



Het hof aan de Amsterdamse Prinsengracht, waar de Ondernemingskamer gevestigd is

Concernenquête

Landis-uitspraak gaat uit van economische werkelijkheid

M. Ziekman
advocaat te Amsterdam

De Hoge Raad bepaalde onlangs in de Landis-uitspraak dat kapitaalverschaffers van de moeder ook een enquête kunnen verzoeken bij een 100% dochtermaatschappij.¹ De economische werkelijkheid vraagt volgens Mark Ziekman om de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer (OK) van het Amsterdamse hof concerns in volle omvang en ook op het niveau van dochters onderzoekt. Ziekman bespreekt het arrest en enkele commentaren erop, en hij behandelt enkele nog resterende juridische en praktische vragen.

Uitgangspunt van de Hoge Raad is dat het bij de toepassing van het enquêterecht vooral aankomt op de economische werkelijkheid

LANDIS

De Vereniging van Effectenbezitters heeft met een aantal andere aandeelhouders (hierna gezamenlijk: 'VEB') bij verzoekschrift van 1 juli 2003 de OK verzocht een of meer deskundigen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid van de gang van zaken bij Landis Group N.V. ('Landis') en drie 100% dochtermaatschappijen. Bij beschikking van 30 oktober 2003 heeft de OK het verzoek toegewezen, omdat er gegronde redenen waren om aan een juist beleid van Landis te twijfelen.² Voorts overwoog de OK dat het onderzoek zich mede mag uitstrekken tot de drie 100% (Nederlandse) dochtervennootschappen van Landis, omdat, naar de VEB onweersproken heeft aangevoerd, deze vennootschappen tezamen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden en dat er wat de samenstelling van de onderscheiden besturen sprake was van een vrijwel volledige personele unie.

Tegen het oordeel van de OK zijn vier (toenmalige) bestuurders en twee commissarissen van Landis in cassatie gegaan. Een aantal klachten richtte zich tegen de toegestane concernenquête. Gesteld werd dat (a) art. 2:346 BW een limitatieve opsomming geeft van degenen die bevoegd zijn tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête, en (b) voorzover de OK gekomen is tot haar oordeel met toepassing van het leerstuk van de vereenzelviging, zij

blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting omdat voor een vereenzelviging in het enquêterecht geen plaats is, behoudens zeer uitzonderlijke gevallen.

In navolging van de De Vries Robbé-uitspraak³ heeft de Hoge Raad eerst overwogen dat het verzoek tot het instellen van een enquête toekomt aan degenen die limitatief in art. 2:346 BW worden genoemd. De Hoge Raad heeft vervolgens een vergelijking tussen kapitaalverschaffers en werknemers gemaakt. De SER⁴ en de wetgever hebben eerder de positie van (leden van) een vakorganisatie onderzocht. Mede op basis van de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel 'Wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête'⁵ werd geconcludeerd dat vakorganisaties bevoegd moeten zijn een enquête te verzoeken bij concerngenoten van de rechtspersoon in wiens onderneming personen werkzaam zijn die bij haar als lid zijn aangesloten.

De Hoge Raad vervolgde dat de wet ruimte biedt voor een bevoegdheidsdoorbraak, nu kapitaalverschaffers en werknemers wat hun toegang tot het middel enquête betreft zoveel mogelijk gelijk dienen te worden behandeld. Volgens de Hoge Raad heeft de OK met juistheid geoordeeld dat de betrokken aandeelhouders van Landis mede bevoegd waren tot het indienen van een verzoek tot onderzoek naar de drie dochtermaatschappijen van Landis. De Hoge Raad heeft derhalve de aandeelhouders (onder wie

mede certificaathouders worden begrepen) van de moedermaatschappij bevoegd geacht tot het doen van een verzoek tot het instellen van een onderzoek bij de 100% dochtermaatschappijen naar het beleid en de gang van zaken bij de dochters. De Hoge Raad heeft daarbij als uitgangspunt genomen dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat bij de toepassing daarvan het uiteindelijk vooral aankomt op de economische werkelijkheid.

Deze economische werkelijkheid hield in dat:

- er drie 100% dochtermaatschappijen van Landis waren;
 - deze dochtermaatschappijen tezamen (met de moeder) een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden; en
 - wat betreft de samenstelling van de onderscheiden besturen sprake was van een vrijwel volledige personele unie.
- Hierin ligt volgens de Hoge Raad besloten dat binnen de dochtermaatschappijen geen sprake is van enig ten opzichte van de moeder zelfstandig gevoerd bestuursbeleid en dat het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappijen de belangen van de kapitaalverschaffers van de moeder evenzeer en op gelijke wijze raken als het beleid en de gang van zaken van de moeder zelf.

