

Het goudschaaltje van Ingelse

Over de enquêtebevoegdheid van afgeleid-gerechtigden

Inleiding

Peter Ingelse heeft de goede gewoonte van de vorige voorzitter van de Ondernemingskamer om zich te storten in het actuele, juridische debat tot op zekere hoogte overgenomen. Een van zijn fraaiste pennenvruchten vind ik zijn poging om, zoals hij het zelf formuleert, ‘enige ordening aan te brengen’ in de lastige problematiek van medeondernemerschap in de WOR en de concernenquête, alsmede de samenhang tussen die twee uitvindingen van de Ondernemingskamer.¹ Constructies, die er wezenlijk toe strekken om vanuit het ondernemingsrecht enige greep te krijgen op de economische werkelijkheid, zoals die onder meer – maar zeker niet alleen – tot uitdrukking komt in het concernverband. Het lijkt interessant om de visie van Ingelse op deze rechtsvormende factor, zoals in zijn artikel naar voren gebracht, af te zetten tegen de nadien verschenen rechtspraak en literatuur over de enquêtebevoegdheid van degenen die niet zelf direct aandeel- of certificaathouder in de vennootschap zijn, maar daaraan wel een eigen economisch belang ontlenen (hierna: ‘afgeleid-gerechtigden’). Ik doel hierbij vooral op de Chinese Workers-beschikkingen van Ondernemingskamer en Hoge Raad, alsmede die inzake het Slotervaartziekenhuis.² Omdat deze beschikkingen in de literatuur al uitgebreid zijn besproken, zal ik mij hieronder beperken tot enkele punten die naar mijn gevoel nog wat onderbelicht zijn gebleven. Dit, net als Peter Ingelse deed, in een poging enige ordening aan te brengen in deze lastige materie.

Het ‘raken-vereiste’ uit Landis

In zijn analyse van de Landis-beschikking van de Hoge Raad, waarbij de aandeelhouders in de holding tevens bevoegd werden verklaard om een enquête te verzoeken op dochterniveau, wijst Ingelse op kernoverweging 3.3.5. Deze neemt de economische werkelijkheid als uitgangspunt (zie r.o. 3.3.4) en vervolgt dan:

‘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

* Prof. mr. S.M. Bartman, advocaat te Amsterdam en hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden. Wordt bij gelegenheid benoemd tot onderzoeker in een enquêteprocedure.

1 P. Ingelse, Mede-ondernemen en concernenquête, Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming, 2012, Nr. 1, pag. 27-33. Zie over de samenhang tussen WOR en enquêterecht in dit verband ook de mooie beschouwing van F.G. Laagland, IPR-problemen in de WOR en het enquêterecht, Arbeidsrechtelijke Annotaties 2013, pag. 33-49.

2 Vgl. HR 29 maart 2013, NJ 2013/304, m.nt. PvS, JOR 2013/166, m.nt. Doorman (Chinese Workers) en HR 11 april 2014, NJ 2014/296, m.nt. PvS, JOR 2014/259, m.nt. Olden, Ondernemingsrecht 2014/124, m.nt. Bulten, AA 2014, p. 732, m.nt. Assink (Slotervaartziekenhuis).

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. Dit in aanmerking genomen, heeft de ondernemingskamer met juistheid geoordeeld dat, zoals in rov. 3.18 besloten ligt, VEB c.s. als aandeelhouders van Landis mede bevoegd waren tot het indienen van een verzoek als bedoeld in art. 2:345 BW betreffende de hiervoor bedoelde dochtermaatschappijen.³

