

Bevoegdheidsdoorbraak bij het verzoeken van een concernenquête

Inleiding

Tot 2000 stelde de Ondernemingskamer (OK) zich op het standpunt dat aandeel- en certificaathouders slechts bevoegd waren een enquêteverzoek in te dienen ten aanzien van de vennootschap waarin zij hun belangen hielden.¹ In april 2000 is de OK overstap gegaan en achtte zij voor het eerst ook aandeelhouders van een moedervennootschap bevoegd in hun enquêteverzoek jegens een aantal 100%-dochtervennootschappen.² Sindsdien heeft de OK in ten minste vijftien beschikkingen op verzoek van aandeelhouders van de moedermaatschappij onderzoeken toegewezen die tevens betrekking hadden op het beleid en de gang van zaken van concerngenoten.³ In één zaak ging het zelfs om een concerngenoot waarvan de moedermaatschappij niet 100%, maar 90% van de aandelen in handen had.⁴

Een concernenquête is geen nieuw fenomeen in de Nederlandse rechtspraak, maar de vraag of aandeelhouders van een moedermaatschappij bevoegd zijn tot indiening van een enquêteverzoek, mede met betrekking tot het beleid en de gang van zaken van de dochtervennootschappen, is thans voor het eerst aan de Hoge Raad voorgelegd. De Hoge Raad heeft in de Landis-beschikking van 4 februari 2005 beslist dat aandeelhouders van een moedermaatschappij bevoegd zijn een enquêteverzoek in te dienen, mede met betrekking tot het beleid en de gang van zaken van de dochtervennootschappen, indien sprake is van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding en wat betreft de onderscheiden besturen van een vrijwel volledige personele unie.⁵

Ik zal hierna ingaan op twee elementen uit de beschikking waarbij de Hoge Raad deze bevoegdheidsdoorbraak heeft toegestaan, te weten de uitbreiding van de kring van enquêtegerechtigden en de toets van gegronde redenen. Het eerste aspect is relevant voor de vraag of een enquêteverzoek ontvankelijk is, het tweede aspect voor de vraag of het enquêteverzoek voor toewijzing in aanmerking komt.

Bevoegdheidsdoorbraak

Limitatieve bevoegdheidstoekenning

Artikel 2:346 BW kent de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek bij een naamloze of besloten vennoot-

schap toe aan één of meer houders van aandelen of certificaten, die alleen of gezamenlijk ten minste een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op een bedrag tot een nominale waarde van € 225.000. De bevoegdheid kan ook bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon aan anderen worden toegekend.

In februari 2002 heeft de Hoge Raad bepaald dat de bevoegdheid om een enquêteverzoek in te dienen alleen toekomt aan de in artikel 2:346 BW genoemde personen.⁶ In die beschikking (De Vries Robbé) betrof het een door een rechtspersoon ingesteld verzoek tot enquête bij zichzelf. De OK had beslist dat sprake was van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Het cassatieberoep stelde echter dat de vennootschap niet bevoegd was een enquêteverzoek in te dienen, omdat zij geen houder was van aandelen of certificaten in de te onderzoeken rechtspersoon (zichzelf) en niet was gebleken dat die bevoegdheid bij statuten of overeenkomst aan haar was toegekend. De plaatsvervangend procureur-generaal Mok schreef in zijn conclusie voor deze beschikking dat hij uit onderzoek naar de wetsgeschiedenis afleidde dat de tekst van de artikelen 2:345 tot en met 347 BW de bedoeling van de wetgever goed weergeeft, en dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen de kring van enquêtegerechtigden zo nauwkeurig mogelijk af te bakenen. De Hoge Raad heeft Mok gevolgd en geoordeeld dat de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek alleen toekomt aan degenen aan wie de wet deze bevoegdheid toekent. De Hoge Raad verklaarde de rechtspersoon derhalve niet-ontvankelijk op grond van strijd met de strekking van artikel 2:346, aanhef en onder c, en artikel 2:349 BW.

