

ANNOTATIE

De economische realiteit in de SNS Reaal-beschikkingen

F. Eikelboom en M. Krekels

Annotatie bij Hoge Raad, 03-04-2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (OR-2020-0138)

Annotatie bij Hoge Raad, 03-04-2020, ECLI:NL:HR:2020:479 (OR-2020-0138)

Noot bij HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 en ECLI:NL:HR:2020:479 (Concernenquête SNS Reaal en dochtervennootschap SNS Bank).

In een tweetal beschikkingen van 3 april 2020 liet de Hoge Raad zich voor de tweede maal uit over de maatstaf voor het toewijzen van een concernenquête. Zoals uit deze bijdrage blijkt, gebruikte de Hoge Raad deze gelegenheid om de maatstaf uit de Landis-beschikking te herformuleren en versimpelen. Deze beschikkingen worden nader geduid.

1 Inleiding

1.1 Het door de wetgever geschapen kader

De artikelen 2:345 lid 2, 2:346 en 2:347 BW bevatten een limitatieve opsomming van de enquêtebevoegden.[1] In artikel 2:346 lid 1, aanhef en onder b en c, BW wordt daarbij voor houders van aandelen of certificaten van aandelen een kapitaalseis gesteld. Die kapitaalseis ziet op aandelen of certificaten van aandelen die rechtstreeks worden gehouden in de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft. Naar de letter van de wet zijn houders van aandelen of certificaten van aandelen niet bevoegd tot het uitlokken van een

enquête bij een andere vennootschap dan de vennootschap waarin zij hun aandelen of certificaten houden. De realiteit is echter anders.

1.2 Wat voorafging in de rechtspraak

Toen de onderhavige beschikkingen met betrekking tot tot SNS Reaal N.V. (hierna: SNS Reaal)[2] en SNS Bank N.V. (hierna: SNS Bank).[3] werden gewezen, was het bijna twintig jaar geleden dat de Ondernemingskamer voor het eerst een concernenquête toestond. Dat gebeurde in de Bot Bouw Groep-beschikking.[4] Hoewel de concernenquête inmiddels ingeburgerd is, werd dit indertijd gezien als een gedurfde, zelfs controversiële, ontwikkeling.[5] De Ondernemingskamer koos voor deze aanpak, omdat de doeleinden en de daarmee verband houdende reikwijdte van het enquêterecht in dit geval slechts – volledig – tot hun recht kunnen komen indien het te bevelen onderzoek zich mede uitstrekt tot de dochtervennootschappen, aldus de Ondernemingskamer.[6]

Het duurde vervolgens vijf jaar voordat de Hoge Raad zich kon uitlaten over de concernenquête. In de tussentijd was het toewijzen van concernenquêtes uitgegroeid tot vaste jurisprudentie.[7] De Hoge Raad zette het sein op groen voor de concernenquête in de Landis-beschikking.[8] De belangrijkste overwegingen van de Hoge Raad waren de volgende:

‘3.3.4 Er bestaat, nu kapitaalverschaffers en werknemers wat hun toegang tot het middel van een enquête betreft zoveel mogelijk gelijk dienen te worden behandeld, geen grond de uit het vorenstaande blijkende opvattingen van de regering, die erop neerkomen dat de wet ruimte biedt voor wat in de literatuur wel wordt aangeduid als “een bevoegdheidsdoorbraak” en dat het in de eerste plaats aan de ondernemingskamer is om – zonodig – aan de ontwikkelingen op dat punt vorm te geven, niet ook tot uitgangspunt te nemen bij de beantwoording van de vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden aandeelhouders (waaronder hier mede certificaathouders worden begrepen) van de moedermaatschappij bevoegd zijn een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een (100%) dochtermaatschappij in te dienen. Uitgangspunt daarbij moet tevens zijn dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat het bij de toepassing daarvan uiteindelijk vooral aankomt op de economische werkelijkheid (vgl. HR 6 juni 2003, R 02/078, NJ 2003, 486, rov. 3.5.2).

3.3.5 Die economische werkelijkheid hield in dit geval naar het in cassatie onbestreden oordeel van de ondernemingskamer in dat Landis en haar drie 100% dochtermaatschappijen tezamen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden en dat er wat de samenstelling van de onderscheiden besturen betreft sprake was van een vrijwel volledige personele unie. In dit oordeel ligt besloten dat binnen de dochtermaatschappijen geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en

gevoerd bestuursbeleid, en dat derhalve het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappijen de belangen van VEB c.s. als aandeelhouders van Landis evenzeer en op gelijke wijze raakten als het beleid en de gang van zaken van Landis zelf.'

