagland, 'IPR-problemen in de WOR en het enquêterecht. Ondernemingskamer 21 december 2012, JAR 2013/67 (VLM II) en HR 29 maart 2013, JOR 2013/166 (Chinese Workers)', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2013/12, 3.2, p. 33-49.

Lafarre *et al.* 2018
A.J.F. Lafarre *et al.*, *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk*, WODC-rapport 2791, Tilburg: Tilburg University, Departement Business Law 2018.

Van Leeuwen 1990
B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1990.

Leijten en Nieuwe Weme 2012
A.F.J.A. Leijten en M.P. Nieuwe Weme, 'Het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 112, Deventer: Kluwer 2012, p. 123-173.

Lemstra 2010
J.H. Lemstra, 'Enquête sans frontières', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 271-280.

Lemstra en Salemink 2015
J.H. Lemstra en T. Salemink, 'Kroniek enquêterecht 2014', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 3-34.

Lemstra 2017
J.H. Lemstra, 'Wet aanpassing enquêterecht; meer of minder toegang voor aandeelhouders?', *Ondernemingsrecht* 2017/115, p. 649-653.

Lennarts 1999
M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 32, Deventer: Kluwer 1999.

Lennarts
M.L. Lennarts, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Lewin 2014
G.C.C. Lewin, *Interregionaal privaatrecht*, Praktijkreeks IPR, deel 25, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2014.

De Lima Pinheiro 2016
L. de Lima Pinheiro, in: U. Magnus en P. Mankowski (red.), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, Keulen: Verlag Dr. Otto Schmidt KG 2016.

Maeijer 1964
J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap* (oratie Nijmegen), Deventer – Antwerpen: N.V. Uitgeversmaatschappij Æ.E. Kluwer 1964.

Maeijer 1989
J.M.M. Maeijer, '25 jaren belangenconflict in de Naamloze Vennootschap', *De NV* 1989, p. 1-8.

Maeijer 1992
J.M.M. Maeijer, 'Nogmaals: uitbreiding van het enquêterecht', *De NV* 1992, p. 116-119.

Maeijer 1995
J.M.M. Maeijer, 'Reactie. Economische eigendom van aandelen; het vennootschapsrecht wijkt niet', *WPNR* 1995/6182, p. 337-339.

Maeijer 1996
J.M.M. Maeijer, 'Struycken en het IPR-statuut van de rechtspersoon-kapitaalvennootschap', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op recht. Bundel opstellen, aangeboden aan prof. mr. A.V.M. Struycken ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 187-197.

Magnus 2016
U. Magnus, in: U. Magnus en P. Mankowski (red.), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, Keulen: Verlag Dr. Otto Schmidt KG 2016.

Maisto 2008
G. Maisto, *International and EC Tax Aspects of Groups of Companies*, EC and International Tax Law Series, volume 4, Amsterdam: IBFD 2008.

Meijers 1948
E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht. Deel 1. De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.

Meinema 2003
M. Meinema, *Dwingend recht voor de besloten vennootschap. Een beschouwing over de contractsvrijheid van aandeelhouders in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 43, Deventer: Kluwer 2003.

Mendel 1989
M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang. Mede in concernverband beschouwd* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989.

Van Mierlo
A.I.M. van Mierlo, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Mok 2000
M.R. Mok, 'De activistische rechter en het ondernemingsrecht', in: *A-T-D. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 299-314.

Mok 2004
M.R. Mok, 'Het recht van enquête', in: *Het recht van enquête onderzocht* (Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 45-95.

De Mol van Otterloo 2005
H.M. de Mol van Otterloo, 'De enquêteprocedure; gedachten over wetswijzigingen', in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 82, Deventer: Kluwer 2005, p. 171-192.

Van Mourik 1981
M.J.A. van Mourik, 'Economische eigendom en vennootschapsrecht', in: *Economische eigendom. 16e landelijk notarieel studentencongres Leiden, 10 april 1981*, Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap Amsterdam, Ars Notariatus XXIV, Deventer: Kluwer 1981, p. 53-69.

Van Mourik 1988
M.J.A. van Mourik, 'Noviteiten in de aan de fiscaliteit onderworpen vennootschapspraktijk', in: *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 161-169.

Van Mourik 2000
M.J.A. van Mourik, 'Aandelen en nieuw erfrecht', in: *A-T-D. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 315-320.

Muir Watt 2016
H. Muir Watt, in: U. Magnus en P. Mankowski (red.), *European Commentaries on Private International Law (ECPIL). Commentary*, Volume I, Brussels Ibis Regulation, Keulen: Verlag Dr. Otto Schmidt KG 2016.

De Nijs Bik 2014
W.W. de Nijs Bik, *De Structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance*, Recht en Praktijk, Ondernemingsrecht, deel ONR6, Deventer: Kluwer 2014.

Olaerts 2011
M. Olaerts, 'Perikelen in concernverhoudingen', *TvOB* 2011/1, p. 6-13.

Olaerts 2014
M. Olaerts, 'Concernrecht anno 2014', *TvOB* 2014/1, p. 11-15.

Olaerts 2017
M. Olaerts, 'Het concern in beeld', *TvOB* 2017/4, p. 109-113.

Olden 2003
P.D. Olden, 'Tien jaar onmiddellijke voorzieningen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 549-555.

Olden 2004
P.D. Olden, 'Boekbespreking', *Ondernemingsrecht* 2004/151, p. 406-407.

Oosterhoff 2014
G.P. Oosterhoff, 'Synthetische belangen en het enquêterecht', in: A.M. Boot, F.G.K. Overkleeft en F.E. Vermeulen (red.), *Wie is de Mol? Liber Amicorum Harmen de Mol van Otterloo*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 125-144.

Oosterhoff 2016
G.P. Oosterhoff, 'Aandelenswaps en enquêtebevoegdheid. Economische belangen op basis van derivaten en de toegang tot het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2016/40, p. 187-195.

Oosterhoff 2017
G.P. Oosterhoff, *Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang. Synthetische belangen in aandelen en daaraan te verbinden vennootschapsrechtelijke rechten en verplichtingen* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 144, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Oosterhoff 2018
G.P. Oosterhoff, 'A rose by any other name would smell as sweet', *Ondernemingsrecht* 2018/68, p. 399-401.

Oosterink 2013
T.D.J. Oosterink, 'De overdracht van een aandeel in strijd met een blokkeringsregeling', *AA* 2013/3, p. 187-196.

Van Oostrum 2019
C.H.A. van Oostrum, *Regres bij concernfinanciering* (diss. Leiden), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 156, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Perrick 2012
S. Perrick, *Het belang van het vermogensrecht voor de beoefenaar van het vennootschapsrecht* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2012.

Van der Plas 2005
C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR. Een verkenning van de grenzen van de taak van de Nederlandse rechter bij de toepassing van vreemd privaat- en publiekrecht* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 30, Deventer: Kluwer 2005.

Plate 1974
A. Plate, *Niet volgestorte aandelen* (diss. Rotterdam), Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 11, Deventer: Kluwer 1974.

Polak 1993
M.V. Polak, 'Artikelen 71-76 IPR-schets: Corporaties', *WPNR* 1993/6110, p. 756-758.

Prinsen 2004
J.J. Prinsen, *Converteerbare obligaties. Omzetting van schuld in eigen vermogen* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 79, Deventer: Kluwer 2004.

Quist 2016
P.H.N. Quist, 'De stichting adminisrtatiekantoor in transacties', *WPNR* 2016/7115, p. 577-580.

Raaijmakers 1976
M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint ventures. Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1976.

Raaijmakers 1977
M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen', in: *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1, eerste stuk*, 107e jaargang, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 5-79.

Raaijmakers 1984
M.J.G.C. Raaijmakers, 'Overzicht van het concernrecht in Nederland', in: *Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht. Voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse Congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen*, Deventer: Kluwer 1984, p. 7-42.

Raaijmakers 1990a
M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over de samenhang tussen normen en definities in het Nederlandse groepsrecht', *De NV* 1990, p. 3-9.

Raaijmakers 1990b
M.J.G.C. Raaijmakers, 'Dient een concern te worden beschouwd als rechtspersoon?', *TVVS* 1990/2, p. 25-28.

Raaijmakers 2007
G.T.M.J. Raaijmakers, 'Synthetische aandelenbelangen in beursvennootschappen', in: *Achter de schermen van beursaandeelhouders* (Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 3-72.

Raaijmakers 2017
M.J.G.C. Raaijmakers (m.m.v. G.T.M.J. Raaijmakers en W.J.M. van Veen), *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Rammeloo 2003
S.F.G. Rammeloo, 'Toepassing van de Nederlandse enquêterechtsprocedure op buitenlandse rechtspersonen? Nieuwe regelgevingen Europees recht, internationaal privaatrecht en interregionaal privaatrecht', *SV&V* 2003/1, p. 2-11.

Ras 1975
H.E. Ras, 'De betekenis van het EEG-Executieverdrag voor de rechter van het land waar een onder het verdrag vallende zaak wordt aangebracht', *TvP* 1975, p. 851-916.

Reehuis en Heisterkamp 2012
W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Reflection Group 2011
Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussel, april 2011.

Rensen
G.J.C. Rensen, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers (losbladig en online).

Van Rest 2017
M.H.J. van Rest, 'Ondernemingskamer en buitenlandse of binnenlandse vennootschap', *TOP* 2017/236, nr. 3.

Roelvink 1990
H.L.J. Roelvink, 'Bestuurszelfstandigheid in concernverhoudingen', in: *Piercing Van Schilfgaarde*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 9, Deventer: Kluwer 1990, p. 45-54.

Van Rooij 1990
R. van Rooij, 'De moeder, de dochter, het concern en de calamiteit', in: M.J.G.C. Raaijmakers, R. van Rooij en J. Spier (red.), *Aansprakelijkheden. Opstellen rond het thema ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht bij gelegenheid van het 60-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 177-195.

De Ruijter 2015
B.A. de Ruijter, 'De deur van de Ondernemingskamer staat open: ook voormalig aandeelhouder ontvankelijk in enquêteverzoek', *Bb* 2015/80, p. 273-275.

Rutgers en Zilinsky 2016
J.W. Rutgers en M. Zilinsky, 'Boekbespreking', *WPNR* 2016/7091, p. 64-70.

Van der Sangen 2004
G.J.H. van der Sangen, 'Het enquêterecht als bron van nieuw ondernemingsrecht? (deel II). Beschouwingen over de uitdijende reikwijdte van het enquêterecht', *TvOB* 2004/2, p. 82-93.

Van der Sangen 2013
G.J.H. van der Sangen, 'Bescherming van beleggers in Nederland: de *Fortis*-case', *TvOB* 2013/2, p. 61-70.

Sannes 1926
D.J. Sannes, *De Rechtsverhouding van Moeder- en Dochtermaatschappij. Onderling en ten aanzien van derden* (diss. Utrecht), Utrecht 1926.

Schaafsma 2014
S.J. Schaafsma, *IPR en EPR. Over wisselwerking, eenheid en verscheidenheid* (oratie Leiden), Leiden: Leiden University Press 2014.

Schaafsma 2016
S.J. Schaafsma, 'Multiple defendants in intellectual property litigation', *NIPR* 2016/4, p. 696-705.

Schaafsma
S.J. Schaafsma, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Schaafsma-Beversluis
E.L. Schaafsma-Beversluis, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Van Schilfgaarde 1990
P. van Schilfgaarde, 'Repliek', in: *Piercing Van Schilfgaarde*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 9, Deventer: Kluwer 1990, p. 69-82.

Van Schilfgaarde 2000
P. van Schilfgaarde, 'Bestuurszelfstandigheid in concernverhoudingen', in: *Peter van Schilfgaarde select. Een bloemlezing uit zijn werk*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 35, Deventer: Kluwer 2000, p. 221-227.

Van Schilfgaarde 2002
'Verslag van de discussie', in: *Concernverhoudingen. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69, Deventer: Kluwer 2002, p. 125-141.

Van Schilfgaarde 2010
P. van Schilfgaarde, 'De medebeleidsbepaler in het ondernemingsrecht', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 321-324.

Van Schilfgaarde 2015
P. van Schilfgaarde, 'Over de verhouding tussen de redelijkheid en billijkheid en het belang van de vennootschap', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer en als vice-president van het Gerechtshof Amsterdam*, Prinsengrachtreeks, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 417-427.

Van Schilfgaarde 2016a
P. van Schilfgaarde, 'Partners in het enquêterecht. Partners in een joint venture. Cancun en Novero', in: C.D.J. Bulten *et al.* (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 331-338.

Van Schilfgaarde 2016b
P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 100, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Schilfgaarde 2017
P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, bewerkt door J.W. Winter, J.B. Wezeman en J.D.M. Schoonbrood, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schouten 2018
M. Schouten, 'Tussen kapitaalverschaffing en speculatie: grenzen aan enquêtebevoegdheid', in: Y. Borrius *et al*. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 152, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 459-463.

Schreurs en Hendriks 2012
Ph.W. Schreurs en L.H.J.C. Hendriks, 'Het enquêterecht voor banken en andere verschaffers van vreemd vermogen', *FIP* 2012/2, p. 44-47.

Schutte-Veenstra 1996
J.N. Schutte-Veenstra, 'Vijfentwintig jaar Ondernemingskamer', *De NV* 1996, p. 180-186.

Rapport-Schlosser
P. Schlosser, 'Rapport over het Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie', *PbEG* 1979, C 59/71-151.

