

DE CONCERN(GENOTEN)ENQUÊTE

*Naar huidig en wenselijk recht*

*Voor mijn moeder*

 Wolters Kluwer  
Deventer – 2019

## VOORWOORD

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

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

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

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

Deel IV bestaat uit de samenvatting en conclusies.

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

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

Gerard van Solinge  
Martin van Olffen  
Marco Nieuwe Weme  
Claartje Bulten

## INHOUDSOPGAVE

|  |    |
|--|----|
| Voorwoord  | V  |
| Afkortingen  | XI |
| <b>Deel I <i>Exordium</i></b>  | 1  |
| <b>Hoofdstuk 1. Inleiding</b>  | 3  |
| 1.1 Aanleiding en belang   | 3  |
| 1.2 Probleemstelling en afbakening   | 5  |
| 1.3 Methode van onderzoek  | 7  |
| 1.4 Terminologie   | 7  |
| 1.5 Opzet  | 10 |
| <b>Hoofdstuk 2. Concerns en de economische werkelijkheid <i>versus</i> de juridische werkelijkheid</b> | 11 |
| 2.1 Inleiding  | 11 |
| 2.2 Wat is een concern?  | 15 |
| 2.3 De economische werkelijkheid <i>versus</i> de juridische werkelijkheid                             | 24 |
| 2.3.1 Bestuursautonomie  | 24 |
| 2.3.2 Vennootschappelijk belang  | 33 |
| 2.4 Het Europese mededingingsrecht   | 48 |
| 2.5 Tussenconclusie  | 68 |
| <b>Deel II <i>Ius constitutum</i></b>  | 71 |
| <b>Hoofdstuk 3. Inleiding</b>  | 73 |
| <b>Hoofdstuk 4. Verzoek, oproeping en verweer</b>  | 75 |

|  |            |
|--|------------|
| <b>Hoofdstuk 5. Buitenlandse groepsmaatschappijen</b>                          | <b>89</b>  |
| 5.1 Het formele (commune) IPR  | 90         |
| 5.1.1 Het Unierechtelijke formele IPR  | 90         |
| 5.1.1.1 Inleiding  | 90         |
| 5.1.1.2 Burgerlijke en handelszaken  | 92         |
| 5.1.1.3 Hoofdregel   | 97         |
| 5.1.1.4 Pluraliteit van verweerders  | 104        |
| 5.1.1.5 Exclusieve bevoegdheid   | 115        |
| 5.1.1.6 Forumkeuze   | 127        |
| 5.1.2 Het formele, commune, Nederlandse IPR                                    | 145        |
| 5.2 Het materiële, commune IPR   | 148        |
| 5.2.1 Bepaling toepasselijk recht  | 148        |
| 5.2.2 Toepassingsbereik Nederlands enquêterecht                                | 158        |
| 5.3 Tussenconclusie  | 169        |
| <br>   |            |
| <b>Hoofdstuk 6. Kenbaarmaking bezwaren</b>                                     | <b>171</b> |
| <br>   |            |
| <b>Hoofdstuk 7. Enquêtebevoegdheid houders van (certificaten van) aandelen</b> | <b>181</b> |
| 7.1 Rechtspraak Hoge Raad  | 181        |
| 7.1.1 Inleiding  | 181        |
| 7.1.2 Drie elementen   | 183        |
| 7.1.2.1 Verschaffer van risicodragend kapitaal                                 | 183        |
| 7.1.2.2 Economisch belang  | 191        |
| 7.1.2.3 Op één lijn stellen  | 209        |
| 7.1.3 (Deel van) vaste rechtspraak   | 221        |
| 7.1.3.1 Landis   | 221        |
| 7.1.3.1.1 Wetsgeschiedenis   | 222        |
| 7.1.3.1.2 Literatuur   | 233        |
| 7.1.3.1.3 Oordeel Hoge Raad  | 237        |
| 7.1.3.2 TESN   | 255        |
| 7.2 Rechtspraak Ondernemingskamer  | 266        |
| 7.2.1 Inleiding  | 266        |
| 7.2.2 Enquêteverzoekers  | 286        |
| 7.2.3 Enquêtesubjecten   | 287        |
| 7.2.4 Percentages (certificaten van) aandelen                                  | 291        |
| 7.2.5 Personele unies  | 298        |
| 7.2.6 Onmiddellijke voorzieningen  | 308        |