Uitbreiding kring van enquêtegerechtigden

In juni 2003 leek het erop dat de Hoge Raad de limitatieve toepassing van artikel 2:346 BW verliet. In zijn beschikking van 6 juni 2003 (Scheipar)⁷ heeft de Hoge Raad de verzoeker namelijk ontvankelijk verklaard in het enquêteverzoek, terwijl de verzoeker geen certificaathouder was. De Hoge Raad heeft met de Scheipar-beschikking echter de wettelijke beperking van de kring van enquêtegerechtigden ex artikel 2:346 BW niet opgerekt. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat redelijke wetstoepassing meebrengt dat de economisch rechthebbende op een certificaat gelijkgesteld moet worden met de juridisch rechthebbende. Het oordeel

1. P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Kluwer: Deventer 2004, p. 124.
2. Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, JOR 2000, 127 m.nt. Van den Ingh (Bot Bouw Groep).
3. Geerts 2004, p. 126.
4. Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2003, ARO 2003, 60 (Callas).
5. De Landis-beschikking: HR 4 februari 2005, JOR 2005, 58 m.nt. Van den Ingh (Kuiken c.s./VEB).

6. HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225 m.nt. Ma (De Vries Robbé).
7. De Scheipar-beschikking: HR 6 juni 2003, NJ 2003, 486 m.nt. Ma (Pich/Saurat e.a.).

dat een economisch rechthebbende op een certificaat bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek, houdt geen uitbreiding van artikel 2:346 BW in, maar geeft (slechts) een nadere uitleg aan het begrip certificaathouder.⁸

Met de Landis-beschikking heeft de Hoge Raad de kring van enquêtegerechtigden echter wel degelijk uitgebreid. De bevoegdheidsdoorbraak die volgt uit deze beschikking, vindt haar weerslag niet in de nadere uitwerking van het begrip aandeelhouder of certificaathouder (zoals bij Scheipar), maar in de economische werkelijkheid binnen een concern.

Landis

In de Landis-kwestie hielden de verzoekers uitsluitend aandelen in de moeder. Naar de letter van de wet waren de verzoekers dus niet bevoegd tot het verzoeken van een enquête bij de dochtervennootschappen. De verzoekers probeerden dit echter wel. Bij de mondelinge behandeling van hun verzoek hebben zij aangevoerd dat de moeder en de dochtervennootschappen tezamen een economische en organisatorische eenheid vormden onder gemeenschappelijke leiding, en dat er met betrekking tot de onderscheiden besturen sprake was van een vrijwel volledige personele unie. De OK heeft dit aangenomen en heeft overwogen dat er vijf redenen waren om aan een juist beleid te twijfelen:

1. de administratie van Landis voldeed mogelijk niet aan de eisen van artikel 2:10 BW;
2. de bestuursvoorzitter van Landis heeft in een artikel in *Het Financieele Dagblad* van 23 maart 2002 (al dan niet bewust) een onjuiste uitlating gedaan;
3. een ander aspect van voornoemde uitlating was irreëel en ten minste onzorgvuldig;
4. Landis heeft mogelijk de verplichting van artikel 2:108a BW niet nageleefd; en
5. Landis heeft waarschijnlijk artikel 28h van het Fondsreglement geschonden.

Op grond hiervan heeft de OK een enquête gelast die zich tevens uitstrekte over het beleid en de gang van zaken van de dochtervennootschappen.⁹ Belanghebbenden hebben hiertegen een cassatieberoep ingediend en gesteld dat de OK heeft miskend dat artikel 2:346 BW een limitatieve opsomming geeft van de kring van enquêtegerechtigden, en dat de OK de ontvankelijkheid van verzoekers ten onrechte heeft gebaseerd op het leerstuk van vereenzelvinging.

De Hoge Raad overweegt (onder verwijzing naar zijn standpunt in *De Vries Robbé*) dat artikel 2:346 BW inderdaad een limitatieve opsomming geeft van enquêtegerechtigden, maar dat dit nog niet betekent dat de klacht terecht is voorgesteld. De Hoge Raad verwijst naar een aantal passa-

ges uit het Aanvullend advies wijziging enquêterecht van de Sociaal-Economische Raad (SER)¹⁰ met betrekking tot de vraag in hoeverre een vakorganisatie bevoegd is om een enquête te verzoeken bij concerngenoten van de rechtspersoon in wiens onderneming personen werkzaam zijn die bij de vakorganisatie als lid zijn aangesloten.