De Hoge Raad begint zijn motivering met de gelijkschakeling van werknemersorganisaties en aandeelhouders. Naar onze mening is dat punt van ondergeschikt belang. De kern zit hem in de driedelige redenering van de Hoge Raad die daarop volgt. In een meer logische volgorde gezet, komt deze hierop neer: (1) de economische werkelijkheid staat voorop in de enquêteprocedure; (2) daarom kunnen aandeelhouders in de moeder verzoeken om een enquête bij de dochter, indien het beleid en de gang van zaken van de dochter de belangen van de aandeelhouders van de moeder evenzeer en op gelijke wijze raken als die van de moeder zelf; en (3) dat aan die eis was voldaan vanwege het bestaan van een groep, namelijk een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding, en een volledige personele unie van besturen.

1.3 Analyse

Wat opvalt aan de rechtvaardiging van de concernenquête is dat gebruik wordt gemaakt van de combinatie van vage termen zoals de 'strekking van het enquêterecht' en de 'economische werkelijkheid'. Deze economische realiteit moet blijkbaar worden onderscheiden van andere werkelijkheden, waaronder de juridische werkelijkheid dat de lijst van enquêtebevoegden in artikel 2:346 BW limitatief is bedoeld. Dat de economische realiteit leidend is, volgt volgens de Hoge Raad uit de strekking van het enquêterecht.[9] Assink noemt dit kritisch een 'bezweringsformule'. [10] Assink meent dat de Hoge Raad een gemakkelijk excuus gebruikt om voorbij te gaan aan het limitatieve karakter van artikel 2:346 BW om uit te kunnen komen bij een gewenste uitkomst.

Waarom de concernenquête een gewenste uitkomst is, komt naar voren in de Bot Bouw Groep-beschikking. De Ondernemingskamer oordeelt dat het niet toestaan van een concernenquête in de weg staat aan het volledig realiseren van de doeleinden van het enquêterecht. Dat oordeel is ook vaag geformuleerd, maar laten we eens kijken naar waar het toe leidt wanneer een concernenquête niet tot de mogelijkheden behoort. Hoe moet je dan omgaan met de kwesties waarin thans een concernenquête wordt bevolen, bijvoorbeeld in het geval het beleid en de gang van zaken met betrekking tot (klein)dochtervennootschappen gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen?

Ten eerste zal soms informatie moeten worden onderzocht die alleen aanwezig is bij een (klein)dochtervennootschap. De onderzoeker dient dan medewerking te vragen aan de desbetreffende vennootschap. Wanneer de medewerking wordt geweigerd, kan een

machtiging van de Ondernemingskamer worden gevraagd.[11] Tegen die machtiging staat cassatie open.[12]

Ten tweede kan het beperken van de enquêteprocedure tot de topholding aanleiding geven tot discussies en procedures over de geheimhoudingsplicht van de onderzoeker. Het is de onderzoeker verboden om hetgeen blijkt bij het onderzoek verder bekend te maken dan zijn opdracht met zich brengt.[13] Als de enquêteprocedure alleen ziet op de topholding kan er discussie ontstaan over de vraag of informatie over (klein)dochtervennootschappen voldoende raakvlakken heeft met het onderwerp van het onderzoek om deze bekend te maken via het onderzoeksverslag. Ook daarover kan worden geprocedeerd.

De hierboven geschetste discussies en procedures kunnen het onderzoek (ernstig) compliceren en vertragen.[14] Dat verhoudt zich slecht tot de voortvarendheid waarmee een enquêteprocedure moet worden gevoerd.[15] Bovendien heeft het iets artificieels wanneer in een enquêteprocedure rekening wordt gehouden met de juridische verschillen tussen de verschillende entiteiten in het geval de groepsvennootschappen feitelijk als één organisatie functioneren en geen daadwerkelijke invulling geven aan hun (juridische) zelfstandigheid.

Aldus bezien is de concernenquête mogelijk, omdat het praktisch is. Wanneer we deze gedachte doortrekken, heeft het minder zin om de grenzen van de concernenquête te zoeken in de dogmatiek. Vragen over de mogelijkheden van de concernenquête – waarvan de Landis-beschikking vele openliet – zullen dan ook in de raadkamer op basis van praktische overwegingen worden beantwoord. Natuurlijk speelt ook mee dat de wetgever ruimte heeft gelaten voor een extensieve uitleg van het enquêterecht in concernverhoudingen,[16] maar dat is in onze ogen niet doorslaggevend voor de in de rechtspraak gemaakte keuzes.

