

# 63. Bevoegdheidsdoorbraak in het enquêterecht: een actueel overzicht

MR. C.M. TJOA

Het leerstuk van bevoegdheidsdoorbraak in het enquêterecht is onder te verdelen in (i) het leerstuk van de economische gerechtigdheid en (ii) de concernenquête. Deze bijdrage bevat een actueel en handzaam basisoverzicht van beide vormen van bevoegdheidsdoorbraak met enkele concrete praktijktips.

## 1. Inleiding

‘Uitgangspunt bij het enquêterecht is dat het uiteindelijk vooral aankomt op de economische werkelijkheid.’<sup>1</sup> Deze overweging komt uit de Funda-beschikking van de Hoge Raad van 22 september 2023, maar is inhoudelijk niet nieuw. Al sinds het begin van deze eeuw wordt in de rechtspraak het belang van de economische werkelijkheid bij de toepassing van het enquêterecht benadrukt.<sup>2</sup>

Met die economische werkelijkheid als uitgangspunt hebben de Hoge Raad en de Ondernemingskamer de wettelijke regeling omtrent de toegang tot het enquêterecht de voorbije jaren nader ingevuld met het leerstuk van bevoegdheidsdoorbraak.

Daar waar art. 2:346 lid 1 BW aandeelhouders en certificaathouders enkel de mogelijkheid geeft een enquêteverzoek te richten tegen de vennootschap waarin zij een rechtstreeks belang houden (mits voldaan aan de kapitaal eis), verschaft het leerstuk van bevoegdheidsdoorbraak hen de ruimte tevens te verzoeken om een enquête bij een rechtspersoon waarbij zij op meer indirecte wijze betrokken zijn. Voorts biedt dit leerstuk andere risicodragende kapitaalverschaffers de mogelijkheid een enquêteverzoek te doen. Bevoegdheidsdoorbraak in het enquêterecht is onder te verdelen in twee gevalstypen:

1. de situatie waarin een economisch gerechtigde op aandelen- of certificatenbelangen verzoekt om een enquête (het leerstuk van de economische gerechtigdheid); en
2. de situatie waarin een kapitaalverschaffer<sup>3</sup> om een enquête verzoekt bij de vennootschap waarvan hij direct

kapitaalverschaffer is én bij een of meerdere daarmee onderling verbonden rechtspersonen (de concernenquête).

Deze bijdrage bevat een actueel en handzaam basisoverzicht van beide vormen van bevoegdheidsdoorbraak.

**Met de economische werkelijkheid als uitgangspunt hebben de Hoge Raad en de Ondernemingskamer de wettelijke regeling omtrent de toegang tot het enquêterecht de voorbije jaren nader ingevuld met het leerstuk van bevoegdheidsdoorbraak**

Afgesloten wordt met een praktische checklist voor kapitaalverschaffers die een beroep willen (of menen te moeten) doen op bevoegdheidsdoorbraak. De focus van deze bijdrage ligt op de bevoegdheidsdoorbraak bij enquêteverzoeken tegen een bv of nv, maar hier en daar wordt kort ingegaan op de bevoegdheidsdoorbraak bij enquêteverzoeken met betrekking tot andere rechtspersonen als bedoeld in art. 2:344 BW.

## 2. De economische gerechtigdheid

Ratio van de aan aandeelhouders en certificaathouders toegekende wettelijke enquêtebevoegdheid is dat zij risicodragend kapitaal aan de vennootschap verschaffen en in een enquêteprocedure moeten kunnen opkomen voor hun economisch belang.<sup>4</sup> Aandeelhouders en certificaathouders zijn echter niet de enigen die een economisch belang in een vennootschap kunnen hebben. In de jurisprudentie is

1 HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283 (*Funda*).

2 Zie o.a. HR 6 juni 2003, «JOR» 2003/161, m.nt. Josephus Jitta (*Scheipar*) en HR 4 februari 2005, «JOR» 2005/58, m.nt. Van den Ingh (*Landis*).

3 In deze bijdrage wordt met het begrip ‘kapitaalverschaffers’ gedoeld op aandeelhouders, certificaathouders en economisch gerechtigden op aandelen- of certificatenbelangen die voor wat betreft de enquêtebevoegdheid gelijk te stellen zijn met aandeelhouders en certificaathouders.

4 D.J.F.F.M. Duynstee, ‘De enquêtebevoegdheid van kapitaalverschaffers bij NV en BV’, in: Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/6.3.

dan ook, indachtig het uitgangspunt van de economische werkelijkheid, het leerstuk van economische gerechtigheid ontwikkeld, waaraan economisch gerechtigden op aandeelhouders- en certificatenbelangen onder omstandigheden enquêtebevoegdheid kunnen ontlenuen.

