



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

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 ‘concernngenotenenquête’ (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 ‘superrechts-persoon’? 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 geënquêterde) 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*-beschikking⁷ uit 2000 gelast de Ondernemingskamer jaarlijks op verzoek van houders van (certificaten van) aandelen concerngenotenenquêtes. Het aantal van zulke enquêtes⁸ varieert van één in zowel 2001⁹ als in 2004¹⁰ tot acht in zowel 2005¹¹ 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 beschikingspraktijk 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 (*Bouwbuuro*); 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 (*BWT*); 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. Dorresteyn 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 Dorresteyns 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. Macijer, *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 Vereniging ‘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 certificaa houder 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 rechtspersonen¹⁸ 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 opgevallende 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. Overkleef, *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’.

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 winst¹⁹ 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, Dorresteyn 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 peil-moment 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.

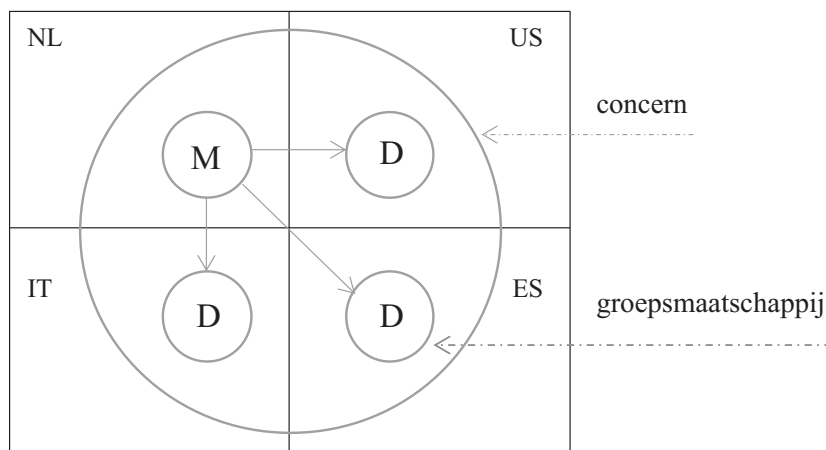
29 Cf. voetnoot 220 van hoofdstuk 2.

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 rechtssystemen 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 aanknappende, 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’-benadering³⁸ 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 – privaat – 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 concern-enquêteverzoek 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 waarin⁵⁴ 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 vijftientig 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 geursiveerde 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, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 1.

58 Cf. J.M.M. Maeijer, ‘Struycken en het IPR-statuuat 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 enquête-regeling (*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 enquête-regeling 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 internationaalrechtelijk⁶⁰ de bevoegdheid om, met inachtneming van supranationaal recht, bij wege van zijn wetgevende, uitvoerende of rechtsprekende organen ten aanzien van de aldaar aanwezige 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 Bewijsverordening⁶⁴ of het Bewijsverdrag⁶⁵ (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 mogelijkserwijs 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*-beschikking⁶⁸ 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 (2^e 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 wettelijke 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 verzoek⁷⁴ zijn bevoegd al dan niet alhier residerende⁷⁵ (rechts)personen die alleen of gezamenlijk een substantieel belang⁷⁶

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-genotenenquêteverzoek'.

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 Apple⁷⁸ 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 beurse 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 onder 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, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 294.

81 *Vide* Bartman, Dorresteyn 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*).

geënuquëteerd. Daarvoor is het – in afwijking van het huidige recht – niet nodig dat de enquêteverzoeker per afzonderlijke groepsmaatschappij heeft aangegeven 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 uitgangspunt 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. Enzo 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, milieu-beleid, personeelsbeleid, pensioenbeleid en andersoortig beleid.⁹⁹ Op al deze beleids-terreinen 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 bedoeld 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 hoofdttekst 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 concernbeleid¹⁰⁴ 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 concern-functionaris, het beleid van de ene groepsmaatschappij scheiden van dat van de andere groepsmaatschappij?), noch wenselijk.¹⁰⁶ Bovendien is er in geval van een beleids-autonomieloze 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 geïsoleerd*

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 geïsoleerd 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 (1^e 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 toegroeid (*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 concernenquête-regeling. 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 zeventienvoud (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-Beverluis, 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, ‘Venootschapsorganen 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 nemen¹²⁹ en (b) de Ondernemingskamer die bepaalt wie 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 wetbepalingen 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 gezien vanuit het perspectief van de groepsmaatschappijen,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 Schieman bij HR 10 november 2006, *NJ* 2007/45, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/6, m.nt. E. Schieman, *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 belanghebbende¹³⁵ 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)?

Spreeken 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 bevoegd?’, *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 kapitaalkrchtig 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)middelrijk 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 vóór¹⁴⁴ 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 vermindert.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 huidige 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 huidige 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 gereede 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 gereede 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 termijn¹⁵⁶ 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 gedeponneerd – 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 overleggen 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 enquête-regeling maar ook, zelfs sterker, voor de concernenquête-regeling, 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 inclus, 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 inclus,¹⁶³ wordt door de onderzoeker(s) ondertekend¹⁶⁴ (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 enquête-regeling 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, *Gerechtigd 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 nederlegging van het verslag is dus een handeling van de griffier nodig.¹⁶⁷ De even genoemde 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 geënuquëeerde (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 beurse 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*) *tuncto* 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 gedeponereerd, 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 omvangrijk¹⁷⁴ 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, denklijk 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 beleid¹⁸⁰ of een ondermaatse gang van zaken¹⁸¹ en, zo ja, of zulks dermate ernstig is dat tot wanbeleid geconcludeerd¹⁸² 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 kleuren¹⁸⁵ met (1) handelen, daaronder begrepen gedragingen, en/of nalaten van (leden van) organen van groepsmaatschappijen – dan wel (rechts-) personen¹⁸⁶ 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 (bestaande¹⁸⁸), 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. Dorresteyn, ‘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 elasticiteit¹⁹¹ 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.