2 Het begin van de SNS-concernenquête

De Vereniging van Effectenbezitters (hierna: VEB) en overige verzoekers (hierna: VEB c.s.) hebben de Ondernemingskamer verzocht om een concernenquête bij SNS Reaal, SNS Bank en SNS Property Finance B.V. (hierna: Property Finance).[17] Verzoekers waren, voor zover hier van belang, aandeelhouders van het beursgenoteerde SNS Reaal, maar niet van SNS Bank en Property Finance. SNS Bank was indertijd een volle dochter van SNS Reaal en Property Finance van SNS Bank.[18]

SNS Reaal, SNS Bank, Property Finance en de Staat der Nederlanden (hierna: SNS Reaal c.s. of de Staat c.s.) hebben zich onder meer op het standpunt gesteld dat VEB c.s. niet-ontvankelijk zijn in hun verzoek voor zover dit is gericht tegen SNS Bank, omdat het verzoek niet zou voldoen aan de vereisten voor een concernenquête. Voorafgaand aan de onderhavige beschikkingen was al een aantal beschikkingen geweest door de Ondernemingskamer en de

Hoge Raad. Daarin is vastgesteld dat VEB c.s. ontvankelijk waren in hun enquêteverzoek met betrekking tot SNS Reaal en dat – voor zover er al een concernenquête zou worden toegestaan – Property Finance daarin niet kon worden betrokken.[19] De vraag stond nog open of ook SNS Bank in de enquêteprocedure kon worden betrokken.

3 Het oordeel van de Ondernemingskamer

Bij beschikking van 26 juli 2018 oordeelde de Ondernemingskamer dat VEB c.s. ontvankelijk waren in hun enquêteverzoek ten aanzien van SNS Bank.[20] Het verweer van SNS Reaal c.s. dat een concernenquête alleen zou kunnen worden bevolen indien SNS Bank in geen enkel opzicht ten aanzien van SNS Reaal een zelfstandig bestuursbeleid had gevoerd, werd verworpen.

De Ondernemingskamer stond daarbij ook in algemene zin stil bij uitleg van de Landis-beschikking.[21] In de uitleg van de Ondernemingskamer was bepalend voor de toelaatbaarheid van een concernenquête of het beleid en de gang van zaken van SNS Bank de belangen van de aandeelhouders van SNS Reaal ‘evenzeer en op gelijke wijze raken als de gang van zaken van SNS Reaal zelf en dat dat ook het geval kan zijn indien SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van een eigen beleid’.[22]

Volgens ons was met die overweging de uitkomst al gegeven. De aandeelhouders van SNS Reaal zijn immers onmiskenbaar geraakt door de problemen bij Property Finance, de dochter van SNS Bank. Het zijn deze problemen die hebben geleid tot de onteigening van de aandeelhouders. De Ondernemingskamer overweegt dit ook met zoveel woorden in r.o. 3.16 (laatste zin) van haar beschikking.

De Ondernemingskamer houdt SNS Reaal en SNS Bank ook een spiegel voor wat betreft het (door hen) gevoerde beleid ten aanzien van Property Finance. SNS Reaal en SNS Bank hebben noch vooraf, noch in de enquêteprocedure een voor de buitenwereld kenbaar onderscheid gemaakt tussen het gevoerde beleid van SNS Reaal en het gevoerde beleid van SNS Bank ten aanzien van Property Finance. Volgens de Ondernemingskamer lijkt dit onderscheid ook niet daadwerkelijk te hebben bestaan.[23] De Ondernemingskamer acht het gekunsteld om daar in de enquêteprocedure wel een onderscheid tussen te maken. Volgens de Ondernemingskamer staat het maken van een onderscheid ook in de weg aan het verkrijgen van openheid van zaken.[24]

Het zijn deze overwegingen die in cassatie worden aangevallen. Naar onze mening zijn deze overwegingen van de Ondernemingskamer reeds voldoende om het toestaan van een concernenquête overtuigend te maken. De Ondernemingskamer baseert haar oordeel echter ook op de nauwe economische en organisatorische banden tussen SNS Reaal en SNS