De Scheipar-beschikking van 2003<sup>5</sup> en de Butôt-beschikking van 2010<sup>6</sup> zijn de eerste beschikkingen van de Hoge Raad geweest op dit gebied. In deze beschikkingen overwoog de Hoge Raad dat economisch rechthebbenden op certificaten<sup>7</sup> voor de toepassing van art. 2:346 lid 1 BW gelijkgesteld kunnen worden met certificaathouders indien de certificaten per saldo voor hun rekening en risico worden gehouden.<sup>8</sup> De Hoge Raad trok deze lijn verder door in de TESN-beschikking van 2011<sup>9</sup> met de overweging dat het enkel hebben van een economisch belang in een vennootschap onvoldoende is om enquêtebevoegdheid aan te kunnen nemen. De Hoge Raad herhaalde dat het erom gaat of een verzoeker<sup>10</sup> te beschouwen is als, of op één lijn gesteld kan worden met, een economisch rechthebbende voor wiens rekening en risico de aandelen of certificaten worden gehouden.

Twee jaar na de TESN-beschikking heeft de Hoge Raad in de Chinese Workers-beschikking<sup>11</sup> een meer algemene en ruimere norm gesteld. Evenals in de TESN-beschikking, draaide het in deze zaak om de vraag of een *indirect* aandeelhouder voor de toepassing van art. 2:346 lid 1 BW als economisch gerechtigde gelijkgesteld kon worden met een aandeelhouder. De Ondernemingskamer beantwoordde die vraag bevestigend, daarbij verwijzend naar omstandigheden waaruit bleek dat de directe (buitenlandse) aandeel-

houder feitelijk geen enkele functie van betekenis had.<sup>12</sup> Deze economische werkelijkheid rechtvaardigde volgens de Ondernemingskamer de uitzondering op de hoofdregel dat enkel rechtstreekse aandeelhouders enquêtebevoegd zijn. Tegen dit oordeel van de Ondernemingskamer werd cassatie ingesteld, waarna de Hoge Raad, onder verwijzing naar de hiervoor besproken beschikkingen, de volgende algemene norm stelde:

‘Volgens vaste rechtspraak brengt de strekking van het enquêterecht [...] mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op een lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van artikel 2:346, aanhef en onder b, BW dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders.’

Langs de lijnen van deze norm overwoog de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer met de door haar genoemde omstandigheden op begrijpelijke en toereikende wijze tot uitdrukking had gebracht dat de verzoeker een eigen economisch belang had dat in zoverre kan worden gelijkgesteld met het belang van een aandeelhouder. Het cassatieberoep werd verworpen.

De Hoge Raad had in zijn beschikkingen van vóór de Chinese Workers-beschikking steeds benadrukt, zoals hiervoor uiteengezet, dat het bij de beoordeling of gelijkstelling kan plaatsvinden aankomt op de vraag of de verzoeker kan worden aangemerkt als economisch rechthebbende voor wiens rekening en risico de aandelen of certificaten worden gehouden. Met de Chinese Workers-beschikking leek de Hoge Raad dit toch breder te trekken door *alle* concrete omstandigheden van het geval te laten meewegen. Dat de Hoge Raad inderdaad deze ruimere opvatting huldigde, werd duidelijk(er) in de Slotervaartziekenhuis-beschikking van 2014.<sup>13</sup> In deze zaak moest de Hoge Raad zich opnieuw uitlaten over de vraag of indirecte aandeelhoudersbelangen voldoende zijn voor gelijkstelling en overwoog daarom-trent in algemene zin:

5 HR 6 juni 2003, «JOR» 2003/161, m.nt. Josephus Jitta (*Scheipar*).

6 HR 10 september 2010, «JOR» 2010/337, m.nt. Brink (*Butôt*).

7 In de Scheipar-zaak ging het om een partij die op basis van een overeenkomst met de certificaathouder was overeengekomen dat die de certificaten voor zijn rekening en instructie zou houden. In *Butôt* waren de verzoekers deelgenoten van een onverdeelde nalatenschap, waarvan de certificaten deel uitmaakten.

8 De Hoge Raad noemde in de Scheipar-beschikking ook als vereiste dat alle bevoegdheden met betrekking tot de zeggenschap (in de vennootschap) aan de economische certificaathouder moesten toekomen. Dit ‘zeggenschapsvereiste’ is fel bekritiseerd in de literatuur. Teneur van de kritiek was dat juridische certificaathouders over het algemeen nu juist geen zeggenschap, maar dus wel toegang tot het enquêterecht hebben. De lat zou voor economische certificaathouders dus hoger zijn gelegd dan voor certificaathouders. Zie o.a.: Asser/Maijer/Van Slinge & Nieuwe Weme, II\*, nr. 738. Dit ‘zeggenschapsvereiste’ is in de *Butôt*-beschikking en in overige latere HR- en OK-jurisprudentie niet meer teruggekomen.

9 HR 8 april 2011, «JOR» 2011/78, m.nt. Doorman (*TESN*).

10 In de TESN-procedure waren de verzoekers een indirect aandeelhouder en de *primary beneficiary* van een Bermudaanse trust.