CRITERIA VOOR VERZOEK

Wat zijn de criteria voor een verzoek tot het instellen van een concernenquête? Het verzoek lijkt open te staan voor kapitaalverschaffers van de moeder. De Hoge Raad acht immers de aandeelhouders, onder wie mede certificaathouders worden begrepen, van de moedermaatschappij bevoegd. Er wordt aansluiting gezocht met de Scheipar-uitspraak.⁶ Onder kapitaalverschaffers versta ik: aandeelhouders, houders van certificaten van

1 HR 4 februari 2005, NJ 2005, 127 m.nt. NMa. De uitspraak werd eerder gepubliceerd in *RvdW* 2005, 25, alsmede *JOR* 2005, 58, m.nt. F.J.P. van den Ingh.
2 OK 30 oktober 2003, *JOR* 2003, 282.
3 HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225.
4 'Aanvullend Advies wijziging enquêterecht' van 17 november 1989, *SER Adviezen*, nr. 1989/21.
5 Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel 'Wij-

ziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête', *Kamerstukken II* 1991/92, 22 400, nr. 3.
6 HR 6 juni 2003, *JOR* 2003, 161.
7 Maeijer wijst er in zijn noot in de NJ op dat dit criterium zich goed verdraagt met 'de uitspraak van OK juli 2002, *JOR* 2002, 192 (geen enquête bij een 60%-dochter)'.
8 A-G Timmerman, Conclusie onder 2.15.

9 OK 16 juli 2004, *JOR* 2004, 230.
10 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, dertiende druk, Kluwer, Deventer, 2003, p. 29.
11 H. Luijk, 'De voor- en nadelen van Personele Unies in het ondernemingsbestuur', *TVVS* 1986, 2, p. 40 e.v.
12 A-G Timmerman, Conclusie onder 2.15.
13 A-G Timmerman, Conclusie onder 2.15 t/m 2.18.



Het verzoek tot instellen van een concernenquête kan openstaan voor aandeelhouders van de moedermaatschappij

aandelen en degene die economisch gerechtigd is op een aandeel of certificaat.

Een 100% Nederlandse dochter

Het eerste criterium houdt in dat het een 100% dochtermaatschappij moet zijn van de vennootschap waarbij de kapitaalverschaffers bevoegdlijk een verzoek tot het houden van een enquête kunnen indienen.⁷ Met Timmerman meen ik dat uitsluitend Nederlandse dochtermaatschappijen voorwerp van een onderzoek kunnen zijn.⁸ Dit lijkt ook in de rechtspraak te worden bevestigd. Immers, in de Citadel-uitspraak bepaalde de OK dat de regeling van het enquêterecht niet van toepassing is op buitenlandse vennootschappen, ook al zouden deze buitenlandse vennootschappen hun werkzaamheden nagenoeg geheel in Nederland verrichten.⁹

Economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding

Voorts moeten de dochtermaatschappijen tezamen met de moeder een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormen. Hier lijkt aansluiting te zijn gezocht bij het groepsbegrip ex art. 2:24b BW. Het begrip 'centrale leiding' is niet in art. 2:24b BW opgenomen. In de literatuur wordt 'centrale leiding' evenwel als belangrijkste element van het groepsbegrip genoemd. Opgemerkt wordt dat het bij het groepsbegrip gaat om het *daadwerkelijk* uitoefenen van zeggenschap. Dit in tegenstelling tot het begrip dochtermaatschappij waarbij het gaat om het *kunnen* uitoefenen van zeggenschap.¹⁰ Hoewel ik niet aan de hand van de Landis-uitspraak van de Hoge Raad en de beschikking van de OK duidelijk kon vaststellen of de gemeenschappelijke leiding daadwerkelijk de zeggenschap uitoefende, lijkt dat wel het geval.