Volgens de SER zou een vakorganisatie die bevoegdheid (moeten) toekomen, ook indien haar leden formeel in dienstverband staan tot een maatschappij die niet het voorwerp van het onderzoek is, terwijl zij feitelijk werkzaam zijn in de onderneming ten aanzien waarvan het onderzoek wenselijk is. De vakorganisatie zou volgens de SER tevens ontvankelijk (moeten) zijn in het geval haar leden werkzaam zijn voor een dochtermaatschappij waarvan het beleid geheel of in belangrijke mate wordt bepaald door de moedermaatschappij. In reactie op dit advies schreef de Staatssecretaris van Justitie dat onder omstandigheden onder rechtspersoon mede mag worden verstaan de rechtspersoon die als moedermaatschappij het beleid en de gang van zaken van de dochtervennootschap(pen) geheel of in belangrijke mate bepaalt.¹¹ Een dergelijke interpretatie ('vereenzelvinging') beantwoordt volgens de staatssecretaris volkomen aan de bedoeling die de wetgever voor ogen heeft gehad met het enquêterecht.

De Hoge Raad overweegt dat er, nu werknemers wat hun toegang tot het middel van een enquête betreft zo veel mogelijk gelijk dienen te worden behandeld als kapitaalverschaffers, geen grond is om voornoemde opvattingen niet ook als uitgangspunt te nemen bij de beantwoording van de vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden aandeelhouders en certificaathouders van een moedermaatschappij bevoegd zijn een enquêteverzoek in te dienen naar het beleid en de gang van zaken van een dochtervennootschap. De economische werkelijkheid is bij de toepassing van het enquêterecht bepalend. Deze economische werkelijkheid is bij Landis gelegen in het feit dat de moeder en dochtervennootschappen een economische en organisatorische eenheid vormen onder gemeenschappelijke leiding, terwijl hun besturen vrijwel een identieke personele bezetting kennen. De Hoge Raad leidt hieruit af dat de dochtervennootschappen hun beleid niet zelfstandig ten opzichte van de moeder hebben bepaald en gevoerd. Het beleid en de gang van zaken van de dochtervennootschappen hebben de belangen van verzoekers volgens de Hoge Raad aldus evenzeer en op gelijke wijze geraakt als het beleid en de gang van zaken van de moeder zelf. Om die reden acht de Hoge Raad de verzoekers ontvankelijk in het enquêteverzoek (mede) jegens de dochtervennootschappen.

De Hoge Raad wijdt geen overweging aan de beschikking van de OK dat er sprake is van gegronde redenen en dat het

8. Ook zo: A-G Wesseling-Van Gent in haar conclusie voor deze beschikking. En: M. Selderijk, *De Scheipar-beschikking*, V&O 2004, p. 5-9.

9. Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, JOR 2002, 282 m.nt. Stevens (VEB/Landis).

10. SER-advies Aanvullend advies wijziging enquêterecht 1989, nr. 21.

11. Kamerstukken II 1991/92, 22 400, nr. 3, p. 10.

enquêteverzoek daarom voor toewijzing in aanmerking komt, omdat de in het cassatieberoep vervatte klachten daartegen niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling. Het cassatieberoep wordt door de Hoge Raad aldus verworpen.

Gegronde redenen

Een enquêteverzoek komt op grond van artikel 2:350 lid 1 BW slechts voor toewijzing in aanmerking als blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. In zijn conclusie voor de Landis-beschikking schrijft advocaat-generaal Timmerman dat het binnen een concern blijken van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, niet voldoende is om een enquête te gelasten over het gehele concern. Per te onderzoeken vennootschap dient te blijken van gegronde redenen. Uit het feit dat de OK eerder concernenquêtes heeft gelast en daarbij overwoog dat bij de vennootschappen sprake was van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, leidt Timmerman af dat de OK zijn visie deelt dat voor toewijzing van het gehele verzoek ook bij de dochtervennootschappen sprake moet zijn van gegronde redenen.