11 HR 29 maart 2013, «JOR» 2013/166, m.nt. Doorman (*Chinese Workers*).

12 OK 7 februari 2012, «JOR» 2012/143, m.nt. Doorman. De door de OK bij haar oordeel in aanmerking genomen omstandigheden worden samengevat in ro. 3.3 van de HR-beschikking inzake Chinese Workers: ‘Zij [de Ondernemingskamer] heeft dat oordeel gebaseerd op de omstandigheden (a) dat Chinnede [de direct aandeelhouder] uitsluitend de aandelen van Chinese Workers beheert en verder geen enkele (ondernemings-)activiteit verricht, (b) dat er geen reden is waarom dat beheer vanuit Hong Kong zou moeten worden verricht en dat dit beheer ook feitelijk niet vanuit Hong Kong wordt verricht, (c) dat alle ondernemingsactiviteiten door of in opdracht van Chinese Workers worden verricht, (d) dat dit ook geldt voor de werving van horecapersoneel in China die geschiedt door twee Chinese uitzendbureaus in opdracht van Chinese Workers, en (e) dat de door deze uitzendbureaus verschuldigde commissie door Yeh-Chiu wordt gefactureerd en vervolgens door die uitzendbureaus rechtstreeks aan de aandeelhouders van Chinnede wordt betaald, naar verhouding van hun aandelen.’

13 HR 11 april 2014, «JOR» 2014/259, m.nt. Olden (*Slotervaartziekenhuis*).

‘Een dergelijke gelijkstelling is [...] slechts mogelijk indien en voor zover op grond van de feiten en omstandigheden van het geval kan worden geoordeeld dat het eigen economisch belang van de verschaffer van risicodragend kapitaal in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, van dien aard is dat het op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of een certificaathouder van die vennootschap. De Ondernemingskamer dient derhalve alle relevante feiten en omstandigheden te betrekken in haar oordeelsvorming ten aanzien van die mogelijke gelijkstelling.’

De Hoge Raad overwoog aan de hand van deze norm dat de Ondernemingskamer in het concrete geval geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat verzoekers niet enquêtebevoegd waren op grond van het enkele feit dat zij indirect aandeelhouders zijn, alsmede dat zij onvoldoende feiten en omstandigheden hadden aangevoerd om hun economische gerechtigdheid gelijk te stellen met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder. Bij dat laatste werd uitdrukkelijk meegewogen dat de direct aandeelhouders ook nog aandelen in andere vennootschappen hielden en dus niet, zoals bij Chinese Workers wel het geval was, geen enkele rol van betekenis vervulden.

De norm zoals aangelegd in de Chinese Workers-beschikking en bevestigd in de Slotervaartziekenhuis-beschikking is nog altijd actueel en wordt door de Ondernemingskamer behoorlijk consequent toegepast.<sup>14</sup> Inmiddels kunnen dan ook in ieder geval de volgende voor de ondernemingsrecht-praktijk relevante en concrete conclusies worden getrokken:

- De vraag of gelijkstelling gerechtvaardigd is, moet worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval.
- Enkel het hebben van een indirect aandelenbelang is onvoldoende om gelijkstelling te rechtvaardigen.
- Voorbeelden van feiten en omstandigheden die gelijkstelling kunnen rechtvaardigen, zijn (i) indien aan de tussenliggende aandeelhouders of juridische certificaathouders geen reële betekenis toekomt, (ii) als de aandelen of certificaten voor rekening en risico van de verzoeker worden gehouden, (iii) indien de verzoeker een vorderings- of vermogensrecht ten aanzien van de opbrengsten en/of het aandeel of certificaat heeft.

### 3. De concernenquête

Art. 2:346 BW is gebaseerd op het uitgangspunt dat een rechtspersoon een zelfstandig opererend rechtssubject is. Op grond van dit artikel kunnen kapitaalverschaffers namelijk uitsluitend verzoeken om een enquête bij de vennootschap waarvan zij *direct* kapitaalverschaffer zijn. De realiteit is echter dat maar weinig rechtspersonen geheel

op zichzelf staan. Veelal maken zij onderdeel uit van een concern. Om in de praktijk meer recht te kunnen doen aan deze economische werkelijkheid, is in de rechtspraak de mogelijkheid van een concernenquête ontwikkeld.

Een concernenquête kan in theorie drie richtingen op: neerwaarts, opwaarts en zijwaarts. Deze drie vormen worden hierna besproken.

#### De neerwaartse concernenquête

Bij een neerwaartse concernenquête wordt op verzoek van een kapitaalverschaffer van een moedervenootschap niet alleen een enquête bij de moeder ingesteld, maar ook bij een of meerdere dochtervenootschappen. De meeste door de Ondernemingskamer bevolen concernenquêtes zijn neerwaartse concernenquêtes.