Vrijwel volledige personele unie

Het derde vereiste betekent dat er wat betreft de samenstelling van de onderscheiden besturen sprake is van een vrijwel volledige personele unie. Er is sprake van een personele unie indien eenzelfde persoon of combinatie van personen gelijktijdig meerdere bestuursfuncties vervult. Bijvoorbeeld, het bestuur van de moeder fungeert tevens als bestuur van de dochtermaatschappijen. Bij een volledige personele unie vervult een bepaalde personencombinatie in zijn geheel meerdere functies; bij een partiële personele unie vervult een deel van een bepaalde personencombinatie een of meer andere functies.¹¹ Nu de Hoge Raad als criterium stelt een *vrijwel* volledige personele unie, is een concernenquête kennelijk ook mogelijk indien sprake is van een partiële personele unie. Hierbij kan worden gedacht aan een bestuur van een dochter dat bestaat uit een deel van de bestuurders van de moeder aangevuld met een enkele bestuurder die niet tevens bestuurder is bij de moeder en/of geen andere bestuursfuncties vervult binnen het concern.

BELANGHEBBENDE

De Hoge Raad overweegt in de Landis-zaak dat in de drie criteria besloten ligt dat binnen de dochtermaatschappijen geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid; daarom raken het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappijen de belangen van aandeelhouders van de moeder evenzeer en op gelijke wijze als het beleid en de gang van zaken van de moeder zelf.

Timmerman overweegt in zijn conclusie bij de Landis-uitspraak dat 'aandeelhouders die in overeenstemming met art. 2:346

Als aanvullend criterium is van belang dat per dochter vastgesteld moet worden dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid

onder b BW 10% van het aandelenkapitaal of aandelen met een nominale waarde van ten minste € 225.000 in de moeder vennootschap houden in hun verzoek tot enquête bij een dochter of kleindochter ontvangen kunnen worden, als ze erin slagen aan te tonen dat het beleid en de gang van zaken bij de dochter hen in hun belangen als aandeelhouder van de moeder substantieel en daadwerkelijk raakt.¹² Maeijer constateert in zijn noot dat daarvan in het oordeel van de OK niet is gebleken.

Ik meen dat dit als een separaat criterium zou moeten gelden. Elk verzoek moet van geval tot geval worden beoordeeld. Voorts lijkt dit criterium recht te doen aan art. 3:303 BW op grond waarvan niemand een rechtsvordering toekomt zonder voldoende belang. Het verdient in elk geval aanbeveling in een verzoekschrift tot het houden van een concernenquête rekening te houden met dit punt en het te stellen en te bewijzen.

GEGRONDE REDENEN

Timmerman overweegt tevens dat 'voor toewijzing van het enquêteverzoek bij een dochter conform art. 2:350 BW steeds van gegronde redenen moet blijken om aan een juist beleid bij de desbetreffende dochter te twijfelen'. Tegen deze achtergrond overweegt hij dat het wellicht preciezer is om van

een concerngenotenenquête te spreken dan van een concernenquête. Het is goed denkbaar dat sprake is van economische verbondenheid en personele unie zonder dat bij alle vennootschappen waarvoor deze verbondenheid en personele unie gelden van gegronde redenen om aan juist beleid te twijfelen blijkt, aldus nog steeds Timmerman. Hij vervolgt dat in een geval waarin niet of nauwelijks is gesteld dat dergelijke gegronde redenen bestaan, de OK zal dienen te volstaan met het gelasten van een enquête bij de moeder, waarbij onder omstandigheden kan worden bepaald dat het onderzoek zich mede uitstrekt tot het ten aanzien van de dochters gevoerde beleid.¹³

De Hoge Raad overweegt – kort gezegd – dat in de eerste drie criteria besloten ligt dat er geen sprake is van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid. Dit lijkt niet noodzakelijkerwijs hetzelfde te omvatten als de vaststelling dat van onjuist beleid bij de dochter is gebleken. Kennelijk is volgens de Hoge Raad een randvoorwaarde voor een concernenquête dat bij de dochter geen sprake is van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid. Maeijer schrijft in zijn noot dat het er volgens hem om gaat 'of de moedermaatschappij aldus het beleid en de gang

van zaken in de 100%-dochtermaatschappij geheel of in belangrijke mate (cursivering MZ) bepaalt'.

Naar mijn mening zou als (aanvullend) criterium moeten gelden dat per dochter vastgesteld moet worden dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en de gang van zaken bij de betrokken dochter.

IDENTITEIT

De Hoge Raad heeft het in de Landis-uitspraak niet over vereenzelviging zoals de eisers tot cassatie aanvoeren, maar spreekt over een 'bevoegdheidsdoorbraak'. Door deze bevoegdheidsdoorbraak lijkt een einde te komen aan een oude discussie over de omvang van het enquêterecht.¹⁴ Met Maeijer meen ik dat geen sprake is van vereenzelviging.¹⁵ De Hoge Raad gaat niet voorbij aan het identiteitsverschil van de verschillende rechtspersonen, maar acht een enquête naar het beleid en de gang van zaken bij zowel de moeder als de 100% dochtermaatschappij mogelijk.¹⁶

Geconstateerd kan worden dat tot aan de Landis-uitspraak dochtervennootschappen geen zelfstandig voorwerp van onderzoek konden zijn en, belangrijker nog, dat ten aanzien van deze dochters (en kleindochters) niet rechtstreeks (onmiddellijke) voorzieningen door de OK konden worden getroffen.