Bank.[25] Zo hield SNS Reaal in de relevante periode alle aandelen in SNS Bank, die op haar beurt alle aandelen in Property Finance hield, bestond er een volledige personele unie tussen de raden van commissarissen van SNS Reaal en SNS Bank, had gemiddeld de helft van de bestuurders van SNS Reaal in de periode van 2006 tot de onteigening zitting in het bestuur van SNS Bank, waren bestuurders van SNS Reaal en SNS Bank vertegenwoordigd in het centrale risicocomité van Property Finance en in de kredietcommissie, had SNS Reaal ten aanzien van SNS Bank een zogenoemde 403-verklaring afgegeven, en bestond er ook financieel een sterke verbondenheid en afhankelijkheid tussen SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance. Tevens had SNS Reaal in haar jaarverslagen, aandeelhoudersvergaderingen en andere externe communicatie steeds informatie verschaft en verantwoording afgelegd over het gevoerde en te voeren beleid van SNS Bank (inclusief Property Finance) als onderdeel van haar concern.

4 Cassatiemiddelen

De Staat c.s. hebben tegen de beschikking van de Ondernemingskamer van 26 juli 2018 cassatieberoepen ingesteld.[26] De cassatiemiddelen brengen naar voren dat moet zijn voldaan aan drie cumulatieve vereisten om een concernenquête te kunnen toewijzen bij een 100%-dochtervennootschap, namelijk:

De moedervernootschap en haar dochtervennootschap vormen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding.

Wat de samenstelling van de onderscheiden besturen betreft is er sprake van een (vrijwel) volledige personele unie.

Binnen de dochtervennootschap is geen sprake van enig ten opzichte van de moedervernootschap zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid.

Alleen als aan deze eisen zou zijn voldaan, zouden het beleid en de gang van zaken van die dochtervennootschap de belangen van de aandeelhouders van de moedervernootschap evenzeer en op gelijke wijze raken als het beleid en de gang van zaken van de moedervernootschap zelf. De Staat c.s. lijken de Landis-beschikking dus zo te hebben gelezen dat deze casus de enige situatie betreft waarin een concernenquête kan worden bevolen.

Subsidiair verdedigen de Staat c.s. het standpunt dat als voorwaarde voor het kunnen instellen van een concernenquête altijd geldt dat binnen de dochtervennootschap geen sprake is van enig ten opzichte van de moedervernootschap zelfstandig bepaald en gevoerd beleid.

5 De SNS-beschikkingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad stelt voorop dat de wettelijke opsomming van enquêtebevoegden een limitatieve is.[27] Vervolgens geeft de Hoge Raad uitleg aan zijn Landis-beschikking. De Hoge Raad herhaalt dat de wetgever ruimte heeft geboden voor een bevoegdheidsdoorbraak, in de zin dat onder omstandigheden onder houders van aandelen of certificaten van aandelen als bedoeld in artikel 2:346 BW mede te begrijpen zijn houders van aandelen of certificaten van aandelen in de moedervennootschap van de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft. De Hoge Raad herhaalt verder dat de rechter aan rechtsontwikkeling kan doen ten aanzien van de vraag wanneer een concernenquête kan worden bevolen. Het uitgangspunt hierbij dient de economische werkelijkheid te zijn.[28]

De Hoge Raad verduidelijkt dat in de Landis-beschikking sprake was van een op dat geval toegespitst oordeel. Daarin heeft hij niet in algemene zin geoordeeld over de vraag in welke omstandigheden een concernenquête mogelijk is. Met dit oordeel verwerpt de Hoge Raad het standpunt van de Staat c.s. dat de Landis-beschikking zo moet worden gelezen dat die casus de enige situatie betreft waarin een concernenquête kan worden bevolen. De Landis-beschikking is dus slechts een voorbeeld van een geval wanneer een concernenquête mogelijk is.[29] Dit oordeel van de Hoge Raad is ook in lijn met de conclusie van A-G Timmerman.[30]

Vervolgens formuleert de Hoge Raad twee vereisten voor het aannemen van de bevoegdheid om een concernenquête te verzoeken. Ten eerste is vereist dat sprake is van een groep in de zin van artikel 2:24b BW.[31] De Hoge Raad volgt ook hierin de conclusie van A-G Timmerman.[32] Ten tweede is vereist dat de vennootschap ten aanzien waarvan op grond van artikel 2:346 BW om een enquête kan worden verzocht, het beleid van de andere vennootschap mede heeft bepaald als het gaat om de onderwerpen waarop het enquêteverzoek betrekking heeft.[33]