|   |   |            |
|---|---|------------|
| 7.2.7   | Beoordeling enquêtebevoegdheid  | 311        |
| 7.2.7.1   | Inleiding   | 311        |
| 7.2.7.2   | OK-rechtspraak vóór HR-Landis   | 315        |
| 7.2.7.3   | OK-rechtspraak na HR-Landis   | 320        |
| 7.2.7.3.1   | Enquêteverzoeker ontvankelijk   | 320        |
| 7.2.7.3.2   | Enquêteverzoeker niet-ontvankelijk  | 336        |
| 7.3   | Tussenconclusie   | 343        |
| <b>Hoofdstuk 8. Gegronde redenen</b>  |   | <b>349</b> |
| <b>Hoofdstuk 9. (Verhaal) onderzoekskosten en schadevergoeding</b>          |   | <b>359</b> |
| 9.1   | Onderzoekskosten  | 359        |
| 9.2   | Schadevergoeding  | 363        |
| 9.3   | Kostenverhaal   | 364        |
| <b>Hoofdstuk 10. Wanbeleid en voorzieningen</b>                             |   | <b>377</b> |
| 10.1  | Wanbeleid   | 377        |
| 10.2  | Voorzieningen   | 379        |
| <b>Deel III <i>Ius constituendum</i></b>                                    |   | <b>381</b> |
| <b>Hoofdstuk 11. Een schets van het enquêterecht in concernverhoudingen</b> |   | <b>383</b> |
| 11.1  | Inleiding   | 383        |
| 11.2  | Bij wie zou een enquête moeten kunnen worden uitgelokt (vraag 1)?   | 385        |
| 11.3  | Wie zou een enquêteverzoek moeten kunnen doen (vraag 2)?  | 401        |
| 11.4  | Aan wie zouden de bezwaren kenbaar moeten worden gemaakt (vraag 3)?   | 408        |
| 11.5  | Ten aanzien van wie zou moeten blijken van gegronde redenen (vraag 4)?  | 411        |
| 11.6  | Hoe zou het verzoekschrift moeten worden ingericht (vraag 5)?   | 416        |
| 11.7  | Wie zouden in de enquêteprocedure moeten worden betrokken en hoe (vraag 6)?   | 419        |
| 11.8  | Wie zou de onderzoekskosten moeten betalen en daarvoor zekerheid moeten stellen (vraag 7)?  | 423        |
| 11.9  | Wie zou een exemplaar van het (concept)onderzoeksverslag moeten ontvangen en daaruit – zonder OK-machtiging – mededelingen aan derden mogen doen (vraag 8)? | 427        |

---

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| 11.10 | Ten aanzien van wie zou (de verantwoordelijkheid voor) wanbeleid moeten kunnen worden vastgesteld (vraag 9)? | 432 |
| 11.11 | Bij wie zouden (eind)voorzieningen moeten kunnen worden getroffen (vraag 10)?                                | 436 |
| 11.12 | Tussenconclusie  | 437 |
|       | <b>Deel IV Conclusio</b>   | 439 |
|       | <b>Hoofdstuk 12. Samenvatting en conclusies</b>  | 441 |
| 12.1  | Deel I   | 441 |
| 12.2  | Deel II  | 445 |
| 12.3  | Deel III   | 461 |
|       | Summary  | 469 |
|       | Literatuur   | 475 |
|       | Jurisprudentie   | 515 |
|       | Trefwoordenregister  | 535 |

**Deel I**

***EXORDIUM***





## Hoofdstuk 1

### INLEIDING

#### 1.1 Aanleiding en belang

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

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

- 
- 1 M. Olaerts, ‘Perikelen in concernverhoudingen’, *TvOB* 2011/1, p. 6. In voetnoot 2 liet zij volgen dat BP de CEO van het bedrijf als afgevaardigde naar president Obama stuurde om daar de verontwaardiging van de Verenigde Staten aan te horen. Cf. P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. 2-4 (losbladig): ‘Today, in the multitiered group, limited liability protects each successive tier of companies from the liabilities of their lower-tier subsidiaries, creating layer upon layer of limited liability for the parent corporation. Although they are all collectively engaged in conducting integrated parts of the enterprise, each holding company and subholding company in the corporate group today enjoys the same benefits of limited liability that historically were available only to the ultimate investors in the enterprise [curs. RPJ].’ *Vide* ook P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xiii (losbladig), alwaar wij lezen dat ‘[t]he expansive limited liability provided under these circumstances goes far beyond the original policy goals of limited liability – limited protection for the public investor shareholders of the parent corporation [curs. RPJ].’
  - 2 Aldus ook S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn en M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1. S.M. Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid. Over (o.a.) convergentie in rechtsdenken op het gebied van concernverhoudingen tussen Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland* (diss. Utrecht), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 6, Deventer: Kluwer 1989, p. 1 noemde dit het ‘wezenskenmerk’ van het concernverband.