EIGEN VERANTWOORDELIJKHEID

In zijn noot stelt Van den Ingh terecht de vraag of een personele unie ontheffing meebrengt van de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van de dochter voor de rechtmatigheid van het beleid van de dochter. Binnen de grenzen van de door de wet en de

14 A.G. van Solinge en J.M.M. Maeijer gaven in 1992 in de NV naar aanleiding van het toenmalige wetsontwerp tot wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête (nr. 22 400) hun visie op de bevoegdheid van kapitaalverschaffers om ook het beleid van dochter- of groepsmaatschappijen in het enquêteonderzoek te betrekken. Zie A.G. van Solinge, *Uitbreiding van het enquêterecht*, NV 1992, 2, p. 26 en J.M.M. Maeijer, *Nogmaals: uitbreiding van het enquêterecht*, NV 1992, 5, p. 118. Zie ook Asser-Maeijer 2-III, *Vertegenwoordiging en Rechtspersoon*, tweede druk, W.E.J. Tjeenk Wilink, Deventer, 2000, nr. 522, p. 789. Ook F.J.P. van

den Ingh heeft zich in het verleden verzet tegen de mogelijkheid van een concernenquête, zie onder meer: *Enquête in concernverhoudingen*, JOR Plus 2002, p. 4 e.v., *Enquête in concernverhoudingen II*, JOR Plus 2003, p. 55 e.v. en zijn noten onder OK 27 april 2000, JOR 2000, 127 en deze Landis-uitspraak in JOR 2005, 58. M.W. Josephus Jitta meent dat een wetswijziging noodzakelijk is, zie zijn noten onder OK 30 juli 2002, JOR 2002, 192 en HR 6 juni 2003, JOR 2003, 161.

15 J.M.M. Maeijer in zijn noot (onder 4) in de NJ onder de de Landis-uitspraak.

16 Anders F.J.P. van den Ingh in zijn noot (onder 4) in

de JOR onder de Landis-uitspraak. Hij meent dat de deur naar vereenzelviging te wijd wordt opengezet.

17 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, dertiende druk, Kluwer, Deventer, 2003, p. 128 met betrekking tot onder meer HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 (Forumbank).

18 Zie ook mr. H.M. de Mol van Otterloo, *het Financieele Dagblad*, 21 april 2005, p. 10.

19 OK 1 oktober 2004, 119.

statuten aangegeven taak is het bestuur autonoom.¹⁷ Ik zou in de Landis-uitspraak geen verdere uitholling van de bestuursautonomie willen lezen. Naar mijn mening blijft het bestuur van een dochter, zelfs bij een (vrijwel) volledige personele unie, verantwoordelijk voor het eigen beleid.

Ik constateerde hiervoor al dat een concernenquête ook mogelijk lijkt bij een (zeer beperkte) partiële personele unie. Ik meen dat ook bij een (zeer beperkte) partiële personele unie de enkele bestuurder die niet tevens bestuurder is van de moeder en geen zelfstandig bestuursbeleid ten aanzien van de dochter voert, blootstaat aan (onmiddellijke) voorzieningen. Hij lijkt immers een slaafse navolger van het beleid zoals dat door de bestuurders van de moeder, die tevens bestuurders bij de dochter zijn, wordt gevoerd.

Een ander voorbeeld is het geval dat de enkele bestuurder de feitelijke leiding heeft bij de dochter en dat de moedermaatschappij mede bestuurder is bij de dochter en zich niet actief met het beleid bij de dochter bemoeit. Kan dan slechts deze enkele bestuurder van de dochter op verzoek van de kapitaalverschaffers van de moeder worden geschorst, omdat blijkt van gegronde redenen om aan juist beleid van deze feitelijk bestuurder te twijfelen? De moederverenootschap en haar bestuur kunnen wellicht verweten worden dat zij niet voldoende toezicht hebben gehouden.