Seinen 2017
C.J-A. Seinen, 'Verhaal van onderzoekskosten: vreemde eend in de bijt van het enquêterecht', *MvV* 2017/4, p. 129-135.

SER-advies 1967
Advies inzake het enquêterecht (advies van 19 mei 1967, SER 1967/05), Den Haag: SER 1967.

SER-advies 1988
Advies wijziging enquêterecht (advies van 21 oktober 1988, SER 1988/14), Den Haag: SER 1988.

SER-advies 1989
Aanvullend advies wijziging enquêterecht (advies van 17 november 1989, SER 1989/21), Den Haag: SER 1989.

Slagter 1988
W.J. Slagter, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over moeder-dochterverhoudingen* (Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 40, Deventer: Kluwer 1988.

Slagter 1990
W.J. Slagter, 'Naschrift', *TVVS* 1990/2, p. 28-29.

Slagter 1991
W.J. Slagter, 'Interne en externe concernverhoudingen', in: *De Bankier als Jurist tegen wil en dank. Bundel aangeboden aan Mr Drs H. Langman ter gelegenheid van zijn aftreden als lid van de Raad van Bestuur van de ABN AMRO-combinatie op 28 februari 1991*, Deventer: Kluwer 1991, p. 191-204.

Slagter 1996
W.J. Slagter, '25 Jaar Ondernemingskamer', in: W.J. Slagter *et al.* (red.), *25 jaar ondernemingskamer. de betekenis van de OK voor ondernemend Nederland*, sinzheimer cahiers, deel 11, 's-Gravenhage: Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1996, p. 1-23.

Slagter 2003
W.J. Slagter, 'Juridische en economische eigendom', in: *Slagter over eigendom. Beschouwingen over privaatrecht, vennootschapsrecht en effectenrecht. Feestbundel ter gelegenheid van de 80e verjaardag van prof. mr. W.J. Slagter. Aangeboden op 28 augustus 2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 37-103.

Slagter 2005
W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Slagter (deel 1) 2013
W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (deel 1), bewerkt door B.F. Assink, Deventer: Kluwer 2013.

Slagter (deel 2) 2013
W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (deel 2), bewerkt door B.F. Assink, Deventer: Kluwer 2013.

Smit 2002
H.J. Smit, 'Na 30 jaar enquêterechtspraak van de Ondernemingskamer', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 42-49.

Snijders, Klaassen en Meijer 2011
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Soerjatin 2005
E.M. Soerjatin, 'Kroniek enquêterecht 2004: over consolidatie gesproken', in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 82, Deventer: Kluwer 2005, p. 67-87.

Soerjatin 2012
E.M. Soerjatin, 'De rol van buitenstaanders in het enquêteonderzoek', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 112, Deventer: Kluwer 2012, p. 339-346.

Van Solinge 1988
A.G. van Solinge, 'De juridische structuur van de vennootschappelijke top', in: H.J.M.N. Honée *et al.* (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 307-313.

Van Solinge 1992
A.G. van Solinge, 'Uitbreiding van het enquêterecht', *De NV* 1992, p. 26-32.

Van Solinge 1998
G. van Solinge, 'Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid' (oratie Nijmegen), in: *Drie Nijmeegse redes. Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering*, Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 59, Deventer: Kluwer 1998, p. 37-63.

Van Solinge en Bulten 2002
G. van Solinge en C.D.J. Bulten, 'Rechtsmachtperikelen in Titel 8 Boek 2 BW', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 68, Deventer: Kluwer 2002, p. 119-134.

Van Solinge 2006
G. van Solinge, 'Buitenlandse partijen in de enquêteprocedure', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en 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.

Van Solinge 2010
G. van Solinge, 'Geschillen in de vennootschap', in: *Geschillen in de vennootschap. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 13 en zaterdag 14 november 2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, Deventer: Kluwer: 2010, p. 1-15.

Van Solinge 2012a
G. van Solinge, 'Doorbraak van enquêtebevoegdheid in internationale concernverhoudingen', in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce en M. Zilinsky (red.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. dr. P. Vlas ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum als Hoogleraar Internationaal Privaatrecht en Rechtsvergelijking aan de Vrije Universiteit Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2012, p. 199-210.

Van Solinge 2012b
G. van Solinge, 'Nederlands enquêterecht in internationale concernverhoudingen: *Bermuda Block* of *China Connection*?', *TAO* 2012/3-4, p. 85-91.

Van Solinge 2017
G. van Solinge, 'Van wanbeleid naar aansprakelijkheid', in: G. van Solinge *et al.* (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 489-519.

Van Solinge
G. van Solinge, in: *T&C Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Spanjaard
J.H.M. Spanjaard, in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers (losbladig).

Spruitenburg 2015
K. Spruitenburg, 'De economische gerechtigdheid in het enquêterecht: follow the money', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer en als vice-president van het Gerechtshof Amsterdam*, Prinsengrachtreeks, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 461-475.

Spruitenburg 2018
K. Spruitenburg, *De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV. Een onderzoek naar de toegang tot het enquêterecht bij de NV en de BV* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 153, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Storm 2005
P.M. Storm, 'Prof. mr. A.F.M. Dorresteijn, 'Substance over form' in het ondernemingsrecht?', *RMThemis* 2005/2, p. 96-99.

Storm 2008
P.M. Storm, 'Kroniek enquêterecht 2007', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 97, Deventer: Kluwer 2008, p. 9-59.

Storm 2013
P.M. Storm, 'Aanpassing enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2013/41, p. 217-222.

Storm 2014a
P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014.

Storm 2014b
P.M. Storm, 'Reactie Paul Storm', *WPNR* 2014/7037, p. 1029-1030.

Storm 2018
P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Stoter 2000
W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever. Een juridisch onderzoek naar criteria voor de belangenafweging van de formele wetgever in relatie tot de belangenafweging op bestuursniveau* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Strik 2014
D.A.M.H.W. Strik, 'Internationale aspecten van de Ondernemingskamer', *WPNR* 2014/7037, p. 1018-1024.

Strik
D.A.M.H.W. Strik, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers (losbladig en online).

Strikwerda en Schaafsma 2019
L. Strikwerda en S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Struycken 1988
A.V.M. Struycken, 'De Ondernemingskamer vanuit IPR-gezichtspunt bekeken', in: H.J.M.N. Honée *et al.* (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof.Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 321-336.

Tax 2015
I. Tax, 'De SNS-beschikking van 8 juli 2015: een pragmatische keuze', *MvO* 2015/1-2, p. 7-12.

Tervoort 2015
A.J.S.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Serie Recht en Praktijk, Ondernemingsrecht, deel ONR8, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Tijssens 2012
N.E. Tijssens, 'Art. 10:3 BW: een kwestie van kwalificeren', *WPNR* 2012/6914, p. 35-41.

Timmerman 1988
L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers* (diss. Utrecht), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 4, Deventer: Kluwer 1988.

Timmerman 1994
L. Timmerman, 'Twee opvattingen over concernrecht', *TVVS* 1994/7, p. 179-183.

Timmerman 1999
L. Timmerman, 'Harmonisatie van het vennootschaps- en effectenrecht via het concernrecht', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 102-104.

Timmerman 2001
L. Timmerman, 'Instructierecht', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 477.

Timmerman 2002
L. Timmerman, 'Een paar opmerkingen naar aanleiding van de reactie van Van den Ingh', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 31.

Timmerman 2004
L. Timmerman, 'Boekbespreking', *Ondernemingsrecht* 2004/103, p. 288.

Timmerman 2008
L. Timmerman, 'De begrenzers van het enquêterecht', in: *Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert*, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 62, Deventer: Kluwer 2008, p. 149-153.

Timmerman 2009
L. Timmerman, 'Vrijheid alleen is niet genoeg, een reactie', *Ondernemingsrecht* 2009/6, p. 24-27.

Timmerman en Verbrugh 2009
L. Timmerman en M.A. Verbrugh, 'Het Nederlandse enquêterecht in een internationaliserend vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/35, p. 146-155.

Timmerman 2014a
L. Timmerman, 'Der Ring des Nibelungen en het ondernemingsrecht', *WPNR* 2014/7037, p. 1026-1029.

Timmerman 2014b
L. Timmerman, 'The happy lawyer en de toekomst van het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2014/5, p. 27-31.

Timmerman 2016a
L. Timmerman, 'Meer ruimte voor verscheidenheid is de goede trend voor het ondernemingsrecht', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1-12.

Timmerman 2016b
'Verslag van de discussie', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 181-224.

Timmerman 2018
L. Timmerman, 'De rol van vennootschappelijk belang en strategie bij het beschermen van beursvennootschappen', *TvOB* 2018/1, p. 14-18.

Timmermans 1988
C.W.A. Timmermans, 'Het economische groepsbegrip en de zevende EEG-richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening', in: H.J.M.N. Honée *et al.* (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 349-362.

Timmermans en Timmerman 1993
C.W.A. Timmermans en L. Timmerman, 'The Law on Groups of Companies in the Netherlands', in: E. Wymeersch (red.), *Groups of Companies in the EEC. A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*, Berlijn: Walter de Gruyter 1993.

Tuijtel 2005
M.M. Tuijtel, 'De ondernemingsraad en het enquêterecht', in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 82, Deventer: Kluwer 2005, p. 193-216.

Uniken Venema 1969
C.Æ. Uniken Venema, 'Concernrecht', in: *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Deventer en Zwolle: Kluwer respectievelijk Tjeenk Willink 1969, p. 265-288.

Uniken Venema 1981
C.Æ. Uniken Venema, 'Doorbraak in concernverhoudingen, bezien in het licht van de misbruikontwerpen', *WPNR* 1981/5575, p. 583-593.

Uniken Venema en Eisma 1990
C.Æ. Uniken Venema en S.E. Eisma, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht* (Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 1990), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Uniken Venema 1996
C.Æ. Uniken Venema, 'Enquêterecht en groepsverhoudingen', in: R.C.J. Galle en M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Na twintig jaar Boek 2 BW*, Schoordijk Instituut, Center for Company Law, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 175-231.

Uniken Venema 2010
C.Æ. Uniken Venema, 'Verzelfstandigd economisch belang in recht en praktijk', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.J. Bruisten en A.F. Verdam (red.), *En na de crisis? Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen 1930-2010* (NGB 16e lustrum), Deventer: Kluwer 2010, p. 323-346.

Van Veen 2018
E. van Veen, 'Is moeders wil wet? In hoeverre kan een moeder de strategie van haar dochter(s) bepalen?', *TOP* 2018/423, p. 38-41.

Veenstra 2010
F. Veenstra, *Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 69, Deventer: Kluwer 2010.

Veenstra
F. Veenstra, in: *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Rapport-Verdam 1967
Herziening van het ondernemingsrecht: rapport van de Commissie Ondernemingsrecht, ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie (rapport van 8 april 1960; voorzitter van commissie: P.J. Verdam), Den Haag: Staatsuitgeverij 1967.

Verdam 2019
A.F. Verdam, 'Het bestuur van de dochter in concernverband', *Ondernemingsrecht* 2019/77, p. 400-410.

Verrips 2012
S.H. Verrips, 'Enquêterecht blijft mooi opstapje naar aansprakelijkheid', *Bb* 2012/40, p. 132-134.

Vlas 1993
P. Vlas, 'Fommkeuzeclausules in statuten en grensoverschrijdende zetelverplaatsing vanuit Nederlands perspectief', *WPNR* 1993/6115, p. 885-889.

Vlas 2015
P. Vlas, *IPR en BW* (Monografieën BW, deel A27), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Vlas 2017
P. Vlas, *Rechtspersonen*, Praktijkreeks IPR, deel 9, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2017.

Vlas
P. Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Vlek 2015
J.F. Vlek, *Parallelle procedures en misbruik van procesrecht onder de EEX-Verordening II* (diss. VU Amsterdam), Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XVI, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Van der Vlis 1997
P. van der Vlis, 'De kosten van een enquête; wie zal dat betalen?', *TVVS* 1997/8, p. 227-230.

Van der Vlis 2000
P. van der Vlis, 'Het dakje op de ê van het enquêterecht', in: G.J. Niezen, M.J.G.C. Raaijmakers, A.J.S.M. Tervoort (red.), *Ongebonden recht bedrijven*, Deventer: Kluwer 2000, p. 311-324.

Vonken
A.P.M.J. Vonken, in: *T&C Burgerlijk Wetboek Boek 10*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Vonken en Vonken 2019
A.P.M.J. Vonken en L.A.H.T. Vonken, 'Een bespiegeling over de exceptieclausule van art. 10:8 BW, toegespitst op de incorporatieleer', *Ondernemingsrecht* 2019/95, p. 532-541.

Vroom 2010
E.E.U. Vroom, 'Kroniek Enquêterecht 2009', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 104, Deventer: Kluwer 2010, p. 3-33.

Van Vught 2018
K.A.M. van Vught, 'Rechtsmacht in de rechtspersoon. Twee arresten, één forum voor corporate geschillen?', *MvO* 2018/8-9, p. 267-272.

Wachter 1988
B. Wachter, 'Concernrecht en bewijs(on)mogelijkheden', in: H.J.M.N. Honée *et al.* (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 379-391.

Wallace 1982
C.D. Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprise. National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls* (diss. Cambridge), Den Haag/Boston/Londen: Martinus Nijhoff Publishers 1982.

Wedderburn 1984
K.W. Wedderburn, 'Multinationals and the Antiquities of Company Law', *The Modern Law Review* 1984, volume 47, nr. 1, p. 87-92.