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

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

- 
- 3 D.J. Sannes, *De Rechtsverhouding van Moeder- en Dochtermaatschappij. Onderling en ten aanzien van derden* (diss. Utrecht), Utrecht 1926.
  - 4 W.K. Franken, *Aspecten van het concernrecht* (diss. Utrecht), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.
  - 5 H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen* (diss. Nijmegen), Serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, deel 21, Deventer: Kluwer 1981.
  - 6 L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers* (diss. Utrecht), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 4, Deventer: Kluwer 1988.
  - 7 M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern in het ondernemingsrecht. Een beschouwing over de problemen die samenhangen met de juridische definiëring van het economische verschijnsel concern, mede aan de hand van de definitieproblematiek die in de geconsolideerde jaarrekening naar voren komt* (diss. Amsterdam VU), Serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, deel 33, Deventer: Kluwer 1989.
  - 8 Bartman 1989.
  - 9 J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 15, Deventer: Kluwer 1992.
  - 10 L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels en J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland* (diss. Nijmegen), Serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, deel 42, Deventer: Kluwer 1993.
  - 11 M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 32, Deventer: Kluwer 1999.
  - 12 C.H.A. van Oostrum, *Regres bij concernfinanciering* (diss. Leiden), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 156, Deventer: Wolters Kluwer 2019.
  - 13 P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht. Analyse van de relevante rechtspraak* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 46, Deventer: Kluwer 2004.
  - 14 F. Veenstra, *Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 69, Deventer: Kluwer 2010.
  - 15 F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 105, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
  - 16 R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure. Een normatieve beschrijving van de wijze*

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

## 1.2 Probleemstelling en afbakening

De centrale vraagstelling van dit onderzoek luidt als volgt:

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

Voor het overige verdient opmerking dat wanneer ik in dit onderzoek spreek van, en schrijf over, een ‘concern’, ik hoofdzakelijk – conform het normale spraakgebruik – denk aan een concern met een al dan niet ter beurse genoteerde<sup>23</sup> moedermaatschappij en vele, dikwijls in meerdere landen zetelende, dochtermaatschappijen en niet (zozeer) aan een ‘dwerconcern’.<sup>24</sup>

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

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

22 *Vide* § 2.2.

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

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

### 1.3 Methode van onderzoek

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

### 1.4 Terminologie

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

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

---

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

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

26 *Vide* § 5.1.1.4.

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

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

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

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

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

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

30 *Vide* daarover § 7.1.3.2.

31 Cf. voetnoot 32 *infra*.

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

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

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

---

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

- 33 *Vide* P. van Schilfgaarde, ‘Partners in het enquêterecht. Partners in een joint venture. Cancun en Novero’, in: C.D.J. Bulten *et al.* (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 331. *Vide* ook *Advies wijziging enquêterecht* (advies van 21 oktober 1988, SER 1988/14), Den Haag: SER 1988, p. 64: ‘Een ander facet dat in dit verband een rol speelt, is dat het Nederlandse enquêterecht is ‘vastgehecht’ aan een viertal soorten (Nederlandse) rechtspersonen als zodanig (...)’
- 34 *Cf.* de conclusie, onder 2.15, van A-G Timmerman bij HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Landis*): ‘In de tweede plaats dient voor een toewijzing van het enquete-verzoek [*sic*] bij een dochter conform artikel 2:350 BW steeds van gegronde redenen te blijken om aan een juist beleid bij de desbetreffende dochter te twijfelen. Ik hecht aan het stellen van dit vereiste bij elke vennootschap waar een enquete [*sic*] wordt verzocht, omdat dit nu eenmaal in de wettelijke systematiek de voorwaarde is voor het gelasten van een enquete [*sic*]. Ook lijkt het mij onjuist dat als ergens in een concern van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen blijkt er zonder meer over het gehele concern een enquete [*sic*] gelast kan worden. Per te onderzoeken vennootschap dient te blijken van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. *Wellicht is het meer precies om van een concerngenooten-enquete [*sic*] te spreken dan van een concern-enquete [*sic*].’ (curs. RPJ) *Vide* ook W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (deel 2), bewerkt door B.F. Assink, Deventer: Kluwer 2013, p. 1622, alwaar wordt gesproken van een ‘groeps(genoten)enquête [curs. aut.]’. Deze term is herhaald op p. 1657.*
- 35 Als ik literatuur of jurisprudentie bespreek en daarin wordt gesproken van ‘concernenquête’, zal ik, tenzij het een citaat betreft, spreken van ‘concern(genoten)enquête’.



## 1.5 Opzet

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

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

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

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

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