Daarna komt de Hoge Raad toe aan het beoordelen van onderhavig geval. De Hoge Raad oordeelt dat ten aanzien van SNS Reaal en SNS Bank aan beide voorwaarden is voldaan. De Hoge Raad wijst hierbij op specifieke overwegingen van de Ondernemingskamer. De Hoge Raad geeft een van deze overwegingen een nadere duiding. In de overweging van de Ondernemingskamer dat SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van zelfstandig beleid, ligt volgens de Hoge Raad besloten dat SNS Reaal het beleid van SNS Bank mede heeft bepaald.[34]

6 Implicaties van de SNS-beschikkingen voor de concernenquête

De cassatiemiddelen stonden een starre uitleg van de Landis-beschikking voor. Niet alleen wordt de Landis-beschikking door ons anders gelezen (zie par. 1.2), maar een starre uitleg is ook lastig te rijmen met de praktische motieven die lijken te steken achter het toestaan van de

concernenquête^[35] (zie par. 1.3). Indien de Hoge Raad was meegegaan in de cassatiemiddelen had dit tot de nodige juridische en procedurele complicaties geleid in de enquêteprocedure (zie par. 1.3). In die zin verbaast het ons dan ook niet dat de cassatiemiddelen niet slagen.

De Landis-beschikking heeft tot veel discussie geleid in de literatuur.^[36] De Hoge Raad komt de praktijk enigszins tegemoet door (een deel van) de Landis-maatstaf te verduidelijken, dan wel te vervangen door aan te sluiten bij het groepsbegrip van artikel 2:24b BW.^[37]

Tegelijkertijd roepen de (nieuwe) vereisten die de Hoge Raad heeft geformuleerd ook weer vragen op. In de literatuur is erop gewezen dat het groepsbegrip van artikel 2:24b BW vaag is.^[38] Daarom is ook wel gepleit om aan te haken bij het begrip dochtermaatschappij in de zin van artikel 2:24a BW, dat meer houvast biedt. De Hoge Raad lijkt echter A-G Timmerman te volgen, die meent dat het enkele feit dat het gaat om een dochtermaatschappij niet voldoende is voor het kunnen instellen van een concernenquête.^[39] Door Bartman en Jager wordt bepleit dat indien sprake is van een dochtermaatschappij (in de zin van art. 2:24a BW), moet worden vermoed dat sprake is van een groepsmaatschappij (in de zin van art. 2:24b BW), tenzij deze dochtervennootschap het tegendeel bewijst.^[40] Wij denken echter dat de Ondernemingskamer de handen vrij wil houden om de bewijslast anders te verdelen en zich niet wil binden aan verplichte (bewijs)vermoedens.

Nu aangesloten wordt bij het groepsbegrip van artikel 2:24b BW kan de vraag worden gesteld of een concernenquête ook mogelijk is bij andere (groeps)vennootschappen dan 100%-dochtervennootschappen.^[41] Wij menen van wel, omdat een aandelenbezit van 100% niet vereist is voor het aannemen van een economische eenheid en een organisatorische verbondenheid in de zin van artikel 2:24b BW. Het gaat dan niet alleen om een doorbraak naar een kleindochtervennootschap,^[42] maar ook om een doorbraak naar een groepsvennootschap waarvan niet alle aandelen worden gehouden binnen de groep.

Daarnaast is er natuurlijk de vraag wanneer een groepsvennootschap dusdanig veel beleidsvrijheid heeft dat niet meer is voldaan aan het vereiste dat de andere vennootschap het beleid van deze groepsvennootschap mede heeft bepaald. Waar de grens ligt, is onduidelijk en zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Het lijkt ons niet nuttig lang stil te staan bij deze vraag. Wij vermoeden namelijk dat wanneer het onpraktisch en gekunsteld is om een groepsvennootschap buiten de enquête te houden, al snel geoordeeld zal worden dat voldaan wordt aan de vereisten die de Hoge Raad heeft geformuleerd in de SNS-beschikkingen.