Van Wees en Eikelboom 2018
A. van Wees en F. Eikelboom, 'Overvloed en onbehagen aan het IJdok; kroniek enquêterecht 2017, in: Y. Borrius *et al.* (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 152, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 45-143.

Wesseling-van Gent 1994
E.M. Wesseling-van Gent, *Rechtsingang en rechtshulp*, Praktijkreeks IPR, deel 20, Deventer: Kluwer 1994.

Wesseling-van Gent 2006
E.M. Wesseling-van Gent, 'To Fish or not to Fish, that's the Question', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en 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. 335-374.

Westbroek 1969
W. Westbroek, *Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen?* (Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht'), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1969.

Wijers 2018
W.P. Wijers, 'Toegang tot het enquêterecht', in: Y. Borrius *et al.* (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 152, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 449-457.

Van Wijk 2007
J.W.H. van Wijk, 'De Hoge Raad en het enquêterecht: een overzicht', *Ondernemingsrecht* 2007/117, p. 386-398.

Van Wijk 2009
J.W.H. van Wijk, 'Kroniek enquêterecht 2008', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 99, Deventer: Kluwer 2009, p. 7-53.

Wils 2002
W.P.J. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law. Essays in Law & Economics*, series European Monographs, 33, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2002.

Willems 2000
'Verslag van de discussie', in: *Conflicten rondom de rechtspersoon. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 29 en zaterdag 30 oktober 1999*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 62, Deventer: Kluwer 2000, p. 135-155.

Willems 2010
J.H.M. Willems, 'Het enquêterecht in de revisie', in: *Geschillen in de vennootschap. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 13 en zaterdag 14 november 2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, Deventer: Kluwer 2010, p. 223-234.

Willems 2012
J.H.M. Willems, 'Rode rafels in het ondernemingsrecht', *AA* 2012/4, p. 302-311.

Willems 2016
J.H.M. Willems, 'Verslag van de discussie', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 181-224.

Winter 1992
J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 15, Deventer: Kluwer 1992.

Winters en Ploeger 2007
B. Winters en P.N. Ploeger, 'Kroniek enquêterecht', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 93, Deventer: Kluwer 2007, p. 11-47.

Winters
B. Winters, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers (losbladig en online).

Witteveen 1993
S.J. Witteveen, 'Het wetsvoorstel inzake de uitbreiding van het enquêterecht', *TVVS* 1993/4, p. 90-95.

Wolf 2013
R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss. Maastricht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 116, Deventer: Kluwer 2013.

Wolf 2016
R.A. Wolf, 'Het certificaat van aandeel in de BV', *WPNR* 2016/7093, p. 97-107.

Zaman 2004
D.F.M.M. Zaman, 'Certificering en modernisering van het ondernemings- en vennootschapsrecht', *TvOB* 2004/5, p. 215-219.

Zaman 2018
D.F.M.M. Zaman, 'Het spanningsveld binnen het ondernemingsrecht: faciliteren en toch misbruik tegengaan', *WPNR* 2018/7212, p. 789-791.

Van Zeben en Du Pon 1977
C.J. van Zeben en J.W. Du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoeringswet Boek 2. Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977.

Ziekman 2005
M. Ziekman, 'Landis-uitspraak gaat uit van economische werkelijkheid', *Advocatenblad* 2005/8, p. 392-396.

Zilinsky 2019
M. Zilinsky, 'Nieuw Belgisch internationaal privaatrecht inzake rechtspersonen en vennootschappen', *WPNR* 2019/7246, p. 513-515.

Zilinsky
M. Zilinsky, in: *T&C Burgerijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

Zonnevylle 2002
A.J. Zonnevylle, 'Biedt het wettelijk pandrecht bescherming aan de certificaathouders bij onbevoegde vervreemding van aandelen door het administratiekantoor?', *V&O* 2002/7-8, p. 122-125.

Zweedijk 2005
A.C. Zweedijk, 'Bevoegdheidsdoorbraak bij het verzoeken van een concernenquête', *V&O* 2005/5, p. 82-85.

JURISPRUDENTIE

Hof van Justitie

HvJ EG 14 juli 1972, 48/69 (*ICI*)
HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73 (*Commercial Solvents*)
HvJ EG 14 oktober 1976, 29/76 (*Eurocontrol*)
HvJ EG 22 februari 1979, 133/78 (*Nadler*)
HvJ EG 16 december 1980, 814/79 (*Rüffer*)
HvJ EG 24 juni 1981, 150/80 (*Jacqmain*)
HvJ EG 25 oktober 1983, 107/82 (*AEG*)
HvJ EG 15 november 1983, 288/82, *NJ* 1984/695, m.nt. L. Wichers Hoeth en J.C. Schultsz (*Goderbauer*)
HvJ EG 12 juli 1984, 170/83 (*Hydrotherm*)
HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 89, 104, 114, 116, 117 en 125-129/85 (*Houtslijp*)
HvJ EG 27 september 1988, 189/87, *NJ* 1990/425, m.nt. J.C. Schultsz (*Kalfelis*)
HvJ EG 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner en Elser*)
HvJ EG 10 maart 1992, C-214/89, *NJ* 1996/279, *TVVS* 1993/172, m.nt. P. Vlas (*Petereit*)
HvJ EG 21 april 1993, C-172/91 (*Waidmann*)
HvJ EG 3 juli 1997, C-269/95 (*Dentalkit*)
HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, *NJ* 2001/116, m.nt. P. Vlas (*Trumpy*)
HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98 (*Bamberski*)
HvJ EG 13 juli 2000, *NJ* 2003/597, m.nt. P. Vlas (*UGIC*)
HvJ EG 9 november 2000, C-387/98 (*Handelsveem*)
HvJ EG 16 november 2000, C-279/98 P (*Cascades*)
HvJ EG 16 november 2000, C-286/98 P (*Stora*)
HvJ EG 16 november 2000, C-297/98 P (*SCA*)
HvJ EG 1 oktober 2002, C-167/00 (*Henkel*)
HvJ EG 5 november 2002, C-208/00, *NJ* 2003/58, m.nt. P. Vlas (*Überseering*)
HvJ EG 14 november 2002, C-271/00 (*Baten*)
HvJ EG 15 mei 2003, C-266/01 (*Staat der Nederlanden*)
HvJ EG 27 april 2004, C-159/02 (*Grovit*)
HvJ EG 1 maart 2005, C-281/02 (*Jackson*)
HvJ EG 11 juli 2006, C-205/03 P (*FENIN*)

HvJ EG 13 juli 2006, C-539/03, *NJ* 2008/76, m.nt. P. Vlas, *IER* 2006/76, m.nt. R.E.P. de Ranitz (*Roche*)
HvJ EG 13 juli 2006, C-103/05, *NJ* 2008/79, *JBPR* 2008/16, m.nt. D.F. de Lange (*Reisch Montage*)
HvJ EG 15 februari 2007, C-292/05 (*Dimosio*)
HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, *NJ* 2008/80, *JBPR* 2008/1, m.nt. D.F. de Lange, *AA* 2007/12, m.nt. M.V. Polak (*Freeport*)
HvJ EG 11 december 2007, C-280/06 (*Philip Morris*)
HvJ EG 2 oktober 2008, C-372/07, *NJ* 2009/192, m.nt. P. Vlas, *JOR* 2009/123, m.nt. R.G.J. de Haan (*Doherty*)
HvJ EG 10 februari 2009, C-185/07 (*West Tankers*)
HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P (*Akzo Nobel*)
HvJ EG 10 september 2009, C-292/08, *NJ* 2010/541, m.nt. M.V. Polak (*Van der Schee*)
HvJ EG 24 september 2009, gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P (*Erste*)
HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P (*General*)
HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P (*ArcelorMittal*)
HvJ EU 12 mei 2011, C-144/10, *JOR* 2011/319, m.nt. J.J. Kuipers (*JPMorgan Chase Bank*)
HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P (*Arkema*)
HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P (*Elf*)
HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, *NJ* 2012/19, m.nt. M.V. Polak (*Bayer CropScience*)
HvJ EU 17 november 2011, C-327/10 (*Lindner*)
HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts (*Painer*)
HvJ EU 12 juli 2012, C-616/10, *NJ* 2013/67, m.nt. Th.M. de Boer en Ch. Gielen, *IER* 2012/62, m.nt. S.J. Schaafsma (*Solvay*)
HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P (*Alliance*)
HvJ EU 11 april 2013, C-645/11, *NJ* 2013/499 (*Land Berlin*)
HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P (*Eni*)
HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P (*Portielje*)
HvJ EU 18 juli 2013, C-499/11 P (*The Dow*)
HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P (*Schindler*)
HvJ EU 12 september 2013, C-49/12 (*Sunico*)
HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P (*EI du Pont*)
HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P (*The Dow*)
HvJ EU 14 november 2013, C-478/12 (*lastminute.com*)
HvJ EU 12 december 2013, C-327/12 (*SOA*)
HvJ EU 19 december 2013, C-9/12 (*La Maison du Whisky*)
HvJ EU 4 september 2014, C-157/13 (‘*Kintra*’)

HvJ EU 23 oktober 2014, C-302/13, *NJ* 2015/284, m.nt. L. Strikwerda (*Starptautiskā lidosta Rīga*)
HvJ EU 18 december 2014, C-434/13 P (*Parker*)
HvJ EU 21 mei 2015, *NJ* 2016/75, m.nt. L. Strikwerda (*CarsOnTheWeb*)
HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, *NJ* 2016/106, m.nt. L. Strikwerda, *JBPR* 2016/15, m.nt. R.B. van Hees (*CDC*)
HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P (*Del Monte*)
HvJ EU 9 juli 2015, C-231/14 P (*InnoLux*)
HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P (*Total*)
HvJ EU 20 april 2016, C-366/13, *NJ* 2016/468, m.nt. L. Strikwerda, *JOR* 2016/159, m.nt. T.M.C. Arons, *Ondernemingsrecht* 2016/120, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens (*Profit Investment SIM*)
HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15 (*Universal Music*)
HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P (*AlzChem*)
HvJ EU 7 juli 2016, C-222/15, *RvdW* 2016/1091 (*Hőszig*)
HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P (*Toshiba*)
HvJ EU 26 januari 2017, C-625/13 P (*Villeroy & Boch*)
HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P (*Akzo Nobel*)
HvJ EU 27 september 2017, gevoegde zaken C-24/16 en C-25/16 (*Nintendo*)
HvJ EU 7 maart 2018, C-560/16, *NJ* 2018/351, m.nt. G. van Solinge (*E.ON Czech Holding*)
HvJ EU 28 februari 2019, C-579/17, *NJ* 2019/160 (*Gradbeništvo Korana*)
HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber (*Skanska Industrial Solutions*)

Gerecht

GvEA EG 17 december 1991, T-6/89 (*Enichem Anic*)
GvEA EG 10 maart 1992, T-11/89 (*Shell*)
GvEA EG 10 maart 1992, gevoegde zaken T-68, 77 en 78/89 (*Società Italiana Vetro*)
GvEA EG 1 april 1993, T-65/89 (*BPB*)
GvEA EG 12 januari 1995, T-102/92 (*Viho*)
GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94 (*Limburgse Vinyl*)
GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99 (*HFB*)
GvEA EG 11 december 2003, T-66/99 (*Minoan*)
GvEA EG 15 september 2005, T-325/01 (*DaimlerChrysler*)
GvEA EG 27 september 2006, T-314/01 (*Avebe*)
GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 331(*Raiffeisen Zentralbank Österreich*)
GvEA EG 12 december 2007, T-112/05 (*Akzo Nobel*)

GvEA EG 31 maart 2009, T-405/06 (*ArcelorMittal*)
Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05 (*Alliance*)
Gerecht EU 3 maart 2011, T-117/07 en T-121/07 (*Areva*)
Gerecht EU 16 juni 2011, T-194/06 (*SNIA*)
Gerecht EU 16 juni 2011, T-197/06 (*FMC*)
Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07 (*Fuji*)
Gerecht EU 13 juli 2011, T-39/07 (*Eni*)
Gerecht EU 13 juli 2011, T-59/07 (*Polimeri*)
Gerecht EU 13 juli 2011, T-138/07 (*Schindler*)
Gerecht EU 9 september 2011, T-25/06 (*Alliance*)
Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08 (*EI du Pont*)
Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08 (*The Dow*)
Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10 (*Bolloré*)
Gerecht EU 27 september 2012, T-343/06 (*Shell*)
Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09 (*Parker*)
Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09 (*Saint-Gobain*)
Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09 (*Alstom*)
Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10 (*Lucchini*)
Gerecht EU 12 december 2014, T-558/08 (*Eni*)
Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10 (*Hit*)
Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10 (*Socitrel*)
Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10 (*SLM*)
Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13 (*Toshiba*)
Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV (*Parker*)

Hoge Raad

HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465 (Doetinchemse IJzergieterij)
HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Forumbank*)
HR 18 juni 1980, *NJ* 1981/547, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bureau Beckers*)
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*)
HR 25 november 1983, *NJ* 1984/297, m.nt. W.H. Heemskerk
HR 4 november 1987, *NJ* 1988/578, m.nt. J.M.M. Maeijer
HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/465 (*Ogem*)
HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Ogem*)
HR 9 mei 1990, *NJ* 1990/829 (*Claybo*)
HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992/149, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Stichting NIAC*)
HR 4 december 1992, *NJ* 1993/271, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Mast Holding*)
HR 10 september 1993, *NJ* 1993/777, m.nt. P.A. Stein (*Alcatel*)
HR 26 juni 1996, *NJ* 1996/730 (*Transom*)
HR 16 augustus 1996, *NJ* 1997/37, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1996/172, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*VHS*)