Het is de vraag hoe de OK zal omgaan met een dergelijke taakverdeling tussen de relevante bestuurders. Kan de moederverenootschap (en haar bestuur) als bestuurder van de dochter zich onttrekken aan (onmiddellijke) voorzieningen met een beroep dat uitsluitend de enkele bestuurder formeel het beleid in de dochter bepaalde? Betoogd kan worden dat dan juist wel sprake is van zelfstandig bestuursbeleid van de enkele bestuurder van de dochter en dat bijgevolg een concernenquête en onmiddellijke voorzieningen ten aanzien van de dochter niet mogelijk zijn. Indien onder meer sprake moet zijn van (daadwerkelijke) gemeenschappelijke lei-

ding voor het succesvol instellen van een concernenquête, kan bovendien betoogd worden dat niet voldaan is aan deze voorwaarde. In dergelijke gevallen kan de kapitaalverschaffer geen verzoek ten aanzien van een dochter indienen, terwijl hij wel een belang kan hebben bij een onderzoek en onmiddellijke voorzieningen bij de dochter.

VIA DE MOEDER

De drie criteria van de Hoge Raad beperken kapitaalverschaffers bij een verzoek dat niet aan deze criteria voldoet.¹⁸ De kapitaalverschaffer blijft aangewezen op een enquête bij de moeder waarbij verzocht zal moeten worden met name het beleid bij dochters te bekijken. Onmiddellijke voorzieningen zullen ook op het niveau van de moeder moeten worden verzocht, maar dienen effect te hebben bij dochter. De OK heeft eerder via deze omweg gehandeld in bijvoorbeeld de Auto-groep Twente-uitspraak.¹⁹

Van den Ingh lijkt in zijn noot in de JOR te oordelen dat een direct onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij de dochter met de mogelijkheid ook hier om (onmiddellijke) voorziening te verzoeken, niet nodig is, althans juridisch niet zuiver is. Hij stelt dat aandeelhouders in de moedermaatschappij in de regel in staat zijn met behulp van wettelijke en statutaire bevoegdheden ten aanzien van de moeder correctie van een onjuist geacht beleid van de dochter af te dwingen. Hij vervolgt dat in uitzonderingssituaties deze weg niet kan openstaan. Aandeelhouders in de moeder kunnen zich, bijvoorbeeld bij hun toetreding, actief opstellen door eigen contractuele of statutaire enquêtebevoegdheid als bedoeld in art. 2:346 sub d te bedingen op dochterniveau, aldus Van den Ingh. Ik wijs er op dat dit voor een hoop bestaande vennootschappen thans onmogelijk, althans moeilijk uitvoerbaar kan zijn.

PRAKTISCH

Ten slotte nog een paar praktische punten. De vraag rijst of een enquête uitsluitend ten aanzien van de dochter en dus niet ten aan-

zien van de moeder verzocht zou kunnen worden door kapitaalverschaffers van de moeder. Dit is niet aannemelijk.

Van den Ingh vraagt zich af of de bezwaren van art. 2:349 BW bij besturen en raden van commissarissen van alle dochters vooraf kenbaar moeten zijn gemaakt. Naar mijn mening zou de ontvankelijkheidseis van art. 2:349 BW voor verzoekers ook moeten gelden bij een concernenquête. Dat wil zeggen dat tevens aan de besturen en raden van commissarissen van dochters schriftelijk de bezwaren tegen het beleid of gang van zaken bij de dochters kenbaar moet worden gemaakt en een redelijke termijn moet worden gegund om maatregelen te nemen. Dit past ook in de gedachte dat per dochter vastgesteld moet worden dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en de gang van zaken bij de betrokken dochter. Wellicht worden door het bestuur van de dochter wel maatregelen getroffen.

Een procedureel gevolg is dat het verzoekschrift en het petitum zich mede tot de dochters zullen moeten richten. Voorts zullen de betrokken vennootschappen in de procedure als verweerster moeten worden aangemerkt en kunnen zij een zelfstandig verzoekschrift indienen en bij de mondelinge behandeling verweer voeren. In een dergelijk geval zouden zij ook kunnen bijdragen aan de kosten van een enquête.

CREATIEVE ADVOCATEN

De economische werkelijkheid maakt het wenselijk dat tevens onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van dochtervennootschappen en (onmiddellijke) voorzieningen ten aanzien van deze dochters kunnen worden verzocht. Op grond van de door de Hoge Raad gestelde criteria lijkt een concernenquête in een beperkt aantal gevallen mogelijk. De Landis-uitspraak roept een hoop vragen op, waarop kennelijk door creatieve advocaten en de OK een oplossing gevonden zal moeten worden. ●