Ingelse vraagt zich af, gebruik makend van een goudschaaltje, hoe het bovenstaande ‘raken-vereiste’, zoals hij het noemt, als doorslaggevende factor voor een bevoegdheidsdoorbraak precies moet worden geduid.⁴ Indien het gaat om de vraag of en zo ja in welke mate een aandeelhouder ‘in zijn portemonnee wordt getroffen’, spreekt hem dit criterium weinig aan. Hij herkent hierin dan slechts het algemene procesbeginsel van geen vordering zonder belang en vervolgt: ‘De vraag is dan ook gerechtvaardigd of het “raken-vereiste” wel zo’n prominente positie in kan nemen en of het niet beter is het zwaartepunt te leggen bij het element dat de Hoge Raad daaraan vooraf laat gaan: het al of niet ten opzichte van de moeder zelfstandig bepaalde en gevoerde bestuursbeleid, zoals zich dat – onder meer – kan voordoen bij een economische en organisatorische eenheid met de 100% dochter (of wellicht ruimer: verbonden rechtspersoon), bij gemeenschappelijke leiding en/of bij een personele unie. Ontbreekt een zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid geheel, met andere woorden: bepaalt de moeder het bestuursbeleid van haar dochter volledig, dan is doorbraak aangewezen.’

Ik heb de indruk dat Ingelse het door de Hoge Raad in Landis verwoorde ‘raken-vereiste’ hier iets te beperkt uitlegt. Dat is jammer omdat juist dit vereiste, indien ruim opgevat, bij uitstek geschikt lijkt om enige samenhang te brengen in de rechtspraak over enquêtebevoegdheid van afgeleid-gerechtigden. Hier wreekt zich mij dunkt het verschijnsel dat juristen (en andere niet-economen) het adjectief ‘economisch’ veelal synoniem achten met ‘financieel’. Dat is een misvatting. ‘Economisch’ ziet heel algemeen op het keuzegedrag van mensen in hun omgang met schaarse middelen. Dat keuzegedrag manifesteert zich niet alleen via een in valuta uitgedrukt prijsmechanisme, maar ook via sociale instituties, zoals de overheidsorganisatie, collectieve verzekeringen, medezeggenschap en de inrichting van de vennootschap. Feitelijk bestaande beleidsinvloed binnen vennootschappelijk verband is in zoverre niet minder ‘economisch’ dan de koers van het aandeel en de hoogte van het dividend. Omdat het hier een hardnekkig terugkerend misverstand betreft, is het misschien beter om in de rechtspraak de aanduiding ‘economisch’ maar helemaal te vermijden.

Naar mijn mening heeft de Hoge Raad met boven-geciteerde overweging uit de Landis-beschikking in elk geval het oog op een ruimere duiding van de economische werkelijkheid dan louter de portemonnee van verzoeker. Het woord ‘derhalve’ brengt immers juist een redengevende verbinding aan tussen de beleidsinvloed van de moedermaatschappij – of juist het achterwege blijven daarvan – en het daardoor ‘geraakt’ kunnen worden van haar aandeel- en

3 HR 4 februari 2005, NJ 2005, 127, m.nt. Ma, JOR 2005/58, m.nt. I (Landis). Onderstrepingen door auteur.

4 Ingelse, t.a.p. pag. 32.

certificaathouders vanwege de gevolgen op dochterniveau. Die beleidsinvloed staat dus centraal. Voor een doorbraak van enquêtebevoegdheid in concernverband is het dan ook niet per se noodzakelijk dat de verzoeker aantoont dat – en de mate waarin – hij daardoor (ook) financieel kan worden geraakt. Met andere woorden, het door Ingelse bepleite standpunt is reeds geldend recht.

De economische werkelijkheid omvat in de visie van de Hoge Raad mij dunkt meer dan louter de financiële werkelijkheid. In de praktijk zullen beide effecten – beleidsinvloed en portemonnee – overigens veelal samengaan. Landis leert derhalve dat de aandeelhouder in de holding die aantoont dat hij in voldoende mate – dat wil zeggen, gelijk een directe aandeel- of certificaathouder – financieel en/of qua beleidsinvloed door de gang van zaken bij de (dochter)vennootschap kan worden geraakt, (ook) enquêtebevoegdheid bij die laatste vennootschap toekomt. Hieronder doe ik een poging dit criterium nog wat nader te omlijnen en door te trekken naar de positie van andere afgeleid-gerechtigden.