HR 20 november 1996, *NJ* 1997/188, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Louder*)
HR 15 januari 1997, *NJ* 1997/368, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Vie d'Or*)
HR 25 april 1997, *NJ* 1998/665, m.nt. P. Vlas (*Volume Shipping*)
HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/135, m.nt. P. van der Vlis (*Text Lite*)
HR 8 april 1998, *JOR* 1998/133, m.nt. G. van Solinge, *TVVS* 1998/73, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Skipper Club*)
HR 19 mei 1999, *NJ* 1999/658, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1999/145, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 1999/51, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bobel*)
HR 4 februari 2000, *NJ* 2005/335 (*Universal Ogden Services*)
HR 31 maart 2000, *NJ* 2000/497, m.nt. J.B.M. Vranken (*NS*)
HR 27 september 2000, *JOR* 2000/217, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2000/55, m.nt. S.M. Bartman (*Gucci*)
HR 9 februari 2001, *NJ* 2001/290, m.nt. P. Vlas (*Apotheek Schothorst*)
HR 26 oktober 2001, *JOR* 2002/2, m.nt. S.M. Bartman (*Juno*)
HR 21 december 2001, *NJ* 2005/96, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Hurks*)
HR 1 februari 2002, *NJ* 2002/225, m.nt. van J.M.M. Maeijer (zie *NJ* 2002/226) en *Ondernemingsrecht* 2002/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*De Vries Robbé*)
HR 1 maart 2002, *NJ* 2002/296, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2002/79, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2002/29, m.nt. L. Timmerman (*Zwagerman*)
HR 4 april 2003, *NJ* 2003/538, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/134, m.nt. Y. Borrius, *Ondernemingsrecht* 2003/36, m.nt. F. Veenstra (*Skipper Club*)
HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/37, m.nt. P.D. Olden en C.C. Borgart (*Scheipar*)
HR 6 februari 2004, *NJ* 2005/403, m.nt. P. Vlas (*Hans Ulrich Petermann Beratungs- und Vertriebs*)
HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*)
HR 8 april 2005, *NJ* 2006/443, m.nt. G. van Solinge, *JOR* 2005/119, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2005/98, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Laurus*)
HR 15 april 2005, *JAR* 2005/153, m.nt. E. Verhulp (*Ciris*)
HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/147, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/126, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Zeelandia*)
HR 21 mei 2005, *JAR* 2005/117, m.nt. R.M. Beltzer en E. Verhulp, *JOR* 2005/145, m.nt. P.A.M. Witteveen (*Unidek*)
HR 18 november 2005, *NJ* 2006/173, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/295, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2006/10, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Unilever*)
HR 10 november 2006, *NJ* 2007/45, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/6, m.nt. E. Schmieman, *Ondernemingsrecht* 2007/37, m.nt. G.J.C. Rensen (*Broex*)

HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/138, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*ATR Leasing*)
HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer, *Ondernemingsrecht* 2007/127, m.nt. M.J. van Ginneken (*ABN ARMO*)
HR 26 juni 2009, *NJ* 2011/210, m.nt. W.J.M. van Veen, *Ondernemingsrecht* 2009/118, m.nt. P.M. Storm (*KPNQwest*)
HR 10 juli 2009, *NJ* 2009/359
HR 25 juni 2010, *JOR* 2010/226, m.nt. G. van Solinge (*e-Traction*)
HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2010/228, m.nt. M.J. van Ginneken, *Ondernemingsrecht* 2010/105, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2010/11, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*ASMI*)
HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick, *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/146, m.nt. M.J. Kroeze (*Butôt*)
HR 17 december 2010, *NJ* 2011/213, m.nt. W.J.M. van Veen, *JOR* 2011/42, m.nt. J.M. Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 2011/22, m.nt. P.M. Storm (*KPNQwest*)
HR 18 maart 2011, *NJ* 2011/219, m.nt. M.V. Polak (*Bialek*)
HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/178, m.nt. A. Doorman, *JIN* 2011/489, m.nt. P. Haas (*TESN*)
HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/286, m.nt. R.G.J. de Haan (*Emba*)
HR 18 november 2011, *BNB* 2012/27, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/372, m.nt. J.N. Bouwman, *FED* 2012/18, m.nt. M.C. Cornelisse
HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2012/141, m.nt. M.W. Josephus Jitta en T. Barkhuysen (*e-Traction*)
HR 30 maart 2012, *NJ* 2012/423, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2012/142, m.nt. B. Winters (*ASMI*)
HR 21 september 2012, *BNB* 2013/14, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/2285, m.nt. J.A.G. van Es, *FED* 2013/22, m.nt. G.T.K. Meussen
HR 18 januari 2013, *NJ* 2013/60
HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman, *AA* 2013, p. 466-476, m.nt. B.F. Assink (*Chinese Workers*)
HR 6 december 2013, *NJ* 2014/167, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/65, m.nt. M. Holtzer, *Ondernemingsrecht* 2014/40, m.nt. S.M. Bartman (*Fortis*)
HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Cancun*)
HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan, *AA* 2014/6, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cancun*)
HR 4 april 2014, *Ondernemingsrecht* 2014/101, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Cancun*)
HR 4 april 2014, *ARO* 2014/72 (*Cancun*)
HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden, *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten, *AA* 2014/10, m.nt. B.F. Assink, *JIN* 2014/109, m.nt. P. Haas (*Slotervaartziekenhuis*)

HR 17 april 2015, *NJ* 2015/453, m.nt. L. Strikwerda (*Kompas Overseas*)
HR 13 november 2015, *NJ* 2016/425, m.nt. Th.M. de Boer en A.I.M. van Mierlo, *JOR* 2016/24, m.nt. A. Steneker (*Yukos*)
HR 8 juli 2016, *NJ* 2016/327 (*Stadig*)
HR 4 november 2016, *NJ* 2017/74, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2017/1, m.nt. K. Spruitenburg, *JIN* 2017/31, m.nt. P. Haas (*SNS*)
HR 18 november 2016, *NJ* 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde, *JOR* 2017/30, m.nt. A. Hammerstein, *Ondernemingsrecht* 2017/50, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*Meavita*)
HR 14 april 2017, *NJ* 2017/418, m.nt. L. Strikwerda (*LAG Trailers*)
HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/239 (*Vano Vastgoed*)
HR 13 april 2018, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleeft, *Ondernemingsrecht* 2018/82, m.nt. P.H.M. Broere (*Leaderland*)
HR 20 april 2018, *NJ* 2018/331, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/142, m.nt. A.F.J.A. Leijten, *JIN* 2018/113, m.nt. A.M. Dumoulin-Siemens, *AA* 2018/10, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Boskalis/Fugro*)
HR 1 juni 2018, *JOR* 2018/215, m.nt. E.L.H. van der Vos, *JAR* 2018/166, m.nt. A.M. Helstone (*Rabobank*)
HR 12 oktober 2018, *JOR* 2018/296, m.nt. D.F. Berkhout (*Stichting ANV Fondsen*)
HR 21 december 2018, *JOR* 2019/73, m.nt. C.G. van der Plas (*Supreme Headquarters*)
HR 1 februari 2019, *ARO* 2019/47 (*Europa Leasing*)
HR 29 maart 2019, *NJ* 2019/259
HR 12 april 2019, *NJ* 2019/260, m.nt. L. Strikwerda, *JIN* 2019/90, m.nt. M. Teekens
HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279

Gerechtshoven

Gerechtshof Amsterdam

Hof Amsterdam (OK) 3 januari 1977, rekestnr. 2/76, *NJ* 1977/342, *TVVS* 1977, p. 55-56 (*Oostrum*)
Hof Amsterdam (OK) 26 januari 1978, rekestnr. 6/77, *TVVS* 1978/8, p. 251-252, m.nt. C.A. Boukema (*Vermeulen Epe*)
Hof Amsterdam (OK) 21 september 1978, rekestnr. 4/78, *NJ* 1979/403, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1979/1, p. 36-37 (*Catharina Adriana*)
Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980/71 (*Batco*)
Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980/73, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Batco* en *VHLF*)
Hof Amsterdam (OK) 23 juni 1983, *NJ* 1984/571, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Hyster*)
Hof Amsterdam (OK) 22 december 1983, *NJ* 1985/383, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ogem*)

Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 1985, *NJ* 1986/578, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Howson Algraphy*)
Hof Amsterdam (OK) 16 april 1987, *NJ* 1988/183 (*Stolk*)
Hof Amsterdam (OK) 25 augustus 1988, *NJ* 1989/308, *De NV* 1988, p. 215 (*Corocor*)
Hof Amsterdam (OK) 28 september 1989, *De NV* 1989, p. 265 (*Vrijthof*)
Hof Amsterdam (OK) 19 oktober 1989, rekestnr. 28/89 OK, *NJ* 1990/372, m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1990, p. 205-207, m.nt. A.F.M. Dorresteijn (*Van Gelder en Van Os*)
Hof Amsterdam (OK) 22 maart 1990, rekestnr. 46/89 (*Vertimart*)
Hof Amsterdam (OK) 21 november 1991, *NJ* 1992/254 (*ITP Holland*)
Hof Amsterdam (OK) 21 januari 1993, rekestnr. 46/92 (*Houdijker*)
Hof Amsterdam (OK) 11 maart 1993, rekestnr. 57/92 (*Alpha Milkpowders*)
Hof Amsterdam (OK) 15 juli 1993, *De NV* 1993, p. 218 (*Van Asselt*)
Hof Amsterdam (OK) 17 maart 1994, *TVVS* 1994, p. 164-166, m.nt. Th.S. IJsselmuiden (*Janssen Pers*)
Hof Amsterdam (OK) 31 maart 1994, *TVVS* 1994, p. 189-191, m.nt. Th.S. IJsselmuiden (*Kluft Distrifood*)
Hof Amsterdam (OK) 1 september 1994, *De NV* 1994, p. 297-298 (*Holacht*)
Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 1994, rekestnr. 452/94 (*Sintelmolen*)
Hof Amsterdam (OK) 1 december 1994, *NJ* 1995/584 (*VHS*)
Hof Amsterdam (OK) 16 februari 1995, rekestnr. 791/94 (*Ras*)
Hof Amsterdam (OK) 14 september 1995, rekestnr. 446/95 (*Dintelmond*)
Hof Amsterdam (OK) 13 februari 1997, *TVVS* 1997/62, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Boommarkt*)
Hof Amsterdam (OK) 27 maart 1997, *TVVS* 1997/83, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Skipper Club*)
Hof Amsterdam (OK) 19 juni 1997, *JOR* 1997/83, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *TVVS* 1997/136, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bobel*)
Hof Amsterdam (OK) 23 april 1998, *JOR* 1998/92, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *TVVS* 1998/134, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Village Scaldia*)
Hof Amsterdam (OK) 24 september 1998, *NJ* 1999/332 (*Horgen Papier*)
Hof Amsterdam (OK) 12 november 1998, rekestnr. 554/98, *Ondernemingsrecht* 1999/15, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*De Zuider Ster*)
Hof Amsterdam (OK) 12 november 1998, *NJ* 1999/374 (*Uni-Invest*)
Hof Amsterdam (OK) 10 december 1998, *NJ* 1999/390, *JOR* 1999/32, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Spiegelenburg*)
Hof Amsterdam (OK) 10 september 1999, *JOR* 1999/228, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 1999/84, m.nt. M.L. Lennarts en P.G.F.A. Geerts (*IJsselwerf*)
Hof Amsterdam (OK) 21 oktober 1999, rekestnr. 901/99 (*Burggraaff*)
Hof Amsterdam (OK) 9 december 1999, *JOR* 2000/33, *Ondernemingsrecht* 2000/28, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Sito Distributiecentrum*)

Hof Amsterdam (OK) 30 december 1999, rekestnr. 816/99 (*Naaykens*)
Hof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, rekestnr. 468/99, *JOR* 2000/99 (*Willem III*)
Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2000, rekestnr. 1065/99 (*Bungalowpark Het Grootslag*)
Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, rekestnr. 175/2000, *JOR* 2000/127, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2000/23, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Bot Bouw*)
Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2000, rekestnr. 592/2000 (*Nedco*)
Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2000, *JOR* 2001/5 (*Paalman*)
Hof Amsterdam (OK) 2 november 2000, *JOR* 2001/6 (*Cohere*)
Hof Amsterdam (OK) 16 november 2000, *JOR* 2001/9 (*MUS*)
Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2001, *JOR* 2001/56 (*Tactron*)
Hof Amsterdam (OK) 15 maart 2001, rekestnr. 182/2001 en 204/2001, *JOR* 2001/108 (*Skagerak Projekten*)
Hof Amsterdam (OK) 29 maart 2001, rekestnr. 306/2001 (*Incore*)
Hof Amsterdam (OK) 20 april 2001, rekestnr. 835/2000 (*Paalman*)
Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2001, *JOR* 2001/148, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*De Vries Robbé*)
Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2001, *JOR* 2001/205 (*Bot Bouw*)
Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2001, *JOR* 2001/206, *Ondernemingsrecht* 2001/48, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Cohere*)
Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2001, *JOR* 2001/207 (*Easy World Airline*)
Hof Amsterdam (OK) 19 september 2001, *JOR* 2001/225 (*Vernooijs Geleen*)
Hof Amsterdam (OK) 20 september 2001, *JOR* 2001/226, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Bot Bouw*)
Hof Amsterdam (OK) 21 december 2001, *JOR* 2002/57 (*Egbouw*)
Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2002, *ARO* 2002/7 (*Broadnet*)
Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2002, *ARO* 2002/3 (*Grote Hoef*)
Hof Amsterdam (OK) 31 januari 2002, *JOR* 2002/154 (*Grote Hoef*)
Hof Amsterdam (OK) 25 februari 2002, *JOR* 2000/75 (*MCEG*)
Hof Amsterdam (OK) 29 april 2002, *ARO* 2002/57 (*IHD Schiphol Service*)
Hof Amsterdam (OK) 29 april 2002, *ARO* 2002/68 (*Tactron*)
Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2002, *JOR* 2002/112, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Broadnet*)
Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Janson*)
Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2002, *ARO* 2002/128 (*Polyplus*)
Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2002, *ARO* 2002/129 (*Mali Zevenaar*)
Hof Amsterdam (OK) 7 augustus 2002, *JOR* 2002/193, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003/1, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Scheipar*)
Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 2002, *JOR* 2002/215, m.nt. R.G.J. Nowak (*CPS*)
Hof Amsterdam (OK) 26 november 2002, *ARO* 2002/178 (*De Ark*)