Het valt verder op dat de Hoge Raad niet met zoveel woorden rept over het oordeel van de Ondernemingskamer dat zij de Landis-beschikking zo begrijpt dat doorslaggevend is of het beleid en de gang van zaken van SNS Bank de belangen van de aandeelhouders van SNS Reaal

‘evenzeer en op gelijke wijze raken’ als het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal zelf.[43] Dit ‘raken’-vereiste uit de Landis-beschikking komt wel aan bod bij de cassatiemiddelen en de bespreking daarvan door A-G Timmerman in zijn conclusie.[44] Het is mogelijk dat de Hoge Raad er automatisch van uitgaat dat de aandeelhouders van de moedervennootschap ‘geraakt’ worden door de gang van zaken bij de dochtervennootschap als de moedervennootschap het beleid mede heeft bepaald. Het is echter ook mogelijk dat de Hoge Raad voornoemd ‘raken’-criterium heeft losgelaten en nu twee nieuwe regels heeft geformuleerd voor het aannemen van de bevoegdheid om een concernenquête te verzoeken. Wij menen dat het ‘raken’-criterium thans is verdisconteerd in – en mede invulling geeft aan – het vereiste dat de vennootschap ten aanzien waarvan op grond van artikel 2:346 BW om een enquête kan worden verzocht, het beleid van de andere vennootschap mede heeft bepaald als het gaat om de onderwerpen waarop het enquêteverzoek betrekking heeft.[45] Door deze onderwerpen aan de orde te stellen brengen verzoekers immers tot uitdrukking dat een en ander hen raakt, terwijl (het desbetreffende deel van) het verzoek zal worden afgewezen als een en ander onvoldoende gewicht heeft.[46]

Een ander punt is dat de term ‘strekking van het enquêterecht’ sinds de Landis-beschikking een andere, ruimere betekenis heeft gekregen in de rechtspraak.[47] Ook in de SNS-beschikkingen wordt deze term weer gebruikt voor het legitimeren van de bevoegdheidsdoorbraak waarmee de concernenquête gepaard gaat. De vraag kan worden gesteld of de verdere ontwikkeling van deze term mogelijkheden biedt voor verdere bevoegdheidsdoorbraken. Zo is in de Slotervaartziekenhuis-beschikking[48] onderkend dat het enquêterecht er mede toe strekt dat de minderheid van de aandeelhouders wordt beschermd tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid.[49] Wanneer deze lijn wordt doorgetrokken, kan worden geredeneerd dat er ook ruimte zou moeten zijn voor een bevoegdheidsdoorbraak naar andere vennootschappen die zijn betrokken bij dit (gestelde) misbruik, ook als deze geen deel uitmaken van de groep. Tegen deze redenering pleit echter dat de Hoge Raad voor een bevoegdheidsdoorbraak vooralsnog[50] lijkt te vereisen dat sprake is van groepsvennootschappen als bedoeld in artikel 2:24b BW. Ten aanzien van groepsvennootschappen (als bedoeld in art. 2:24b BW) die bij het misbruik zijn betrokken, is een bevoegdheidsdoorbraak wel mogelijk. Mede gezien de Slotervaartziekenhuis-beschikking verwachten wij dat in dergelijke situaties veelal zal worden aangenomen dat is voldaan aan het criterium dat het beleid van de groepsvennootschappen ten aanzien van dit misbruik (mede) is bepaald door de vennootschap ten aanzien waarvan op grond van artikel 2:346 BW om een enquête kan worden verzocht.

7 Slotopmerking

Twintig jaar geleden stond de Ondernemingskamer voor het eerst een concernenquête toe in

de Bot Bouw Groep-beschikking. Indertijd werd dit gezien als een controversiële ontwikkeling. In de Landis-beschikking gaf de Hoge Raad geen algemeen oordeel over de vraag in welke omstandigheden een concernenquête mogelijk is. De Hoge Raad ging niet verder dan een oordeel over de specifieke casus die daar aan de orde was.

Zowel voor als na de Landis-beschikking heeft de Ondernemingskamer vele verzoeken tot het doen gelasten van een concernenquête toegewezen. Dat het gelasten van een concernenquête als controversioneel werd gezien, is nu haast niet meer voor te stellen. In de SNS-beschikkingen heeft de Hoge Raad een meer algemene formulering van vereisten gegeven die nodig zijn voor de bevoegdheid om een concernenquête te verzoeken. De vereisten die de Hoge Raad in de SNS-beschikkingen formuleert, lijken voor de praktijk eenvoudiger toepasbaar en wel zonder dat dit ten koste gaat van de flexibiliteit.

Noten

[1] HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8831 (De Vries Robbé I).

[2] SNS Reaal heeft een naamswijziging ondergaan en heet nu SRH N.V.

[3] SNS Bank heeft een naamswijziging ondergaan en heet nu De Volksbank N.V.