Casuïstiek en dogmatiek

Een belegger in het aandelenkapitaal van een holdingmaatschappij is natuurlijk bij uitstek een afgeleid-gerechtigde in het vermogen en de winstpotentie (*goodwill*) van haar dochtervennootschap. Maar de economische werkelijkheid levert ook andere verhoudingen die iemand de positie van afgeleid-gerechtigde in de vennootschap kunnen verschaffen. Steeds kan dan de vraag opkomen of die positie ook de toekenning van enquêtebevoegdheid rechtvaardigt. De varianten die tot nu op het bord van de Hoge Raad zijn gelegd, betreffen – in hun essentie teruggebracht – de volgende feitenconstellaties:

- i degene met een ‘vruchtgebruik’ op certificaten van aandeel in de vennootschap, zonder rechtstreekse contractuele band met de aandeelhouder (Scheipar, NJ 2003/486);
- ii de minderheidsaandeelhouder in de Nederlandse holdingmaatschappij van een 100%-dochtervennootschap, met een nagenoeg personele unie op bestuursniveau (Landis, NJ 2005/127);
- iii degene met een aanspraak op een onverdeelde nalatenschap, waarvan certificaten van aandeel in de vennootschap deel uitmaken (Butôt, NJ 2010/665);
- iv degene die als *primary beneficiary* van enkele buitenlandse trusts via diverse ondergeschakelde, buitenlandse vennootschappen deelneemt in het kapitaal van de vennootschap (Bamford, NJ 2011/338);
- v de minderheidsaandeelhouder in de buitenlandse holdingmaatschappij van de vennootschap (Chinese Workers, NJ 2013/304);
- vi de minderheidsaandeelhouder in de Nederlandse holdingmaatschappij met een kapitaalbelang van ruim 62% in de vennootschap (Slotervaartziekenhuis, NJ 2014/296).

De rechtspraak over enquêtebevoegdheid van deze afgeleid-gerechtigden is lastig toegankelijk want erg casuïstisch van aard. In de gevallen i t/m iii en v werd enquêtebevoegdheid toegekend, in de gevallen iv en vi echter niet. Waarom in het ene geval wel en in het andere niet, is niet altijd even duidelijk. De internationale financieringspraktijk is buitengewoon creatief. Ongetwijfeld bestaan er dan ook nog vele andere derivatieposities in de vennootschap. Sommige daarvan zullen mogelijk ook aan de Ondernemingskamer en eventueel in cassatie

aan de Hoge Raad worden voorgelegd, met het oog op enquêtebevoegdheid. Het spreekt mij daarom niet aan om enkele van bovengenoemde varianten eruit te lichten en deze aan te duiden als ‘hoofdscenario’s’.⁵ Wie dat doet, houdt casuïstiek voor dogmatiek.

De Chinese Workers- en Slotervaartziekenhuis-beschikkingen van de Hoge Raad hebben niet echt de duidelijkheid gebracht waarop was gehoopt. Voor de rechtszekerheid valt daarom te vrezen.⁶ Het beslissende criterium dat de Hoge Raad, met verwijzing naar de strekking van het enquêterecht, hanteert, ziet op de vraag of *‘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 art. 2:346, aanhef en onder b, BW, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders.’*⁷

Sinds de beschikking van de Hoge Raad inzake Slotervaartziekenhuis weten we wel dat het enkele *indirecte* bezit van – ten minste – 10% van de aandelen in de vennootschap niet zonder meer en onder alle omstandigheden tot enquêtebevoegdheid leidt. Het hoeft niet te verbazen dat de Hoge Raad niet werd verleid tot instemming met deze in het cassatiemiddel vervatte, categorische stellingname. Het geciteerde criterium maakt de vraag naar enquêtebevoegdheid van afgeleid-gerechtigden immers bij uitstek tot een feitelijke kwestie, waarbij telkens de omstandigheden van het geval beslissend zullen zijn. Dit, ter beoordeling van de Ondernemingskamer als exclusief bevoegde feitenrechter in dezen. De Hoge Raad heeft die vraag in Chinese Workers kennelijk verwezen naar het rijk der feiten, zoals hij dat eerder deed met het heikele probleem van het tegenstrijdig belang.⁸ Daarbij past geen nadere invulling die voor alle – of zelfs maar voor een reeks van – gevallen, zonder meer en onder alle omstandigheden opgaat. Assink spreekt terecht van een ‘nogal botte, ongenueanceerde, van de context abstraherende benadering.’⁹ Anders dan Timmerman wil doen geloven is, voor zover ik weet, de ongenueanceerde stellingname van het middel ook in de literatuur door niemand verdedigd, in elk geval niet door Van Schilfgaarde en de schrijvers van Van het concern.¹⁰