In de Bot Bouw-beschikking van 2000 heeft de Ondernemingskamer voor het eerst op het verzoek van aandeelhouders van een moedervenootschap een neerwaartse concernenquête bevolen.<sup>15</sup> Hoewel deze beschikking destijds op verdeelde reacties kon rekenen, en zelfs de (naar later bleek ontorechte) vraag werd opgeworpen of de Ondernemingskamer met deze beschikking niet *contra legem* was gegaan,<sup>16</sup> bleef de Ondernemingskamer in de daaropvolgende jaren met enige regelmaat neerwaartse concernenquêtesverzoeken toewijzen.<sup>17</sup>

De Hoge Raad bevestigde uiteindelijk in de Landis-beschikking van 2005<sup>18</sup> dat de wetsgeschiedenis ruimte biedt voor bevoegdheidsdoorbraak<sup>19</sup> en dat een neerwaartse concernenquête onder omstandigheden mogelijk is. De Hoge Raad benadrukte daarbij ook andermaal dat het in het enquête-terecht vooral aankomt op de economische werkelijkheid. Dit bracht naar het oordeel van de Hoge Raad met zich dat de Ondernemingskamer terecht had geoordeeld dat de aandeelhouders van holdingvenootschap Landis bevoegd waren tevens te verzoeken om een enquête op het niveau van drie dochtervenootschappen.<sup>20</sup> De Ondernemingskamer had geoordeeld dat Landis en haar drie dochtervenootschappen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden, alsmede dat bestuurlijk sprake was van een vrijwel volledige personele unie. Volgens de Hoge Raad lag in dit oordeel besloten dat

14 Zie o.a. OK 3 juni 2013, «JOR» 2013/241, m.nt. De Groot (*Interfisc*); OK 19 juli 2016, «JOR» 2016/272, m.nt. Spruitenburg (*Feist*); OK 1 februari 2018, «JOR» 2018/93, m.nt. Eikelboom (*Europa Leasing*), OK 25 september 2020, «JOR» 2021/36, m.nt. Schreurs (*Exodus*).

15 Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, «JOR» 2000/127, m.nt. Van den Ingh (*Bot Bouw*). In deze beschikking oordeelde de Ondernemingskamer – kort gezegd – dat ook een onderzoek naar de dochtervenootschappen moest worden ingesteld, omdat het anders niet mogelijk zou zijn een juist beeld van het beleid en de gang van zaken van de moedervenootschap te verkrijgen. Aan dit oordeel legde de Ondernemingskamer onder meer ten grondslag dat de conflicten tussen de aandeelhouders op het niveau van de moeder onder meer hun oorsprong vonden in de wijze waarop de onderneming op het niveau van de dochters werd gedreven.

16 Zie onder meer Van den Ingh in zijn noot onder de Bot Bouw-beschikking.

17 R.P. Jager, *De concern(genoten)enquête. Naar huidig en wenselijk recht* (diss. Leiden) Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 158), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 7.2.1.

18 HR 4 februari 2005, «JOR» 2005/58 (*Landis*).

19 *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, nr. 3, p. 10.

20 OK 30 oktober 2003, «JOR» 2003/282 (*Landis*).

binnen de dochters geen sprake was van enig ten opzichte van Landis zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid en dat derhalve het beleid en de gang van zaken bij de dochters de belangen van de aandeelhouders van Landis evenzeer en op gelijke wijze als het beleid en de gang van zaken van Landis zelf raakten.

**Bij een neerwaartse concernenquête wordt op verzoek van een kapitaalverschaffer van een moeder-vennootschap niet alleen een enquête bij de moeder ingesteld, maar ook bij een of meerdere dochter-vennootschappen. De meeste door de Ondernemingskamer bevolen concernenquêtes zijn neerwaartse concernenquêtes**

Hoewel de Hoge Raad met de Landis-beschikking duidelijk maakte dat een neerwaartse concernenquête in beginsel mogelijk is, bleef tegelijkertijd onduidelijk welke criteria precies in aanmerking genomen moesten worden. Moest bijvoorbeeld aan *alle* omstandigheden zoals genoemd in de Landis-beschikking zijn voldaan? Of zagen deze omstandigheden specifiek op de situatie bij het Landis-concern en kon een neerwaartse concernenquête ook onder andere omstandigheden mogelijk zijn?<sup>21</sup>

Meer duidelijkheid hierover gaf de Hoge Raad enkele jaren later in de SNS-beschikking van 2020.<sup>22</sup> De Hoge Raad overwoog in deze beschikking dat voor het aannemen van de bevoegdheid om een (neerwaartse) concernenquête te verzoeken, voldaan moet zijn aan de volgende twee voorwaarden:

- De vennootschap ten aanzien waarvan is voldaan aan de kapitaaleis van art. 2:346 lid 1 BW (de moeder) en de rechtspersoon waarop het enquêteverzoek mede betrekking heeft (de dochter) moeten in een groep in de zin van art. 2:24b BW met elkaar zijn verbonden. Er moet dus sprake zijn van daadwerkelijk uitgeoefende centrale leiding en organisatorische verbondenheid, ten gevolge waarvan de rechtspersonen een economische eenheid met elkaar zijn gaan vormen.
- De eerstgenoemde vennootschap (de moeder) moet het beleid of de gang van zaken van laatstgenoemde rechtspersoon (de dochter) ten aanzien van wie de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd, mede hebben bepaald.