[4] Hof Amsterdam (OK) 27 april 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AG3797, JOR 2000/127 m.nt. Van den Ingh (Bot Bouw Groep).

[5] Zie bijv. de kritische noot van Van den Ingh in JOR 2000/127. Josephus Jitta achtte de concernenquête zonder wetwijziging niet mogelijk, zie zijn noot bij JOR 2002/192, nr. 4.

[6] De Ondernemingskamer verwees hierbij naar de uitspraak van de Hoge Raad van 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/466 (Ogem).

[7] Aldus annotator Stevens in zijn noot (JOR 2003/282) bij de eerste concernenquête-beschikking die uiteindelijk de Hoge Raad bereikte. Zie voor een overzicht van de desbetreffende rechtspraak R.P. Jager, De concern(genoten)enquête (VDHI nr. 158), Deventer: Wolters Kluwer 2019/7.2.

[8] HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899 (Landis). Uit zijn noot bij de uitspraak van de Hoge Raad blijkt overigens dat Van den Ingh kritisch blijft over de concernenquête, zie JOR 2005/58.

[9] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:479 (SNS), r.o. 3.3.

[10] Zie de noten van Assink bij Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2779, AA20150678 (SNS), p. 684 en HR 11 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:905, AA20140732 (Slotervaartziekenhuis), p. 741-742. Zie kritisch over het gebruik van de term 'economische werkelijkheid', J.M. Blanco Fernández, De rechter en de economische werkelijkheid, *Ondernemingsrecht* 2015/21.

[11] Art. 2:351 lid 2 BW. Dat het niet vanzelfsprekend is dat een nauw verbonden vennootschap zonder meer alle informatie moet aanleveren, kan worden afgeleid uit HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0505, NJ 2011/306 (EMBA-II): 'De wettelijke kapitaalseis van art. 2:346, aanhef en onder b, vindt zijn rechtvaardiging in de omstandigheid dat het instellen van een enquête om diverse redenen bezwarend is voor de desbetreffende vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarom wordt een minimale steun van het verzoek verlangd, gemeten aan – in gevallen als deze – het bezit van aandelen, of certificaten van aandelen, van de vennootschap.'

[12] Van Wees, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:351 BW, aant. 4.4.

[13] Art. 2:351 lid 4 BW.

[14] Natuurlijk is denkbaar dat deze complicaties uiteindelijk in de praktijk niet (steeds) opspelen, of dat daar in de rechtspraak (uiteindelijk) een bevredigende oplossing voor wordt gevonden. Dat neemt niet weg dat het ons meer realistisch voorkomt dat, in de gevallen dat de belangen groot genoeg zijn, dit wel kan spelen.

[15] Vgl. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010 (Laurus): 'Onder deze omstandigheden en mede gelet op de aard van de tweede procedure van de enquête, waarin de wetgever – zoals blijkt uit de citaten uit de wetsgeschiedenis die zijn vermeld onder 3.6o van de conclusie van de Advocaat-Generaal – eveneens spoed geboden achtte, moet worden aangenomen dat de ondernemingskamer niet is gehouden in te gaan op een aanbod tot bewijslevering. Daarom komt aan commissarissen, hoezeer zij ook blijkens het hiervoor overwogene belang hebben bij het desbetreffende oordeel van de ondernemingskamer, in de tweede procedure van de enquête ook niet het recht toe tegenbewijs te leveren tegen voor hen nadelige bevindingen van de door de ondernemingskamer benoemde onderzoekers.'

[16] Kamerstukken II 1991/92, 22400, nr. 3, p. 14.

[17] Property Finance heeft een naamswijziging ondergaan en heet nu Propertize B.V.

[18] De casus behoeft geen introductie bij de lezers van dit tijdschrift. We beperken ons daarom tot de feiten die nodig zijn voor de zelfstandige leesbaarheid van deze bijdrage. Deze komen ook ter sprake in de volgende paragraaf.

[19] Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2779 (SNS). Tegen dit oordeel is geen cassatie ingesteld. Een en ander hing samen met de wijze waarop was geprocedeerd. Zie hierover de noot van Eikelboom bij Hof Amsterdam 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS) (Ondernemingsrecht 2019/41, par. 3.2).

[20] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS).

[21] HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899 (Landis).

[22] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS), r.o. 3.14.

[23] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS), r.o. 3.17.

[24] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS), r.o. 3.18.

[25] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651 (SNS), r.o. 3.15.