Het raken-vereiste als overkoepelend ex ante-criterium

Goed lezen is moeilijk. Laten we de maatstaf uit de Chinese Workers-beschikking nog eens op het goudschaaltje van Ingelse leggen. Of, misschien beter uitgedrukt, op een goudzeefje. Als we vervolgens goed schudden, wat blijft er dan van over? Mij dunkt alleen de termen

- 5 Vgl. Assink in B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 2), Deventer: Kluwer, 2013, § 91, vanaf pag. 1618. Zie ook B.F. Assink, De ‘economische werkelijkheid’ in het Nederlandse ondernemingsrecht, WPNR 2014/7037, pag. 1031-1043. Zie over dit thema eerder S.M. Bartman en F.J.P. van den Ingh, De economische werkelijkheid in het ondernemingsrecht, meer in het bijzonder in het enquêterecht. Een e-maildialoog, in Christels Koers, *liber amicorum* voor Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, Serie Onderneming en recht, deel 79, Deventer: Kluwer, pag. 45-53.
- 6 Evenzo Paul Storm, WPNR 2014/7037, pag. 1029 en 1044, in reactie op de bijdragen van respectievelijk Timmerman en Assink aan deze speciale uitgave over Corporate litigation.
- 7 HR Chinese Workers, r.o. 3.5.
- 8 HR 29 juni 2007, NJ 2007/420, m.nt. Ma, JOR 2007/169, m.nt. Leijten en Bartman (Bruil).
- 9 B.F. Assink, Enquêtebevoegdheid ex artikel 2:346 BW bij een kapitaalvennootschap en ‘de strekking’ van het enquêterecht. Van *Chinese Workers* naar *Slotervaartziekenhuis*, *Ars Aequi*, oktober 2014, pag. 732-742.
- 10 L. Timmerman, Der Ring des Nibelungen en het ondernemingsrecht, WPNR 2014/7037, pag. 1026-1029.

- verschaffer van risicodragend kapitaal
- eigen economisch belang
- op één lijn stellen

De rest van de overweging verwijst welbeschouwd immers slechts naar de rechtsvraag die hier voorligt. Dient de afgeleid-gerechtigde in kwestie met een aandeel- of certificaathouder in het enquête-procesrecht te worden gelijkgesteld of niet? *That is the question.*

Blijkens bovengenoemde rechtspraak moeten we het vereiste van risicodragend kapitaal verschaffen niet al te letterlijk nemen. Ook uiterst indirecte en niet zelf gekozen ‘kapitaalverschaffing’ blijkt hier onder te (kunnen) vallen, zie de Butôt-casus.

Over het eigen economisch belang als kernvereiste heb ik hiervoor al gesproken. ‘Economisch’ beperkt zich niet tot slechts een aantoonbaar financieel belang. Ook het enkele beleidsbelang van de afgeleid-gerechtigde kan van voldoende (bevoegdheids-)gewicht zijn. Het enquêterecht strekt immers ook niet tot bescherming van louter het financieel belang van de directe aandeel- of certificaathouder.

Blijft over het vereiste van het op één lijn kunnen stellen. Is dat niet hetzelfde als gelijkstellen? Men zou nog de nuance kunnen aanbrengen dat op één lijn stellen ziet op de arbeid – de heuristisch – die door de feitenrechter (Ondernemingskamer) moet worden verricht, terwijl de gelijkstelling ziet op het resultaat daarvan, zijnde enquêtebevoegdheid van de afgeleid-gerechtigde. Niettemin vermoed ik dat de Hoge Raad met beide uitdrukkingen hetzelfde heeft willen aanduiden, namelijk het proces van rechtsvinding dat in dit soort gevallen aangewezen is. Volgens Van Dale zijn hyponiemen voor gelijkstellen: ‘alles over één kam scheren, iedereen over één kam scheren, *vereenzelvigen met.*’ Het lijkt er inderdaad op alsof de Hoge Raad met rechtsoverweging 3.5 uit zijn Chinese Workers-beschikking het wat beladen woord ‘vereenzelviging’ enigszins krampachtig heeft willen vermijden, maar dit wel degelijk heeft beoogd.¹¹ Deze termvlucht is spijtig, omdat het een verdere doctrinaire ontwikkeling van vereenzelviging als methode van rechtsvinding, specifiek geschikt voor concernverhoudingen, weliswaar niet tegenhoudt maar toch ook niet bevordert.¹²