Op basis van de SNS-beschikking kunnen de volgende, voor de ondernemingsrechtpraktijk van belang zijnde, conclusies getrokken worden:

- De moeder-vennootschap zelf moet ook altijd in de enquête worden betrokken. Dit volgt uit het gebruik van het woord ‘mede’ in de eerste zin van rechtsoverweging 3.4 van de SNS-beschikking. De verzoeker moet dus altijd kunnen aantonen dat hij op grond van art. 2:346 lid 1 BW bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek op het niveau van de moeder-vennootschap.
- Het bestaan van een personele unie op bestuursniveau bij de moeder- en dochter-vennootschap is geen vereiste. Het bestaan van een personele unie kan wel nadere invulling geven aan de vraag of sprake is van een groep in de zin van art. 2:24b BW (het eerste vereiste).
- Een dochter-vennootschap waarin géén 100%-belang wordt gehouden, kan worden betrokken in een concernenquête. Waar het in de kern immers om gaat, is of sprake is van een groep in de zin van art. 2:24b BW en een vennootschap behoeft niet noodzakelijkerwijs een 100%-belang in de ‘onderliggende’ vennootschap te houden om met die vennootschap een groep te vormen.
- Ik meen dat uit het groepsvereiste tevens volgt dat onder omstandigheden een (achter)kleindochter-vennootschap in een neerwaartse concernenquête kan worden betrokken, óók indien de (Nederlandse of buitenlandse) (klein)dochter-vennootschap niet eveneens in de enquête wordt betrokken. In dat laatste geval slaat de verzoevende partij feitelijk dus een (of meerdere) niveau(s) over.
- Ook andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen kunnen worden betrokken in een concernenquête, zoals een stichting of vereniging (mits deze stichting of vereniging, ingevolge art. 2:344 BW, een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld). Art. 2:24b BW bepaalt immers niet dat uitsluitend kapitaalvennootschappen met elkaar een groep in de zin van deze bepaling kunnen vormen. Daarbij zij opgemerkt dat de Ondernemingskamer in de Meavita-beschikking van 2010 reeds geoordeeld heeft dat een concernenquête bij onderling verbonden stichtingen mogelijk is.<sup>23</sup>
- Tot slot valt wat mij betreft niet in te zien waarom de SNS-criteria niet ook doorgetrokken kunnen worden in geval een enquêteverzoek wordt ingediend door leden van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij, dan wel door de rechtspersoon zelf of door een partij aan wie daartoe bij de statuten of bij

<sup>21</sup> Zie A-G Timmerman in 3.13 van zijn conclusie bij HR 3 april 2020, «JOR» 2020/166 (SNS).

<sup>22</sup> HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS).

<sup>23</sup> Hof Amsterdam 14 april 2010, «JOR» 2010/185, m.nt. Bartman (Meavita).

overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend (ex art. 2:345 lid 1 sub a d en e BW).<sup>24</sup>

### De opwaartse concernenquête

Tegenhanger van de neerwaartse concernenquête is de opwaartse concernenquête. Bij de opwaartse variant is de verzoeker enquêtégerechtigd (in de zin van art. 2:346 lid 1 BW) op het niveau van de dochter en wordt de enquête op zijn verzoek tevens ingesteld bij de (moeder)vennootschap. Tot op heden zijn alleen vakbonden en ondernemingsraden erin geslaagd de Ondernemingskamer te bewegen tot het gelasten van een opwaartse concernenquête.<sup>25</sup> Dat alleen zij met succes om een opwaartse concernenquête hebben verzocht, komt mogelijk doordat in de parlementaire geschiedenis enkel ten aanzien van vakbonden en ondernemingsraden uitdrukkelijk is aangegeven dat zij om een (opwaartse) concernenquête kunnen verzoeken mits de moeder het beleid van de dochter in geheel of sterke mate bepaalt.<sup>26</sup> In de paar beschikkingen waarin de Ondernemingskamer een opwaartse concernenquête heeft gelast, was dan ook steeds sprake van een zeer nauwe band tussen moeder en dochter, waarbij de moeder het beleid van de dochter minstens in sterke mate bepaalde.<sup>27</sup>

Dat maar weinig kapitaalverschaffers om een opwaartse concernenquête verzoeken (en tot op heden geen van hen daar succesvol in is geweest),<sup>28</sup> heeft naar ik vermoed te maken met het feit dat zij veelal voldoende uit de voeten kunnen met enkel een enquête op het niveau van de dochtervennootschap en het op dat niveau laten treffen van onmiddellijke voorzieningen.

Zoals Winters en Ploeger het eerder al treffend verwoordden: *‘Het beleid en de gang van zaken van de moeder dat onderscheidenlijk de verzoeker kunnen raken, zullen zich (...) manifesteren op het niveau van (de algemene verga-*

*dering van aandeelhouders van) de vennootschap waarin de verzoeker een aandelenbelang heeft. Dit beleid van die moeder in algemene vergadering van aandeelhouders kan uiteraard deel uitmaken van het onderzoek naar de dochter. Evenzeer kunnen zonodig onmiddellijke voorzieningen getroffen worden op het niveau van de dochter die eventueel onjuiste c.q. schadelijke beleid van de moeder kunnen tegenaan.*<sup>29</sup>