[26] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS) en HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:479 (SNS).

[27] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS), r.o. 3.1.

[28] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS), r.o. 3.3.

[29] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS), r.o. 3.3.

[30] Timmerman in zijn conclusie bij de hier besproken SNS-beschikkingen (ECLI:NL:PHR:2019:1059), par. 3.28. Zie ook A. van Wees & F. Eikelboom, Overvloed en onbehagen aan het IJdok; kroniek enquêterecht 2017, in: Y. Borrius e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018, Deventer: Wolters Kluwer 2018,

par. 7.1.1.

[31] Uiteraard dient de verzoeker ten aanzien van een van de vennootschappen te voldoen aan art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b of c, BW.

[32] Timmerman in zijn conclusie bij de hier besproken SNS-beschikkingen: ECLI:NL:PHR:2019:1059, par. 3.28.

[33] HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS), r.o. 3.4.

[34] Het feit dat SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van zelfstandig beleid staat daaraan niet in de weg. Zie ook Timmerman in zijn conclusie (par. 3.59) bij de hier besproken SNS-beschikkingen (ECLI:NL:PHR:2019:1059), r.o. 3.3.

[35] Let wel, de feitenrechter (OK) merkt zelf op dat zij bij de rechtspleging niet goed uit de voeten kan met een enquête die beperkt is tot het niveau van de moedervenootschap. De Hoge Raad lijkt gevoelig voor dat argument. Het siert de Hoge Raad dat hij aldus de rechtspraak in feitelijke instanties steunt, in plaats van dat hij het deze moeilijk maakt om dogmatische redenen.

[36] Zie ook Timmerman in zijn conclusie bij de SNS-beschikkingen (ECLI:NL:PHR:2019:1059), par. 3.13 en de verwijzingen naar de literatuur aldaar.

[37] Art. 2:24b BW luidt als volgt: 'Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.'

[38] Zie Bartman in zijn noot bij de SNS-beschikking van Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018 in JOR 2018/275, nr. 8. Zie ook S.M. Bartman & R.P. Jager, De concernenquête: moeizaam laveren tussen processuele zekerheid en economische werkelijkheid, AA 2020, p. 584.

[39] Timmerman in zijn conclusie bij de hier besproken SNS-beschikkingen (ECLI:NL:PHR:2019:1059), par. 3.33.

[40] Zie noot 38.

[41] Door sommige auteurs werd uit de Landis-beschikking afgeleid dat een concernenquête

alleen mogelijk is bij een volle dochtervennootschap. Zie bijv. Maeijer in zijn noot bij HR 4 februari 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AR8899, NJ 2005/127, nr. 3.

[42] Zie ook Timmerman in zijn conclusie bij de Landis-beschikking (ECLI:NL:PHR:2005:AR8899), par. 2.15. Zie hierover ook P.M. Storm, Corporate litigation bij de Ondernemingskamer, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 167.

[43] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, r.o. 3.14.

[44] Timmerman in zijn conclusie bij de hier besproken SNS-beschikkingen (ECLI:NL:PHR:2019:1059), par. 3.33.

[45] Iets dergelijks is eerder, aldus voordat de onderhavige SNS-beschikkingen werden gewezen, bepleit door Spruitenburg. Zie hierover K. Spruitenburg, De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV (VDHI nr. 153), Deventer: Wolters Kluwer 2018/6.6.

[46] Vgl. Bartman & Jager 2020, p. 584, met verwijzing naar de conclusie van de A-G (ECLI:NL:PHR:2019:1059), par. 3.33 en 3.35.

[47] Zie hierover F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (IVOR nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017/2.2.1.

[48] HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:905 (Slotervaartziekenhuis), r.o. 5.3.2.

[49] Denk bijv. aan de situatie dat vennootschappen waarin minderheidsaandeelhouders een (indirect) belang houden onzakelijke transacties aangaan, waardoor de meerderheidsaandeelhouder wordt bevoordeeld, of dat deze vennootschappen niet ageren tegen tekortkomingen door de meerderheidsaandeelhouder.

[50] Hierbij merken wij op dat het oordeel van Hoge Raad in de SNS-beschikkingen niet is uitgesproken ten aanzien van een casuspositie waarbij (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheidsaandeelhouder ten opzichte van minderheidsaandeelhouders centraal stond. Het is nog niet uitgemaakt of in een dergelijke casuspositie ook (strikt) aan het vereiste van art. 2:24b BW wordt vastgehouden.