Het feit dat binnen een concern sprake is van economische verbondenheid en een personele unie wat betreft de besturen, impliceert volgens Timmerman niet dat bij alle vennootschappen binnen het concern blijkt van gegronde redenen. Omdat in de Landis-kwestie niet of nauwelijks is gesteld of gebleken dat ook bij de dochtervennootschappen sprake is van gegronde redenen, had de OK volgens Timmerman ten hoogste kunnen bepalen dat het onderzoek met betrekking tot de moeder zich mede zou kunnen uitstrekken over het door de moeder ten aanzien van de dochtervennootschappen gevoerde beleid.

In de Landis-beschikking heeft de OK echter niet overwogen dat sprake is van gegronde redenen om aan het beleid bij de dochtervennootschappen te twijfelen. De Hoge Raad is hier evenmin op ingegaan. Uit de Landis-beschikking zou men dus kunnen afleiden dat een door aandeelhouders van de moeder ingediend enquêteverzoek dat mede betrekking heeft op dochtervennootschappen, onder de door de Hoge Raad gereleveerde omstandigheden voor toewijzing in aanmerking komt, indien op enig niveau binnen het concern sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Een consequentie hiervan is dat de OK ten aanzien van die dochters ook voorzieningen kan treffen.

Enkele uitspraken over de wenselijkheid van een concernenquête

Volgens Van den Ingh biedt de huidige wettelijke enquête-regeling niet de mogelijkheid van een concernenquête.¹² Hij schrijft in de noot onder de Landis-beschikking dat het

limitatieve karakter van artikel 2:346 BW steeds meer geweld wordt aangedaan. Zowel de criteria van de Hoge Raad, als de afwijkende criteria die advocaat-generaal Timmerman stelde, zetten de deur naar vereenzelviging te wijd open. Van den Ingh is van mening dat alleen ruimte voor vereenzelviging zou moeten bestaan, wanneer het traditionele juridische instrumentarium tekortschiet. Daarvan was bij Landis volgens Van den Ingh geen sprake. De aandeelhouders van de moeder hadden op grond van hun wettelijke en statutaire bevoegdheden bijvoorbeeld een beleidswijziging bij de dochtervennootschappen kunnen afdwingen. Maeijer is ook van mening dat vereenzelviging slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden denkbaar is.¹³ Volgens Maeijer moeten we respect hebben voor de eigen identiteit van een rechtspersoon, hetgeen ook een uitgangspunt is in ons rechtssysteem.

Josephus Jitta deelt de visie van Van den Ingh dat de wet geen mogelijkheid biedt tot het gelasten van een concernenquête.¹⁴ Hij is echter wel een voorstander van een dergelijke uitbreiding van het enquêterecht en acht een wetswijziging – tevens ter ondervanging van procesrechtelijke complicaties – noodzakelijk.

Timmerman is van mening dat de enquêtegerechtigden van een moeder ontvankelijk moeten zijn in hun enquêteverzoek jegens een dochtervennootschap, als zij erin slagen aan te tonen dat het beleid en de gang van zaken bij de dochtervennootschap hen substantieel en daadwerkelijk raken in hun belangen als aandeelhouder van de moeder. Een dergelijke extensieve uitleg van artikel 2:346 BW sluit volgens Timmerman aan bij de Scheipar-beschikking van de Hoge Raad en de oorspronkelijke opzet van de wet, omdat de mogelijkheid wordt geopend om rekening te houden met de economische realiteit. Voor de toewijzing van het enquêteverzoek dient vervolgens per concerngenoot te worden getoetst of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. In dit verband gebruikt Timmerman de term 'concerngenotenenquête'.

De OK heeft in haar Landis-beschikking overigens geen overweging gewijd aan de vraag of de verzoekers daadwerkelijk en substantieel in hun belangen zijn geraakt door het beleid en de gang van zaken van de dochtervennootschappen.