Om dezelfde reden ontgaat het mij overigens waarom de Ondernemingskamer in de paar beschikkingen waarin op verzoek van een vakbond of ondernemingsraad een opwaartse concernenquête is ingesteld, dit nodig heeft geacht. Zo heeft de Ondernemingskamer in de YVC IJsselwerf-beschikking<sup>30</sup> en de Smit Transformatoren-beschikking<sup>31</sup> het onderzoek op het niveau van de moedervennootschap expliciet beperkt tot de gang van zaken en het beleid ‘voor zover deze betrekking had op de dochtervennootschap’. Zoals Winters en Ploeger ook al hebben aangegeven, is dat onderdeel van het beleid van de moeder (feitelijk: haar handelen als aandeelhouder van de dochter) nu juist iets wat gewoon meegenomen had kunnen worden in het onderzoek naar (enkel) de dochter. Daar komt bij dat in deze beschikkingen ook niet op het niveau van de moeder onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen die anders niet getroffen hadden kunnen worden.<sup>32</sup> Overigens heeft de Ondernemingskamer in de Bonne Route-beschikking, waarin een minderheidsaandeelhouder van de dochter verzocht om mede een enquête in te stellen bij de moedervennootschap, wel onderkend dat het beleid van de moeder, voor zover het haar handelen als aandeelhouder betreft, betrokken kan worden bij het onderzoek op het niveau van de dochter.<sup>33</sup>

**Dat maar weinig kapitaalverschaffers om een opwaartse concernenquête verzoeken, heeft naar ik vermoed te maken met het feit dat zij veelal voldoende uit de voeten kunnen met enkel een enquête op het niveau van de dochtervennootschap en het op dat niveau laten treffen van onmiddellijke voorzieningen**

In aansluiting op het voorgaande, wijs ik er ook nog op dat de Hoge Raad inmiddels in de Funda-beschikking uitdruk-

24 Zie in gelijke zin: Josephus Jitta in zijn noot bij HofAmsterdam, «JOR» 2019/9 (SRK). In deze zaak hadden – voor zover hier relevant – SRK (een stichting) en de Vereniging Groep Rechtsbijstandverzekering (Vereniging) ieder verzocht om een enquête naar zichzelf in te stellen. Zij werden allebei ontvankelijk verklaard in hun verzoek, omdat zij naar het oordeel van de Ondernemingskamer tezamen de formeel door SRK uitgeoefende onderneming in stand hielden. Van een concernenquête was dus geen sprake, maar de Ondernemingskamer gebruikte bij haar oordeel wel bijna dezelfde criteria als de criteria die gelden voor een concernenquête. Josephus Jitta merkt naar mijn mening dan ook terecht op dat in dit geval SRK ook had kunnen verzoeken om een concernenquête, ten gevolge waarvan de Vereniging zelf geen verzoek had hoeven doen.

25 OK 17 maart 1994, NJ 1995/408 (Janssen Pers); OK 21 oktober 1999, «JOR» 1999/228, m.nt. Van den Ingh (YVC IJsselwerf); OK 5 oktober 2005, «JOR» 2005/296, m.nt. Leijten (Smit Transformatoren); OK 10 januari 2008, «JOR» 2008/39, m.nt. Brink (PCM); OK 14 april 2010, «JOR» 2010/185, m.nt. Bartman (Meavita).

26 Kamerstukken II 1991/92, 22400, nr. 3, p. 10.

27 In de YVC IJsselwerf-beschikking van 1999 voerde de Ondernemingskamer het feit dat de moeder het beleid van de dochter in sterke mate bepaalde wel slechts op als *bijkomende* rechtvaardiging (OK 21 oktober 1999, «JOR» 1999/228). Omdat uit de wetgeschiedenis dus juist blijkt dat dit een harde voorwaarde is, komt ons dat oordeel niet geheel juist voor.

28 Zie onder meer OK 17 maart 2011, ARO 2011/57 (GMG Spaarnwoude), waarin een opwaarts concernenquêteverzoek van een kapitaalverschaffer is afgewezen.

29 B. Winters & P.N. Ploeger, ‘Kroniek enquêterecht’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 14. Zie ook: S.M. Bartman, ‘De concernenquête na Landis’, *WPNR* 2005/6628.

30 OK 21 oktober 1999, «JOR» 1999/228 (YVC IJsselwerf).

31 OK 5 oktober 2005, «JOR» 2005/296 (Smit Transformatoren).

32 Zie in gelijke zin: A.F.J.A. Leijten in zijn noot bij OK 5 oktober 2005, «JOR» 2005/296 (Smit Transformatoren).

33 OK 3 mei 2006, «JOR» 2006/211 (Bonne Route).

kelijk heeft overwogen dat niet alleen het beleid van een direct aandeelhouder, maar ‘ook het handelen van een organisatorisch met de rechtspersoon verbonden andere rechtspersoon, bijvoorbeeld een middellijk aandeelhouder, onder omstandigheden kan vallen onder het bereik van het beleid en de gang van zaken van die eerstbedoelde rechtspersoon, en aldus van hetgeen in het kader van art. 2:350 lid 1 BW onderwerp kan zijn van een enquêteprocedure ten aanzien van die eerstbedoelde rechtspersoon’. Of bepaald handelen onder het bereik van het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon valt, is volgens de Hoge Raad afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, waartoe onder meer kunnen behoren (i) de hoedanigheid of functie van degene wiens handelingen het betreft, (ii) diens organisatorische verbondenheid met of betrokkenheid bij de rechtspersoon waarop het enquêteverzoek betrekking heeft, (iii) en diens invloed, al dan niet rechtstreeks, op het beleid en de gang van zaken van die rechtspersoon. Kortom: het is nu echt duidelijk dat het handelen van een moeder betrokken kan worden bij het onderzoek op het niveau van de (klein)dochter en dat het mede betrekken van een moeder in een opwaarts enquêteverzoek dus geregeld niet nodig is. Ik kom daar verderop in deze bijdrage nog op terug.