Hof Amsterdam (OK) 18 december 2002, *ARO* 2003/16 (*Polyplus*)
Hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/8 (*Easy World Airline*)
Hof Amsterdam (OK) 31 december 2002, *ARO* 2003/9 (*Kruisheer Elffers*)
Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2003, *ARO* 2003/34 (*SHGP*)
Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, *JOR* 2003/85, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Corus*)
Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, *ARO* 2003/60 (*Callas*)
Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2003, *ARO* 2003/98 (*Mc Veldt*)
Hof Amsterdam (OK) 20 juni 2003, *ARO* 2003/110 (*B&S Heiloo*)
Hof Amsterdam (OK) 27 juni 2003, *ARO* 2003/113 (*Johnny Hoes*)
Hof Amsterdam (OK) 30 juni 2003, *ARO* 2003/116 (*Polyplus*)
Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2003, *ARO* 2003/126 (*LHT Finance House*)
Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2003, *ARO* 2003/141 (*Polyplus*)
Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. T.M. Stevens (*Landis*)
Hof Amsterdam (OK) 30 december 2003, *ARO* 2004/4 (*NCAM*)
Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2004, *ARO* 2004/5 (*Polisol*)
Hof Amsterdam (OK) 19 januari 2004, *ARO* 2004/22 (*Virtual Affairs*)
Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2004, *ARO* 2004/20 (*Trial*)
Hof Amsterdam (OK) 13 april 2004, *ARO* 2004/54 (*Cebepe*)
Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2004, *ARO* 2004/195 (*Esteves-DWD*)
Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2004, *ARO* 2004/77 (*Cabarra*)
Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *JOR* 2004/230, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Citadel*)
Hof Amsterdam (OK) 21 december 2004, *ARO* 2004/145, *Ondernemingsrecht* 2005/35, m.nt. B.F. Assink (*Unilever*)
Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, *ARO* 2005/5 (*Bouwburo*)
Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, *JOR* 2005/6, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2005/34, m.nt. P.D. Olden (*Ahold*)
Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2005, *ARO* 2005/32 (*Avantech Europe*)
Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2005, *ARO* 2005/34 (*Dodo*)
Hof Amsterdam (OK) 15 maart 2005, *JOR* 2005/88 (*Emba*)
Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2005, *ARO* 2005/67 (*Van Doorn*)
Hof Amsterdam (OK) 24 maart 2005, *ARO* 2005/55 (*ACI*)
Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/57 (*LdB Ogilvy & Mather*)
Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/59 (*Euroyal*)
Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, *ARO* 2005/62 (*Karst*)
Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/83 (*Dyna Music System*)
Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2005, *ARO* 2005/84 (*Florimarx*)
Hof Amsterdam (OK) 19 juni 2015, *ARO* 2015/168 (*HIT*)
Hof Amsterdam (OK) 20 juni 2005, *ARO* 2005/97 (*'t Hart*)
Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2005, *ARO* 2005/98 (*Knapen*)

Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*)
Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2005, *ARO* 2005/121 (*Arthromed*)
Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2005, *ARO* 2005/150 (*Curamedical*)
Hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2005, *ARO* 2005/155 (*Denkers TNG*)
Hof Amsterdam (OK) 18 augustus 2005, *ARO* 2005/161 (*Dubbelhuis*)
Hof Amsterdam (OK) 8 september 2005, *ARO* 2005/186 (*Smit Transformatoren*)
Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2005, *JOR* 2005/296, m.nt. A.F.J.A. Leijten, *Ondernemingsrecht* 2006/35, m.nt. H.M. de Mol van Otterloo (*Smit Transformatoren*)
Hof Amsterdam (OK) 11 oktober 2005, *ARO* 2005/188 (*Knapen*)
Hof Amsterdam (OK) 24 november 2005, *ARO* 2005/209 (*Ahold*)
Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2006, *JOR* 2006/69, m.nt. R.G.J. Nowak (*Mondoor*)
Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2006, *ARO* 2006/29 (*Daidalos*)
Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2006, *ARO* 2006/56 (*Carboply*)
Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2006, *ARO* 2006/58 (*CDG*)
Hof Amsterdam (OK) 10 maart 2006, *ARO* 2006/60 (*Eleveld*)
Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *ARO* 2006/70, *Ondernemingsrecht* 2006/145, m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Van Doorn*)
Hof Amsterdam (OK) 7 april 2006, *ARO* 2006/72 (*Punching*)
Hof Amsterdam (OK) 28 april 2006, *ARO* 2006/73 (*Drukkerij Bevrijding*)
Hof Amsterdam (OK) 9 mei 2006, *ARO* 2006/99 (*TriQorp*)
Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2006, *ARO* 2006/105 (*BWI*)
Hof Amsterdam (OK) 28 juni 2006, *ARO* 2006/114 (*Van Lennep*)
Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2006, *ARO* 2006/139 (*Punching*)
Hof Amsterdam (OK) 12 juli 2006, *ARO* 2006/131 (*Becq & Millan*)
Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2006, *ARO* 2006/132 (*Selles*)
Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2006, *ARO* 2006/142 (*K&H*)
Hof Amsterdam (OK) 28 juli 2006, *ARO* 2006/145 (*TriQorp*)
Hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/171 (*Makelaarskantoor H. Post*)
Hof Amsterdam (OK) 13 oktober 2006, *ARO* 2006/172 (*Hartevelt*)
Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2006, *ARO* 2006/173 (*Doorzand*)
Hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/192 (*De Leeuw*)
Hof Amsterdam (OK) 24 november 2006, *ARO* 2006/193 (*Masselink*)
Hof Amsterdam (OK) 27 december 2006, *ARO* 2007/4 (*Woudwood*)
Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2007, *ARO* 2007/23 (*Van de Steege*)
Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *ARO* 2007/46 (*ITpreneurs*)
Hof Amsterdam (OK) 28 maart 2007, *JOR* 2007/118, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2007/138, m.nt. P.M. Storm (*DSM*)
Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, m.nt. M.P. Nieuwe Weme, *Ondernemingsrecht* 2007/103, m.nt. M.J. van Ginneken (*ABN AMRO*)
Hof Amsterdam (OK) 18 juni 2007, *ARO* 2007/98 (*Rubalas*)
Hof Amsterdam (OK) 22 juni 2007, *ARO* 2007/102 (*Micam*)

Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2007, *ARO* 2007/103 (*2H Media*)
Hof Amsterdam (OK) 3 juli 2007, *ARO* 2007/128 (*Woudwood*)
Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2007, *ARO* 2007/121 (*Villa Happ*)
Hof Amsterdam (OK) 24 juli 2007, *ARO* 2007/142 (*Van Doorn*)
Hof Amsterdam (OK) 3 augustus 2007, *ARO* 2007/135 (*Callisto*)
Hof Amsterdam (OK) 15 augsustus 2007, *ARO* 2007/146 (*'t Hart*)
Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2007, *ARO* 2007/166 (*e-Traction*)
Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2007, *ARO* 2007/184 (*Doorzand*)
Hof Amsterdam (OK) 22 november 2007, *ARO* 2007/189 (*Zondervan*)
Hof Amsterdam (OK) 27 november 2007, *ARO* 2007/190 (*B&A*)
Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, *ARO* 2008/8 (*Pool*)
Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2008, *JOR* 2008/39, m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2008/37, m.nt. Ch.E. Honée (*PCM*)
Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2008, *ARO* 2008/22 (*RBB*)
Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2008, *ARO* 2008/48 (*Ambaflex*)
Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2008, *ARO* 2008/49 (*MBV*)
Hof Amsterdam (OK) 4 maart 2008, *ARO* 2008/51 (*ICTrack*)
Hof Amsterdam (OK) 5 maart 2008, *ARO* 2008/53 (*Kalf-Valk*)
Hof Amsterdam (OK) 4 april 2008, *ARO* 2008/80 (*Kliniek Holystaete*)
Hof Amsterdam (OK) 17 april 2008, *JOR* 2008/157, m.nt. A. Doorman (*ABN AMRO*)
Hof Amsterdam (OK) 24 april 2008, *ARO* 2008/86 (*Van Loon*)
Hof Amsterdam (OK) 6 mei 2008, *ARO* 2008/87 (*Stucadoorsbedrijf L&L*)
Hof Amsterdam (OK) 9 mei 2008, *ARO* 2008/91 (*D&G*)
Hof Amsterdam (OK) 17 juni 2008, *ARO* 2008/109 (*KPN Narrowcasting*)
Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, *ARO* 2008/132 (*Welsi*)
Hof Amsterdam (OK) 19 augustus 2008, *ARO* 2008/135 (*W.J. Grain*)
Hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, *JOR* 2009/127, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*e-Traction*)
Hof Amsterdam (OK) 10 september 2008, *ARO* 2008/155 (*Janssen*)
Hof Amsterdam (OK) 3 november 2008, *ARO* 2008/175 (*ICTrack*)
Hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, *JOR* 2009/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2009/13, m.nt. S.M. Bartman (*Fortis*)
Hof Amsterdam (OK) 3 december 2008, *ARO* 2008/191 (*Graphic*)
Hof Amsterdam (OK) 17 december 2008, *ARO* 2009/3 (*MCEG*)
Hof Amsterdam (OK) 20 januari 2009, *ARO* 2009/15 (*Barcofra*)
Hof Amsterdam (OK) 26 januari 2009, *ARO* 2009/19 (*E&M Horeca*)
Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2009, *ARO* 2009/34 (*Dutch Megapower*)
Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, *JOR* 2009/129, m.nt. G. van Solinge (*Butôt*)

Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2009, *ARO* 2009/56 (*Nedelko*)
Hof Amsterdam (OK) 24 april 2009, *ARO* 2009/64 (*Allstar Consulting*)
Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2009, *JOR* 2009/190, m.nt. G. van Solinge (*La Casserole*)
Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2009, *ARO* 2009/133 (*MCEG*)
Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2009, *JOR* 2009/254, m.nt. R.M. Hermans (*ASMI*)
Hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2009, *ARO* 2009/160 (*DWS*)
Hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, *JOR* 2010/10, m.nt. A. Doorman (*TESN*)
Hof Amsterdam (OK) 19 november 2009, *ARO* 2009/180 (*FazandtGroep*)
Hof Amsterdam (OK) 7 januari 2010, *ARO* 2010/16 (*Rubalas*)
Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2010, *ARO* 2010/22 (*Exin Asia*)
Hof Amsterdam (OK) 20 januari 2010, *ARO* 2010/17 (*Rubalas*)
Hof Amsterdam (OK) 8 maart 2010, *ARO* 2010/44 (*Allround Cargo*)
Hof Amsterdam (OK) 12 april 2010, *ARO* 2010/62 (*DIC Almatis*)
Hof Amsterdam (OK) 14 april 2010, *JOR* 2010/185, m.nt. S.M. Bartman (*Meavita*)
Hof Amsterdam (OK) 15 april 2010, *ARO* 2010/64 (*Seerden*)
Hof Amsterdam (OK) 21 april 2010, *ARO* 2010/66 (*Pebblestone*)
Hof Amsterdam (OK) 28 april 2010, *ARO* 2010/71 (*Cancun*)
Hof Amsterdam (OK) 29 april 2010, *ARO* 2010/72 (*Celco*)
Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2010, *ARO* 2010/82 (*Mulix*)
Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2010, *ARO* 2010/176 (*KPNQwest*)
Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2010, *ARO* 2010/85 (*Creative Kids Concepts*)
Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 (*UPA*)
Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2010, *ARO* 2010/95 (*CRV*)
Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2010, *ARO* 2010/96 (*CRV*)
Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2010, *ARO* 2010/104 (*Posttate*)
Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2010, *ARO* 2010/112 (*Boon*)
Hof Amsterdam (OK) 25 augustus 2010, *JOR* 2010/340, m.nt. M. Brink (*Fortis*)
Hof Amsterdam (OK) 3 november 2010, *ARO* 2010/168 (*Inter Access*)
Hof Amsterdam (OK) 16 november 2010, *ARO* 2010/170 (*2Link*)
Hof Amsterdam (OK) 18 november 2010, *ARO* 2010/171 (*Weerts & Van Rooij*)
Hof Amsterdam (OK) 1 deccember 2010, *ARO* 2010/180 (*Dutch Megapower*)
Hof Amsterdam (OK) 31 januari 2011, *ARO* 2011/22 (*Markeur*)
Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2011, *ARO* 2011/33 (*MEI*)
Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2011, *ARO* 2011/39 (*Amtel*)
Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/55 (*A&T Van Beek*)
Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2011, *ARO* 2011/57 (*Spaarnwoude*)
Hof Amsterdam (OK) 24 maart 2011, *ARO* 2011/62 (*Ulyanovsk*)
Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2011, *ARO* 2011/63 (*Muntal*)
Hof Amsterdam (OK) 14 april 2011, *JOR* 2011/179, m.nt. R.M. Hermans, *Ondernemingsrecht* 2011/82, m.nt. P.M. Storm (*ASMI*)

Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2011, *ARO* 2011/82 (*Proxy*)
Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2011, *JOR* 2011/219, m.nt. S.M. Bartman (*Meavita*)
Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *JOR* 2011/282, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Synpact*)
Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, *ARO* 2011/104 (*Markerink*)
Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2011, *ARO* 2011/127 (*MacMountain*)
Hof Amsterdam (OK) 28 juli 2011, *JOR* 2011/329, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Königsberg*)
Hof Amsterdam (OK) 26 augustus 2011, *ARO* 2011/128 (*MacMountain*)
Hof Amsterdam (OK) 8 september 2011, *ARO* 2011/139 (*Induna*)
Hof Amsterdam (OK) 29 september 2011, *ARO* 2011/148 (*RVDD*)
Hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2011, *ARO* 2011/167 (*Twister Media*)
Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77, m.nt. J.F. Ouwehand, *JIN* 2012/11, m.nt. M. van den Berg (*Landis*)
Hof Amsterdam (OK) 27 december 2011, *ARO* 2012/6 (*Hein Schilder*)
Hof Amsterdam (OK) 20 januari 2012, *ARO* 2012/16 (*Mulix*)
Hof Amsterdam (OK) 7 februari 2012, *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman, *AA* 2012/5, m.nt. S.M. Bartman, *JIN* 2012/99, m.nt. P. Haas (*Chinese Workers*)
Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2012, *ARO* 2012/46 (*Chef Martin Menu Services Haaglanden*)
Hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *JOR* 2013/41, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2012/71, m.nt. S.M. Bartman (*Fortis*)
Hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *ARO* 2012/55 (*Zadeko*)
Hof Amsterdam (OK) 10 april 2012, *ARO* 2012/56 (*Sequoia*)
Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2012, *ARO* 2012/67 (*Casino's van Oranje*)
Hof Amsterdam (OK) 1 juni 2012, *ARO* 2012/82 (*Callas*)
Hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, *ARO* 2012/98 (*RVDD*)
Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2012, *ARO* 2012/108 (*Rofitec*)
Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, *JOR* 2013/7, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Cancun*)
Hof Amsterdam (OK) 27 juli 2012, *ARO* 2012/122 (*Leidsestraat Apotheek*)
Hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, *ARO* 2012/119 (*Pierson & Pierson*)
Hof Amsterdam (OK) 3 september 2012, *ARO* 2012/130 (*Pebblestone*)
Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2012, *JOR* 2013/8, m.nt. H.M. de Mol van Otterloo, *AA* 2013/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Harbour Antibodies*)
Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165 (*Via Parva*)
Hof Amsterdam (OK) 27 november 2012, *ARO* 2013/1 (*De Orthopedische Schoenmakerij*)
Hof Amsterdam (OK) 20 december 2012, *ARO* 2013/13 (*Leidsestraat Apotheek*)
Hof Amsterdam (OK) 8 januari 2013, *ARO* 2013/24 (*BHC*)
Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2013, *ARO* 2013/26 (*Thermen*)

Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102, m.nt. D.A.M.H.W. Strik (*Van der Moolen*)
Hof Amsterdam (OK) 14 maart 2013, *ARO* 2013/48 (*Novero*)
Hof Amsterdam (OK) 2 april 2013, *ARO* 2013/68 (*New Look*)
Hof Amsterdam (OK) 7 mei 2013, *ARO* 2013/84 (*Viadata*)
Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2013, *ARO* 2013/98 (*Meditaxi*)
Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2013, *ARO* 2013/109 (*Groene Energie Administratie*)
Hof Amsterdam (OK) 1 juli 2013, *ARO* 2013/119 (*Meditaxi*)
Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2013, *ARO* 2013/120 (*Slotervaartziekenhuis*)
Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2013, *ARO* 2013/124 (*Erstad Den Heijhof*)
Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2013, *ARO* 2013/127 (*Jimm*)
Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2013, *JOR* 2014/94, m.nt. L.G. Verburg (*Prins Dokkum*)
Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2013, *ARO* 2013/160 (*Jeemer*)
Hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2013, *JOR* 2014/159, m.nt. W.H. van Baren (*Staat*)
Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, *ARO* 2014/15 (*Ageas*)
Hof Amsterdam (OK) 12 december 2013, *ARO* 2014/6 (*Three Ships*)
Hof Amsterdam (OK) 20 december 2013, *ARO* 2014/9 (*Agri*)
Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2014, *ARO* 2014/44 (*Pierson & Pierson*)
Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2014, *ARO* 2014/46 (*Licom*)
Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2014, *ARO* 2014/35 (*Polderland*)
Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2014, *ARO* 2014/40 (*Wikkelbok*)
Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, *ARO* 2014/57 (*TICA*)
Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2014, *JOR* 2014/128, m.nt. P.D. Olden (*Groene Energie Administratie*)
Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2014, *ARO* 2014/60 (*S&R*)
Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2014, *ARO* 2014/61 (*Fuhler*)
Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/64 (*Plat Edam*)
Hof Amsterdam (OK) 3 april 2014, *ARO* 2014/66 (*Kwekerij WB*)
Hof Amsterdam (OK) 10 april 2014, *ARO* 2014/109 (*Interfisc*)
Hof Amsterdam (OK) 1 mei 2014, *ARO* 2014/121 (*Pierson & Pierson*)
Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, *ARO* 2014/85 (*De Jong*)
Hof Amsterdam (OK) 25 juni 2014, *ARO* 2014/131 (*Next Level Systems*)
Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2014, *ARO* 2014/153, *Ondernemingsrecht* 2014/131, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Groene Energie Administratie*)
Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2014, *ARO* 2014/167 (*Xeikon*)
Hof Amsterdam (OK) 24 juli 2014, *ARO* 2014/132 (*Next Level Systems*)
Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2014, *ARO* 2014/173 (*Best Green*)
Hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2014, *ARO* 2014/175 (*Depron*)
Hof Amsterdam (OK) 4 september 2014, *JIN* 2014/192, m.nt. E. Baghery (*Café Kobalt*)

Hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2014, *ARO* 2014/147 (*S&R*)
Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ARO* 2015/18 (*Iszgro*)
Hof Amsterdam (OK) 25 november 2014, *ARO* 2015/22 (*Goodfood*)
Hof Amsterdam (OK) 3 december 2014, *ARO* 2015/29 (*Phanos Reit*)
Hof Amsterdam (OK) 23 december 2014, *ARO* 2015/48 (*MVG*)
Hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, *ARO* 2015/70 (*DPS*)
Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, *ARO* 2015/82 (*Proxy*)
Hof Amsterdam (OK) 5 maart 2015, *ARO* 2015/100 (*Distilleries Group Toorank*)
Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2015, *ARO* 2015/125 (*TICA*)
Hof Amsterdam (OK) 21 april 2015, *ARO* 2015/117 (*Penta Properties*)
Hof Amsterdam (OK) 28 april 2015, *ARO* 2015/127 (*Leaderland*)
Hof Amsterdam (OK) 11 mei 2015, *ARO* 2015/136 (*Barendregt's*)
Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2015, *ARO* 2015/138 (*Pharma Feed*)
Hof Amsterdam (OK) 21 mei 2015, *ARO* 2015/139 (*Proov*)
Hof Amsterdam (OK) 1 juni 2015, *JOR* 2015/233, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Energie Concurrent*)
Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2015, *ARO* 2015/165 (*Clifden*)
Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/171 (*Phanos Reit*)
Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/173 (*Lansinkveste*)
Hof Amsterdam (OK) 7 juli 2015, *ARO* 2015/181 (*Eshuis*)
Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, *JOR* 2015/260, m.nt. C.D.J. Bulten, *Ondernemingsrecht* 2015/92, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2015/9, m.nt. B.F. Assink (*SNS*)
Hof Amsterdam (OK) 11 september 2015, *ARO* 2015/191 (*RTC*)
Hof Amsterdam (OK) 22 september 2015, *ARO* 2015/211 (*Schoenaker*)
Hof Amsterdam (OK) 23 september 2015, *ARO* 2015/213 (*Proov*)
Hof Amsterdam (OK) 25 september 2015, *ARO* 2015/214 (*Metrical*)
Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2015, *ARO* 2015/222 (*Leaderland*)
Hof Amsterdam (OK) 5 oktober 2015, *ARO* 2015/230 (*STN*)
Hof Amsterdam (OK) 29 oktober 2015, *ARO* 2015/228 (*Slutter en Van Leijden*)
Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61, m.nt. P. van Schilfgaarde, *AA* 2016/3, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Meavita*)
Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*)
Hof Amsterdam (OK) 17 december 2015, *ARO* 2016/7 (*4Apps*)
Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2016, *JIN* 2016/106, m.nt. J. van der Kraan (*PiF*)
Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2016, *ARO* 2016/25 (*Inter-Burgo*)
Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2016, *ARO* 2016/50 (*Höcker Vastgoed*)
Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2016, *ARO* 2016/58 (*Strara*)
Hof Amsterdam (OK) 5 april 2016, *ARO* 2016/97 (*De Jong*)
Hof Amsterdam (OK) 5 april 2016, *ARO* 2016/98 (*De Jong*)
Hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, *JOR* 2016/302, m.nt. C.D.J. Bulten (*DEM*)
Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2016, *ARO* 2016/139 (*Meijbon*)

Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, *JOR* 2016/299, m.nt. R.C. de Mol (*Stichting De Gelderhorst*)
Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2016, *ARO* 2016/177 (*Dijkstra Beaumont*)
Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2016, *JOR* 2016/272, m.nt. K. Spruitenburg, *JIN* 2016/197, m.nt. P. Haas (*FEIST*)
Hof Amsterdam (OK) 22 augustus 2016, *ARO* 2016/183 (*RTC*)
Hof Amsterdam (OK) 8 september 2016, *ARO* 2017/6 (*NB Holding*)
Hof Amsterdam (OK) 15 september 2016, *ARO* 2017/11 (*Celebration*)
Hof Amsterdam (OK) 20 september 2016, *ARO* 2016/144 (*Energie Concurrent*)
Hof Amsterdam (OK) 22 september 2016, *ARO* 2017/24 (*Blue*)
Hof Amsterdam (OK) 30 september 2016, *ARO* 2017/9 (*Intrasonics*)
Hof Amsterdam (OK) 11 oktober 2016, *ARO* 2017/69 (*Lansinkveste*)
Hof Amsterdam (OK) 14 november 2016, *ARO* 2017/51 (*WiSH IP*)
Hof Amsterdam (OK) 9 december 2016, *ARO* 2017/60 (*Vos*)
Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2017, *JOR* 2017/96, m.nt. S.M. Bartman (*Kaal Masten*)
Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2017, *ARO* 2017/78 (*Nieuwendijk Monumenten*)
Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2017, *ARO* 2017/72 (*Care*)
Hof Amsterdam (OK) 24 maart 2017, *ARO* 2017/98 (*Inter-Burgo*)
Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2017, *JOR* 2017/196, m.nt. S.J. van Calker (*Leaderland*)
Hof Amsterdam (OK) 4 april 2017, *JOR* 2017/199, m.nt. R.J. Theissen (*Conservatrix*)
Hof Amsterdam (OK) 6 april 2017, *ARO* 2017/104 (*New Company Investments*)
Hof Amsterdam (OK) 26 april 2017, *ARO* 2017/107 (*BRH*)
Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, *ARO* 2017/114 (*Mitralis*)
Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, *ARO* 2017/115 (*Kors*)
Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2017, *ARO* 2017/118 (*Sequoia*)
Hof Amsterdam (OK) 16 mei 2017, *ARO* 2017/120 (*Parlevliet*)
Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2017, *ARO* 2017/128 (*Roessen & Roessen*)
Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2017, *ARO* 2017/147 (*TCO*)
Hof Amsterdam (OK) 17 juli 2017, *ARO* 2017/148 (*Bakery Initiatives*)
Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, *JOR* 2018/41, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Staphorst*)
Hof Amsterdam (OK) 28 september 2017, *ARO* 2018/5 (*Readen Retail*)
Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, *ARO* 2018/12 (*Maja Investments*)
Hof Amsterdam (OK) 26 oktober 2017, *JOR* 2018/69, m.nt. D.-J.F.F.M. Duynstee (*Inter-Burgo*)
Hof Amsterdam (OK) 1 november 2017, *ARO* 2018/32 (*HASBOS*)
Hof Amsterdam (OK) 14 december 2017, *ARO* 2018/38 (*Cosijn & Visser*)
Hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/49 (*Ager*)
Hof Amsterdam (OK) 21 december 2017, *ARO* 2018/50 (*IHP*)
Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, *ARO* 2018/54 (*Global Publishing*)

Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *ARO* 2018/90 (*Setay*)
Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2018, *NJ* 2019/134, m.red.aant., *JOR* 2018/93, m.nt. F. Eikelboom (*Europa Leasing*)
Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, *ARO* 2018/99 (*Echo Pharmaceuticals*)
Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2018, *ARO* 2018/79 (*Trinity*)
Hof Amsterdam (OK) 28 maart 2018, *ARO* 2018/108 (*Baars*)
Hof Amsterdam (OK) 4 april 2018, *JOR* 2018/179, m.nt. F. Eikelboom (*Machinefabriek Heerlen*)
Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/83 (*ADW*)
Hof Amsterdam (OK) 6 april 2018, *ARO* 2018/110 (*Monitor*)
Hof Amsterdam (OK) 26 april 2018, *ARO* 2018/114 (*Sturio*)
Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2018, *ARO* 2018/138 (*TGC*)
Hof Amsterdam (OK) 20 juni 2018, *ARO* 2018/144 (*Harderwijk*)
Hof Amsterdam (OK) 18 juli 2018, *JOR* 2018/303, m.nt. D.-J.F.F.M. Duynstee, *Ondernemingsrecht* 2018/123, m.nt. T. Salemink en F.C.A van de Bult (*Eneco*)
Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, *JOR* 2018/275, m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41, m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184, m.nt. P. Haas (*SNS*)
Hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2018, *ARO* 2018/185 (*Hoeve Holland*)
Hof Amsterdam (OK) 7 september 2018, *ARO* 2018/201 (*Loda*)
Hof Amsterdam (OK) 24 september 2018, *ARO* 2018/194 (*Monitus*)
Hof Amsterdam (OK) 1 oktober 2018, *ARO* 2019/1 (*MTP*)
Hof Amsterdam (OK) 17 oktober 2018, *ARO* 2019/8 (*ICC*)
Hof Amsterdam (OK) 19 oktober 2018, *ARO* 2019/11 (*Ambulance Amsterdam*)
Hof Amsterdam (OK) 7 november 2018, *ARO* 2019/28 (*SNS*)
Hof Amsterdam (OK) 27 november 2018, *ARO* 2019/29 (*JBNT*)
Hof Amsterdam (OK) 28 november 2018, *ARO* 2019/32 (*RAB*)
Hof Amsterdam (OK) 4 december 2018, *ARO* 2019/41 (*Korsten*)
Hof Amsterdam (OK) 11 december 2018, *ARO* 2019/42 (*Nijhuis Fabel*)
Hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/46 (*CWT Europe*)
Hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, *ARO* 2019/64 (*Steelframe*)
Hof Amsterdam (OK) 20 december 2018, *JOR* 2019/102, m.nt. M. Olaerts (*DEM*)
Hof Amsterdam (OK) 20 december 2018, *JOR* 2019/103, m.nt. P.D. Olden (*Parlevliet*)
Hof Amsterdam (OK) 30 januari 2019, *ARO* 2019/72 (*Verhoef*)
Hof Amsterdam (OK) 31 januari 2019, *ARO* 2019/73 (*Monmar*)
Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/83 (*Treffers*)
Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2019, *ARO* 2019/84 (*Lap*)
Hof Amsterdam (OK) 21 februari 2019, *ARO* 2019/92 (*Cosijn & Visser*)
Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2019, *ARO* 2019/100 (*Hillfresh*)
Hof Amsterdam (OK) 5 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1603 (*Cavari*)
Hof Amsterdam (OK) 9 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1605 (*DEM*)

Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, *JOR* 2019/159, m.nt. P.H.M. Broere (*L'Étoile*)
Hof Amsterdam (OK) 21 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1720 (*Kinderopvang Wageningen*)
Hof Amsterdam (OK) 16 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1936.
Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1754 (*Intergamma*)

Gerechtshof Den Haag

Hof Den Haag 23 april 1998, *IER* 1998, 30, m.nt. SdW (*Boston Scientific*)

Rechtbanken

Rechtbank Amsterdam

Rb. Amsterdam 18 april 2018, *JOR* 2018/201, m.nt. D.F.H. Stein (*Trafigura*)

Rechtbank Maastricht (thans: rechtbank Limburg)

Rb. Maastricht 1 juni 2011, *JOR* 2011/357, m.nt. S.M. Bartman (*BAM*)

TREFWOORDENREGISTER

aansprakelijkheid	2.4
administratievoorwaarden	7.1.2.2
afgeleideleer	7.2.3.2
ankerverweerder	5.1.1.4
belangenparallellie	2.3.2
belangenstrijd	2.3.2
bestuursautonomie	2.3
commerciële beleid	2.4
concernbelang	2.3
concernbeleid	2.2
concernleidingsplicht	2.3.2
concernplanning	2.2
concernrecht	2.1
concernstrategie	2.2
concernstructuur	2.1
connexiteitsvereiste	4
contractsoverneming	7.1.2.2
corporatiestatuut	5.2.1
dubbeltellingen	7.1.2.3
economisch certificaathouder	7.1.2.2
economisch kapitaalverschaffer	7.1.2.1
economisch verkeer	2.2
economische aandeelhouders	7.1.2.2
economische activiteit	2.4
economische eenheid	2.2
extraneïteitselement	5.1.1.3
forum connexitatis	5.1.1.4
forum conveniens	5.1.1.3
forum non conveniens	5.1.1.3
forum rei	5.1.1.3

Gleichlauf 5.1.1.5

holistische opvatting 2.3.2
hoofdregel 5.1.1.3
hoofdverzoek 4

incorporatieleer 5.1.1.5
incorporatierecht 5.1.1.5
incorporatiestelsel 5.2.1
instructie 2.3.1
instructiebevoegdheid 2.3.1
instructiemacht 2.3.1
internationaliteitsvereiste 5.1.1.3, 5.1.1.6

juridisch aandeelhouder 7.1.2.2
juridisch certificaathouder 7.1.2.2
juridische kapitaalverschaffer 7.1.2.1

Landis-leer 7.2.3.1.3
leer van de economische gerechtigdheid 7.2.3.1.3
leer van de werkelijke zetel 5.1.1.5
lex causae 5.2.1
lex fori 5.2.1
lex fori aditi 5.1.1.6
lex fori derogati 5.1.1.6
lex fori processus 5.2.1
lex fori prorogati 5.1.1.6
lex societatis 5.2.1
litis consortium 5.1.1.4

marktgedrag 2.4

nevenverzoek 4, 5.1.1.6

raken-vereiste 7.2.3.1.3
rechtssubject 2.1
resultanteopvatting 2.3.2

spoedvoorzieningen 4
stakeholders 2.3.2
statutaire zetel 5.1.1.5

vennootschappelijk belang 2.3
vereenzelviging 7.1.2.3
vermogensrecht 7.1.2.1
vorderingsrecht 7.1.2.1

werkelijke zetel 5.1.1.5
winst 2.2

Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme en prof. mr. C.D.J. Bulten.

1. Mr. W.J.M. Noldus, Ongeldigheid van besluiten in de naamloze vennootschap (1969)
2. Mr. P.A.L.M. van der Velden, De vereniging-rechtspersoon en haar leden (1969)
3. Mr. P.R. Smits, De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen (1969)
4. Mr. J.A.Th.J.M. Duynstee, Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht (1970)
5. Mr. J.H.F.J. Cremers, Prioriteitsaandelen (1971)
6. Mr. M.M. Mendel, Het statutaire doel van de naamloze vennootschap (1971)
7. Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. W. Westbroek, prof. mr. J.M.M. Maeijer en prof. mr. P. Sanders, Het nieuwe vennootschapsrecht (1972)
8. Mr. A.M. Brenninkmeijer, Stemovereenkomsten van aandeelhouders (1973)
9. Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. S.J.H. Huijben en mr. A.G. Lubbers, De nieuwe structuur van de grote NV en BV (1973)
10. Prof. mr. C.Æ. Uniken Venema, Misbruik van voorwetenschap (1974)
11. Mr. A. Plate, Niet volgestorte aandelen (1974)
12. Mr. P.W.H.M. Francissen en mr. J.M. Jansen, Statuten van de grote NV en BV (1975)
13. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. dr. W. Albeda, prof. mr. W.C.L. van der Grinten en prof. drs. H.W. Lambers, Problemen bij fusie van NV en BV (1975)
14. Mr. M.J.G.C. Raaijmakers, Joint ventures (1976)
15. Mr. P.W.H.M. Francissen en mr. P.F.M. van Lierop, De ondernemingsraad (1977)
16. Prof. mr. J.M.M. Maeijer en prof. mr. J. Ronse, De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht (1978)
17. Mr. T.J. van der Ploeg, Het Burgerlijk Recht en de vrijwillige organisaties. Beschouwingen n.a.v. de regeling van de vereniging en de stichting in Boek 2 BW (1978)
18. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. W. Westbroek, prof. mr. W.C.L. van der Grinten en mr. Y. Scholten, Het vennootschapsrecht en de Tweede EEG-Richtlijn (1979)
19. Mr. H.J.M.N. Honée, De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen (1979)
20. Prof. drs. J.W. Schoonderbeek, prof. dr. W. van Bruinessen, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. W.J.M. Gitmans, De jaarrekening en de Vierde EEG-Richtlijn (1981)
21. Mr. H.J.M.N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen (1981)
22. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. H.J.M.N. Honée, mr. A.G. van Solinge, mr. G.M.J. Ackermans, Ondernemingsraad en Vennootschap (1982)
23. Mr. dr. P. Vlas, Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht (1982)
24. Mr. F.K. Buijn, De oprichting van de NV en de BV (1984)
25. Prof. dr. M. Lutter, mr. W. Westbroek, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. G.M.J. Ackermans, De besloten vennootschap (1985)
26. Prof. mr. H.J.M.N. Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (1986)
27. Mr. C.A. Schwarz, Blokkering van aandelen (1986)
28. Mr. J. Lievens, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. drs. H. Langman, mr. J. Bloemarts, mr. G. Noordraven, mw. mr. M.J. Zeldenrust-Visch, Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering (1987)
29. Mr. Th.C.M. Hendriks-Jansen, Vermogensbescherming en persoonlijke aansprakelijkheid bij de besloten vennootschap (1988)

30. Misbruik van voorwetenschap. Uitgave op initiatief van Actioma, Juridisch Faculteitsblad Katholieke Universiteit Nijmegen, ter gelegenheid van zijn 10-jarig bestaan (1989)
31. Mr. P.J. Dortmond, Enige beschouwingen rondom aandelen (1989)
32. Mr. R.P. Voogd, Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen (1989)
33. Mr. M.P. van Achterberg, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern (1989)
34. Dr. K. Geens, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. R.P. Voogd, mr. A.G. van Solinge, mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. J.H.V. Stuyck, mr. J.A.W. Schreurs, Beschermings-constructies (1990)
35. Mr. F.J.P. van den Ingh, Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap (1991)
36. Mr. G. Noordraven, De regeling van de Überschuldung (1991)
37. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. drs. H. Beckman, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, mr. F.H.A. Arisz, mr. M.E. Engelaar, Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten (1991)
38. Mr. A. Voûte, Aandelen voor werknemers (1991)
39. Mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P.J. Dortmond, mr. H.J. de Bijll Nachenius, dr. H.O.C.R. Ruding, mr. M.W. den Boogert, mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. H.M.N. Schonis, mw. mr. M.E. Engelaar, mr. J.A.W. Schreurs, Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen (1992)
40. Mr. D.R. Doorenbos, Financieel strafrecht (1992)
41. Mr. B.C.M. Waaijer, Statuten en statutenwijziging (1993)
42. Mr. L.G.H.J. Houwen, mr. drs. A.P. Schoonbrood-Wessels, mr. J.A.W. Schreurs, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen (1993)
43. Mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, drs. M.J.M. Buiting, mr. N.E.D. Faber, mr. R.W.Th. Norbruis, mr. J.W. van der Staay, Converteerbare obligaties en aandelen (1993)
44. Mr. Gerard van Solinge, Grensoverschrijdende juridische fusie (1994)
45. Mr. R.J.C. van Helden, mr. O.L.O. de Witt Wijnen, mr. A.G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. H.J.M.N. Honée, mr. E. Boswinkel, mw. mr. J. Roest, Problemen rondom de algemene vergadering (1994)
46. Mr. M.E. Schreurs-Engelaar, Organen van de coöperatie (1995)
47. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. H.M.N. Schonis, prof. dr. A.H.M. Daniels, prof. dr. P.H.J. Essers, Fiscale en civielrechtelijke aspecten van de commanditaire vennootschap (1996)
48. Mr. J. Roest, Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten (1996)
49. Mr. J.J.A. Hamers, Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen (1996)
50. Prof. mr. J.R. Schaafsma, prof. mr. S. Perrick, mr. D.H. Cross, prof. mr. L. Timmerman, mr. F.G.B. Graaf, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. H.M.L. Dings, mw. mr. J. Roest, Ontwikkelingen in het effectenverkeersrecht (1996)
51. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1994, Civielrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met effectenregelgeving, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. S. Perrick (1996)
52. Mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. F.J.P. van den Ingh, Parlementaire Geschiedenis van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (1996)
53. Mr. M.A. Blom, Prospectusaansprakelijkheid van de lead manager (1996)
54. Mr. J.W. Bellingwout, Zetelverplaatsing van rechtspersonen (1996)

55. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1996, Bewaring en eigendom van effecten, mr. W.A.K. Rank, mr. E.M. van Ardenne-Stachiw, mr. Ch.W. le Rûtte (1997)
56. Mr. Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen (1997)
57. Maeijers belangstellingen. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. C.A. Schwarz, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. M.M. Mendel, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. T.J. van der Ploeg, prof. mr. A.L. Mohr, prof. dr. W. van Gerven, prof. dr. K. Geens, prof. mr. J.M.M. Maeijer (1997)
58. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 1997, De opkomst van een rechtsgebied, mr. R.I.V.F. Bertrams, mr. S.A. Boele, mr. D.H. Cross, prof. mr. S.E. Eisma, mr. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. W. de Jong, mr. A.F.J.A. Leijten, mr. A. Nederveen, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. W.A.K. Rank, mr. V.P.G. de Serière, prof. mr. W.J. Slagter, prof. mr. L. Timmerman, mr. L.J.K. Vincent (1997)
59. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.M.M. Maeijer, Drie Nijmeegse redes, Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering (1998)
60. Mr. H.M.L. Dings, De commissie van aandeelhouders bij structuurvennootschappen (1998)
61. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 1999, Aspecten van toezicht, Beschouwingen over het toezicht op de financiële sector, mr. H.G. van Everdingen, mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. H.J. Sachse (1999)
62. Conflicten rondom de rechtspersoon, mr. A.F.J.A. Leijten, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.H.M. Willems, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmond, mr. O.L.O. de Witt Wijnen (2000)
63. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2000, Beleggingsinstellingen nader belicht, mr. drs. N.V. Ponsen, mr. P. Klemann (2000)
64. Prof. mr. M. van Olffen, Beschermingsmaatregelen in de 21e eeuw (2000)
65. Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving, mr. D.R. Doorenbos, prof. mr. N.S.J. Koeman, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, mr. A.J. Macro, mr. H.J. Sachse, drs. ing. C. Maas, mr. D.J.R. Lemstra (2000)
66. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2001, Effectenverkeer via internet. Een tussenstand vanuit effectenrechtelijk perspectief, drs. E.F. Feitsma, mr. V.N.G. van Leeuwen, mr. L.A.G. Moelker, mr. W. de Jong (2001)
67. Verspreide Geschriften van E.J.J. van der Heijden. Verzameld door C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2001)
68. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2002, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2002)
69. Concernverhoudingen, prof. mr. L. Timmerman. prof. mr. F.J.P. van den Ingh, mr. S.M. Bartman, mr. L.G. Verburg, mr. M.L. Lennarts, prof. mr. M.J.A. van Mourik, mr. D.R. Doorenbos, prof. mr. M. van Olffen (2002)
70. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2002, De afwikkeling van grensoverschrijdende effectentransacties, mr. B.M. van Beek en mr. D. van Bruggen (2002)
71. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2002, Een bewezen bestaansrecht (2002)
72. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2003)

73. Mr. M.S. Koppert-van Beek, Handelen namens een op te richten vennootschap (2003)
74. Personenvennootschappen, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. J.A.M. ten Berg, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.J.A. van Mourik, prof. mr. A.L. Mohr en prof. mr. H.M.N. Schonis (2003)
75. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2003-2004, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2004)
76. De werknemer in het ondernemingsrecht, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. G. van Solinge, mr. P.A.M. Witteveen, prof. mr. L.C.J. Sprengers, mr. G.N.H. Kemperink, mr. D.C. Buijs, mr. R.M. Beltzer, mr. F.B.J. Grapperhaus, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. R.A.A. Duk (2004)
77. Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten. Verzameld en ingeleid door C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge (2004)
78. Mr. J.M. Blanco Fernández, mr. M. Holtzer, prof. mr. G. van Solinge, Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures (2004)
79. Mr. J.J. Prinsen, Converteerbare obligaties (2004)
80. Mr. M.P. Nieuwe Weme, Het verplicht bod op effecten (2004)
81. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2004. Voorstel van Wet op het financieel toezicht, mr. J.M. van Dijk en mr. H.V. Oppelaar (2004)
82. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2004-2005, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, mr. M. Holtzer en mr. A.F.J.A. Leijten (2005)
83. Mr. G.J.C. Rensen, Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders (2005)
84. Mr. E.C. Bos, Vruchtgebruik op aandelen (2005)
85. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, mr. R.G.J. Nowak, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel I. De pre-parlementaire geschiedenis (2006)
86. Mr. R.G.J. Nowak, A.M. Mennens, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel II. De parlementaire geschiedenis (2012)
87. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2005-2006, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2006)
88. De financiering van de onderneming, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. H. Beckman, prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. R.J. Abendroth, prof. mr. H.M.N. Schonis, prof. mr. M. van Olffen, mr. V.P.G. de Serière, prof. dr. R.J.M. Dassen RA (2006)
89. Mr. H. ten Voorde, Deponering, publicatie en verzet (2006)
90. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006, De geïnformeerde consument, mr. F.M.A. 't Hart en prof. mr. C.E. du Perron (2006)
91. Mr. drs. B.J. de Jong, prof. mr. drs. M.P. Nieuwe Weme, Publicatie van de jaarrekening (2006)
92. Mr. P.J. van der Korst, Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten (2007)
93. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2006-2007, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2007)
94. Mr. J.M. Blanco Fernández, prof. mr. M. van Olffen, Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's (2007)
95. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2007, Bouwen en bezinning (2007)
96. Mr. P.J. van der Korst, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme, prof. mr. G. van Solinge, Delegatie van emissiebevoegdheid (2008)

97. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2007-2008, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2008)
98. Flexibele rechtsvormen, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. H.J. De Kluiver, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. J.M. Blanco Fernández, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. A.L. Mohr, mr. J.H.M. Willems, prof. mr. M. van Olffen (2008)
99. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2008-2009, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2009)
100. Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer. Verzameld en ingeleid door C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2009)
101. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009, Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht, A.H. Scheltema en M. Scheltema (2009)
102. Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, onder redactie van mr. K.M. van Hassel en prof. mr. M.P. Nieuwe Weme (2010)
103. Mr. drs. B.J. de Jong, Schade door misleiding op de effectenmarkt (2010)
104. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2010)
105. Geschillen in de vennootschap, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. M.W. Josephus Jitta, mr. P.D. Olden, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. C.J.M. Klaassen, prof. mr. M.J. Kroeze, prof. mr. M.W. den Boogert, mr. drs. A.R.J. Croiset van Uchelen, mr. P.N. Wakkie, prof. mr. J.H.M. Willems (2010)
106. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010, Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector, mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. J.G.J. Rinkes (2010)
107. Mr. G.T.J. Hoff, Openbaarmaking van koersgevoelige informatie (2011)
108. Mr. C.D.J. Bulten, De geschillenregeling ten gronde (2011)
109. Mr. H.J.M.M. van Boxel, Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht (2011)
110. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2010-2011, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2011)
111. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2011, Regulering van de otc-derivatenmarkten in de EU en de VS, mr. F.G.B. Graaf en mr. R.A. Stegeman (2011)
112. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2011-2012, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2012)
113. Lustrumbundel Vereniging voor effectenrecht 2012, Gedurfde essays over financieel toezichtrecht (2012)
114. Relativering van rechtspersoonlijkheid, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. mr. M.J. Kroeze, mr. D.A.M.H.W. Strik, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. D.F. Lunsingh Scheurleer, mr. J.H. Lemstra (2012)
115. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2012-2013, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2013)
116. Mr. R.A. Wolf, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV (2013)
117. Mr. J.J.M. van Mierlo, Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en Ondernemingsrecht (2013)

118. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2013, Vijf jaar Wet op het financieel toezicht, dr. mr. E.P.M. Joosen en prof. mr. R.P. Raas (2013)
119. Mr. F.G. Laagland, De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie (2013)
120. Mr. J. Barneveld, Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders (2014)
121. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2013-2014, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2014)
122. Mr. E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen (2014)
123. Prof. mr. B.J. de Jong, Modernisering van het NV-recht (2014)
124. Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden, prof. mr. G. van Solinge, mr. A.J.P. Schild, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, mr. A.F.J.A. Leijten, prof. mr. J.J. van Hees, prof. mr. M. van Olffen, mr. P.J. van der Korst, mr. R.J. van Galen, mr. drs. J.L. Burggraaf, mr. P.N. Wakkie (2014)
125. Mr. T. Salemink, Uitkoop van minderheidsaandeelhouders (2014)
126. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2014, De bankenunie en vertrouwen in een goede afwikkeling, mr. G. Kastelein (2014)
127. Mr. M.B.F. Canisius, mr. R.E.H. Canisius, Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht. (2015)
128. Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2015)
129. Mr. B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering (2015)
130. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2015, MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten, prof. mr. D. Busch (2015)
131. Mr. S. Renssen, De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap (2016)
132.-1 Handboek notarieel ondernemingsrecht, B.V. en N.V., onder redactie van prof. mr. B. Bier, prof. mr. M. van Olffen, mr. dr. B. Snijder-Kuipers (2016)
132.-2 Handboek notarieel ondernemingsrecht, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, onder redactie van prof. mr. G.J.C. Rensen en mr. dr. B. Snijder-Kuipers (2019)
133. Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta, onder redactie van prof. mr. C.D.J. Bulten, mr. A.F.J.A. Leijten, mr. J. Fleming, mr. drs. L.H.M.A.A. Hennekens (2016)
134. Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. D. Strik en mr. D.J. Oranje (2016)
135. Nederland, het Delaware van Europa?, prof. mr. G. van Solinge, S. Smit, MEng, MBA, prof. dr. R.P.C.W.M. Brandsma, mr. C.J.C. de Brauw, mr. drs. Ch.E. Honée, prof. dr. J.A. van Manen, prof. mr. J.M. van Slooten, prof. mr. P.M. Veder, prof. mr. H.-J. de Kluiver, prof. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. M. van Olffen, mr. P.N. Wakkie (2016)
136. Mr. J.H.L. Beckers, De acting in concert-regeling inzake het verplicht bod op effecten (2016)
137. Modernisering personenvennootschappen, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. W.J.M. van Veen, prof. mr. H.-J. de Kluiver, prof. mr. I.S. Wuisman, prof. mr. B.F. Assink, prof. dr. S. Perrick, prof. dr. S. Stevens, prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. J.B. Huizink (2016)
138. Preadviezen voor de Vereniging voor Financieel Recht 2017, Market Abuse Regulation: van Europese kaders naar uitleg en toepassing in Nederland, prof. mr. F.G.H. Kristen, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. drs. N. Lemmers (2017)

139. Mr. S.E. van der Waals, De optimale rechtsvorm voor de samenwerking in het beroep. Confectie of maatpak? (2017)
140. Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, mr. drs. J. van Bekkum, mr. N. Kreileman en mr. B. Schuijling (2017)
141. Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017, onder redactie van mr. Y. Borrius, mr. M. Holtzer, mr. D.J Oranje en prof. mr. drs. I.S. Wuisman (2017)
142. Vitale vennootschappen in veilige handen*, Een wetenschappelijk onderzoek in opdracht van het WODC naar de wijze waarop (buitenlands) aandeelhouderschap gevolgen kan hebben voor de nationale veiligheid*, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. mr. B.J. de Jong, mr. E.J. Breukink, mr. A. Jettinghoff (2017)
143. Mr. C.J.C. de Brauw, Overnames van beursvennootschappen. *Beschouwingen over de vennootschapsrechtelijke, financieeltoezichtrechtelijke, contractuele en praktische aspecten van beursovernames* (2017)
144. Mr. G.P. Oosterhoff, Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang. (2017)
145. Mr. drs. R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure. (2017)
146. Lustrumbundel Vereniging voor Financieel Recht 2017, Een kapitaalmarktunie voor Europa (2017)
147. Mr. R.A.F. Timmermans, Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen (2018)
148. 50 jaar Van der Heijden Instituut (1966-2016), prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. C.J.H. Jansen, prof. mr. J.B.S. Hijink, prof. mr. B.J. de Jong, mr. M. Meinema, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. dr. K. Geens, prof. dr. K. Wyckaert (2017)
149. Mr. P.H.N. Quist, Conversie en aandelen (2018)
150. Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht*. Liber amicorum voor prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, onder redactie van prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme en mr. N.S.G.J. Vermunt (2017)
151. Toezicht, prof. mr. G. van Solinge, B. van der Veer RA, mr. H.H. Kersten, dr. F.J.G.M. Cremers, mr. E. Schmieman, prof. mr. F.G. Laagland, prof. mr. S.H.M.A. Dumoulin, prof. mr. J.B.S. Hijink, mr. D.J.F.F.M. Duynstee, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers, prof. mr. C.D.J. Bulten & prof. mr. drs. B.J. de Jong (2018)
152. Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018, onder redactie van mr. Y. Borrius, prof. mr. drs. I.S. Wuisman, mr. drs. A.R.J. Croiset van Uchelen, prof. mr. B. Bier, mr. drs. A.J. Wolfs, mr. dr. E.C.H.J. Lokin (2018)
153. K. Spruitenburg, De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV. *Een onderzoek naar de toegang tot het enquêterecht bij de NV en de BV* (2018)
154. Vereniging Jaarrekeningenrecht. *Bundel 2016-2018 – Doorwerking van formele aspecten van het jaarrekeningenrecht in het ondernemingsrecht*, onder redactie van prof. mr. J.B.S. Hijink, mr. drs. L. in 't Veld, mr. drs. J.F. Garvelink, dr. C.J.A. van Geffen, mr. S.A.G. Hoogeveen en prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA (2018)
155. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2018, Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses, mr. drs. S.M.C. Nuijten en mr. dr. R. Stijnen, (2018)
156. C.H.A. van Oostrum, Regres bij concernfinanciering (2019)
157. Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019, onder redactie van mr. Y. Borrius, prof. mr. drs. I.S. Wuisman, mr. drs. A.R.J. Croiset van Uchelen, prof. mr. B. Bier, mr. drs. A.J. Wolfs, Prof. mr. E.C.H.J. Lokin (2019)
158. R.P. Jager, De concern(genoten)enquête. *Naar huidig en wenselijk recht* (2019)