Geerts lijkt dezelfde mening toegedaan als Timmerman, zij het enigszins genuanceerd. Een concernonderzoek moet toegewezen kunnen worden ten aanzien van iedere concernvennootschap waarvan aan de juistheid van het beleid kan worden getwijfeld, en voorts alleen indien de concerngenoten geraakt worden door het onjuiste beleid van die

12. F.J.P. van den Ingh, Enquête in concernverhoudingen, JOR plus 2002, p. 4 en 7.

13. J.M.M. Maeijer, Nogmaals: uitbreiding van het enquêterecht, De NV 1992, p. 118.

14. Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2002, JOR 2002, 192 m.nt. Josephus Jitta (Janson/Janson Holding).

concernvennootschap.¹⁵ Geerts stelt aldus dat het onjuiste beleid van de concerngenoot de andere concerngenoten moet hebben geraakt, terwijl Timmerman de voorwaarde stelt dat de verzoekers in hun belangen als aandeelhouders van de moeder geraakt moeten zijn door het onjuiste beleid van de concerngenoot. Geerts ziet hierbij een belangrijke taak voor de OK weggelegd: zij dient goed te motiveren waarom een concernonderzoek op zijn plaats is. De omstandigheid dat de vennootschappen tot dezelfde economische eenheid behoren, rechtvaardigt het concernonderzoek niet zonder meer. Het concernonderzoek behoeft bovendien niet per definitie te resulteren in het treffen van voorzieningen bij alle betrokken concernvennootschappen.¹⁶

De Mol van Otterloo gaat nog iets verder en acht de mogelijkheid van bevoegdheidsdoorbraak zelfs wenselijk in een situatie waarin de dochtervennootschappen niet in financieel en bestuurlijk opzicht een geheel vormen met de moedermaatschappij, waarin wat de onderscheiden besturen betreft geen sprake is van een personele unie of waarin de moedermaatschappij niet alle aandelen van de dochtervennootschappen houdt.¹⁷ De Landis-beschikking biedt volgens De Mol van Otterloo voor dergelijke situaties geen uitkomst. Hij acht een wetswijziging noodzakelijk om deze onzekerheid weg te nemen.

Slot

In de Landis-beschikking heeft de Hoge Raad geoordeeld dat aandeelhouders van een moedermaatschappij bevoegd zijn mede met betrekking tot de dochtervennootschappen een enquêteverzoek in te dienen. Voor de ontvankelijkheid van het enquêteverzoek achtte de Hoge Raad bepalend dat sprake was van een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding en van een vrijwel volledige personele unie wat betreft de onderscheiden besturen. De Hoge Raad week af van de criteria die de advocaat-generaal terzake had geformuleerd.

Met de Landis-beschikking heeft de Hoge Raad aldus een bevoegdheidsdoorbraak toegestaan en in strijd met zijn De Vries Robbé-beschikking een extensieve uitleg gegeven aan artikel 2:346 BW. Het gevolg hiervan is dat niet alleen het beleid van de moeder ten aanzien van de dochters onderwerp van het onderzoek wordt, maar ook het beleid en de gang van zaken van de dochters zelf. Bovendien kan de OK voorzieningen treffen die betrekking hebben op de dochters.

De OK heeft echter niet getoetst of bij elke afzonderlijke concerngenoot sprake was van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid. Met Timmerman ben ik van

mening dat dit een lacune is in de beschikking van de OK. Ik zie het belang van de mogelijkheid van een concern-(genoten)enquête, maar vind dat daarvoor een vereiste moet zijn dat bij elke concerngenoot die onderwerp wordt van het onderzoek, sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. De Hoge Raad heeft hier geen overweging aan gewijd.

*Mr. A.C. Zweedijk
Loyens & Loeff*

15. Geerts 2004, p. 120-121.

16. Geerts 2004, p. 123.

17. H.M. de Mol van Otterloo, Hoge Raad beperkt enquêterecht, Het Financieel Dagblad van 21 april 2005.