Tot slot: de Ondernemingskamer en de Hoge Raad hebben zich tot op heden nog niet expliciet uitgelaten over de vraag of *kapitaalverschaffers* überhaupt om een opwaartse concernenquêten kunnen verzoeken. De verzoekers in de Funda-enquête hadden hierover een uitspraak kunnen uitlokken indien zij niet enkel hadden verzocht om een enquête naar Funda, maar ook naar de bovenliggende (indirect) aandeelhouders NVM Holding en NVM. Geheel onlogisch zou een dergelijk verzoek niet zijn geweest nu de bezwaren van de verzoekers in overwegende mate zagen op het handelen van NVM c.s. Hoewel in mijn ogen een opwaartse concernenquêten op verzoek van een kapitaalverschaffer niet op principiële bezwaren stuit,<sup>34</sup> denk ik dat de verzoekers in de Funda-enquête daar terecht niet om hebben verzocht. Niet alleen omdat zij met een enquête naar enkel Funda reeds het door hen gewenste resultaat konden (en hebben weten te) bereiken, maar ook omdat zij er vermoedelijk tegenaan gelopen zouden zijn dat Funda geen groepsvennootschap van NVM Holding c.s. is.<sup>35</sup> Het ligt wat mij betreft namelijk in de rede dat met betrekking tot de vereisten van een opwaartse concernenquêten aansluiting wordt gezocht bij de SNS-criteria voor een neerwaartse concernenquêten. Dit zou betekenen dat een kapitaalverschaffer uitsluitend bevoegd is te verzoeken om een opwaartse concernenquêten indien (i) de onderliggende vennootschap en de bovenliggende vennootschap in een groep met elkaar zijn verbonden in de

zin van art. 2:24b BW (hetgeen Funda en NVM c.s. dus niet waren) en (ii) de bovenliggende vennootschap het beleid of de gang van zaken van de onderliggende vennootschap ten aanzien van wie de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd mede heeft bepaald.

#### De zijwaartse concernenquêten

De zijwaartse concernenquêten betreft tot slot de meest exotische concernenquêten. Deze variant, waarbij een kapitaalverschaffer niet alleen verzoekt om een enquête naar de vennootschap ten aanzien waarvan hij enquêtegerechtigd is, maar ook naar een zustervennootschap, is naar mijn weten tot op heden niet toegepast in de praktijk. De vraag dringt zich op wanneer het voor een verzoeker zinvol kan zijn te verzoeken om een zijwaartse concernenquêten. Kemp en Olaerts noemen het voorbeeld van een situatie waarin een vennootschap onder voor haar nadelige omstandigheden bepaalde vermogensbestanddelen heeft overgedragen of overeenkomsten heeft gesloten met een zustervennootschap en de aandeelhouder van de overdragende vennootschap wil weten wat er in dat kader is gebeurd. Kemp en Olaerts merken vervolgens in mijn ogen terecht op dat de SNS-criteria over het algemeen niet goed toepasbaar lijken op de zijwaartse concernenquêten, nu er bij zustervennootschappen in beginsel geen sprake van is dat de ene vennootschap het beleid van de andere vennootschap mede heeft bepaald.<sup>36</sup>

Hoewel ik het centraal stellen van de economische werkelijkheid toejuich, meen ik tegelijkertijd dat verzoekers niet te gemakzuchtig een beroep op het leerstuk van bevoegdheidsdoorbraak moeten doen

Het gelasten van een concernenquêten bij zustervennootschappen lijkt dan ook, indachtig de SNS-criteria, enkel mogelijk indien een meerderheidsaandeelhouder van beide zustervennootschappen het beleid bij beide vennootschappen heeft bepaald en mede betrokken wordt in de enquête. Dit is dan evenwel geen ‘zuivere’ zijwaartse concernenquêten, maar een combinatie van een opwaartse en zijwaartse concernenquêten.

#### 4. Bevoegdheidsdoorbraak: bezint eer ge begint

Hoewel het (steeds meer) centraal stellen van de economische werkelijkheid moet worden toegejuicht en ik de ontwikkeling van het leerstuk van bevoegdheidsdoorbraak een warm hart toedraag, meen ik tegelijkertijd dat verzoek-

34 Zie in gelijke zin: B. Kemp & M. Olaerts, ‘De concernenquêten’, in: Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/7.5.1.

35 Dit overweegt de Ondernemingskamer expliciet in ro. 4.33 van de beschikking: ‘Funda heeft bepaalde trekken van een groepsvennootschap en NVM Holding heeft het gelet op haar aandelenbelang in haar macht om van Funda een groepsvennootschap te maken, maar Funda kan op dit moment niet als groepsmaatschappij van NVM Holding c.s. worden aangemerkt.’

Zie hierover ook: B. Kemp in zijn noot bij OK 10 februari 2022, «JOR» 2022/147 (Funda).

36 Zie in gelijke zin: B. Kemp & M. Olaerts, ‘De concernenquêten’, in: Bulten e.a., *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/7.5.2.

kende partijen niet te gemakzuchtig een beroep op dit leerstuk moeten doen.

Kapitaalverschaffers lijken weleens zekerheids- en gemakshalve hun enquêteverzoek tegen het gehele concern te richten zonder echt goed nagedacht te hebben over de vraag of dat wel mogelijk én nodig is. Gevolg hiervan kan zijn dat het enquêteverzoek – en de behandeling daarvan – (aanzienlijk) uitgebreider, onoverzichtelijker en daarmee kostbaarder wordt dan nodig is. Ik sluit deze bijdrage dan ook af met de oproep: bezint eer ge begint. De volgende checklist dient als hulpmiddel daarbij.

<p>Is een beroep op bevoegdheidsdoorbraak <b>mogelijk</b>?</p>
<p><i>Bij welke rechtspersonen spelen de onderwerpen die aan het verzoek ten grondslag worden gelegd?</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Het is enkel mogelijk het (concern)enquêteverzoek te richten tegen de rechtsperso(o)n(en) waar de onderwerpen spelen waarop de bezwaren betrekking hebben. Er moet immers sprake zijn van gegronde redenen voor twijfel bij een vennootschap om een enquête te kunnen gelasten (ex art. 2:350 lid 1 BW).</li> </ul>
<p><i>Zijn de bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken reeds schriftelijk kenbaar gemaakt aan alle rechtspersonen waartegen het enquêteverzoek zich richt (ex art. 2:349 BW)?</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Nee? ◊ Risico op een niet-ontvankelijkheidsverklaring.</li> </ul>
<p><i>Welk gevalstype bevoegdheidsdoorbraak is aan de orde?</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Wil een economisch gerechtigde op aandelen- of certificatenbelangen verzoeken om een enquête bij de vennootschap waarin hij een economisch belang houdt? ◊ economische gerechtigdheid.</li> <li>– Wil een kapitaalverschaffer verzoeken om een enquête waarvan hij kapitaalverschaffer is én bij een of meerdere daarmee onderling verbonden rechtsperso(o)nen? ◊ concernenquête.</li> </ul>
<p><i>Wordt aan alle vereisten van het aan de orde zijnde gevalstype voldaan?</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Economische gerechtigdheid ◊ volg Chinese Workers- en Slo-tervaartziekenhuis-criteria.</li> <li>– Neerwaartse en opwaartse concernenquête ◊ volg SNS-criteria.</li> <li>– Zijwaartse concernenquête ◊ beoordeel of het mogelijk is niet alleen te verzoeken om een enquête te gelasten bij de zuster, maar ook bij de moeder, zodat de SNS-criteria gevolgd kunnen worden. Wees anders creatief.</li> </ul>

<p>Is een beroep op bevoegdheidsdoorbraak <b>nodig</b>?</p>
<p><i>Waarnaar moet onderzoek worden gedaan?</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Funda-beschikking: ook het handelen van een organisatorisch met de rechtspersoon verbonden andere rechtspersoon, bijvoorbeeld een middellijk aandeelhouder, kan onder omstandigheden vallen onder het bereik van het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon die voorwerp is van de enquête en aldus onderwerp van onderzoek zijn.</li> <li>– Art. 2:351 lid 2 BW: De Ondernemingskamer kan onderzoekers machtigen tot het raadplegen van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers en het zich doen tonen van de bezittingen van een rechtspersoon die nauw verbonden is met de rechtspersoon die onderwerp is van onderzoek.</li> </ul>
<p><i>Moeten er onmiddellijke voorzieningen worden getroffen en zo ja, op welk niveau?</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Onmiddellijke voorzieningen kunnen enkel getroffen worden op het niveau van de vennootschap die zelf voorwerp is van de enquête.</li> <li>– Neerwaartse concernenquête ◊ de aanstelling van een tijdelijk bestuurder op het niveau van de moedervennootschap kan reeds voldoende zijn om in te kunnen grijpen op het niveau van de dochtervennootschap. De tijdelijk bestuurder van de moeder kan immers op basis van aandeelhoudersrechten bij de dochtervennootschap ingrijpen.</li> <li>– Opwaartse concernenquête ◊ op het niveau van de dochter kunnen veelal maatregelen worden getroffen die reeds voldoende zijn om onjuist c.q. schadelijk beleid van de moeder tegen te gaan (zoals de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer).</li> </ul>

Dit artikel is afgesloten op 8 februari 2024.

**Over de auteur**  
**Mr. C.M. (Carlijn) Tjoa**  
 Advocaat bij Finch Dispute Resolution the Utrecht.