Wat daar ook van zij, juist in het vereiste van het op één lijn kunnen stellen met een directe aandeel- of certificaathouder schuilt de stelplicht en bewijslast die in beginsel rusten op de afgeleid-gerechtigde die enquêtebevoegdheid claimt. Het door Ingelse gesignaleerde rakenvereiste kan hier een centrale en overkoepelende rol vervullen. De afgeleid-gerechtigde zal aannemelijk moeten maken dat hij in financieel opzicht en/of in zijn beleidspositie door de gang van zaken bij de vennootschap kan worden ‘geraakt’, gelijk een directe certificaat- of aandeelhouder dit kan.

11 Vgl. Paul Storm, WPNR 2014/7037, pag. 1030.

12 Zie voor een fraaie uiteenzetting hieromtrent bij onze zuiderburen, Arie van Hoe, *Funktionswandel* in het groepsrecht: de (on)mogelijkheid tot vereenzelviging van groepsvennootschappen. In Arie van Hoe en Melissa Vanmeenen (eds.), *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2013, pag. 1-22. Zie voorts het wat te volumineus uitgevallen, maar toch erg informatieve proefschrift van Jan Elbers, *Misbruik van het identiteitsverschil en crediteursbenadeling. Een onderzoek naar vereenzelviging en klassieke vormen van redres*, uitgeverij Paris, 2014.

Het zij onderstreept dat het hier een ex ante-criterium betreft. De nadere uitleg van Chinese Workers door de Hoge Raad in Slotervaartziekenhuis doet daar niet aan af. Waar het om gaat is de vraag of de afgeleid-gerechtigde, alle omstandigheden in aanmerking genomen, feitelijk in een zodanig gelijke positie als de directe aandeel- of certificaathouder verkeert, dat hij net als deze door het beleid en de gang van zaken in de vennootschap *kan worden* geraakt en derhalve gelijkstelling in het enquêterecht gerechtvaardigd is. Deze vaststelling is niet onbelangrijk voor de stelplicht en bewijslast van de afgeleid-gerechtigde. Of en de mate waarin hij al dan niet reeds daadwerkelijk in zijn – financieel of beleidsmatig – belang *is geraakt* ten tijde van het verzoek, mag geen rol spelen bij de vraag naar zijn enquêtebevoegdheid. Dat speelt immers ook geen rol bij de beoordeling van de bevoegdheid van degenen die wel uitdrukkelijk enquêtebevoegd zijn verklaard in art. 2:346 BW. De door de Hoge Raad beoogde gelijkenschakeling dient ook in dat opzicht door te werken.

Ook hier ligt overigens weer een parallel met het vraagstuk van het tegenstrijdig belang van – voorheen – art. 2:146/256 BW, thans art. 2:129/239 lid 6, respectievelijk art. 2:140/250 lid 5 BW. Weliswaar heeft de Hoge Raad in het Bruil-arrest ook de concrete duiding hiervan verwezen naar het – in beginsel buiten zijn domein liggende – rijk der feiten, hij leert wel dat de vennootschap niet per se in alle gevallen benadeeld hoeft te zijn, respectievelijk te worden, door het bestuurlijk handelen met tegenstrijdig belang.¹³ Potentiele benadeling is uiteraard wel vereist. Immers daarzonder ontbreekt het de vennootschap eenvoudig aan voldoende (proces-)belang om het tegenstrijdig belang in te roepen. In zoverre blijft ook na het Bruil-arrest het tegenstrijdig belang als wettelijk begrip een zeker ex ante-karakter behouden.

De concernenquête een afzonderlijke categorie?

Tenslotte merk ik op dat, wanneer men het raken-vereiste aldus centraal stelt bij de vraag naar enquêtebevoegdheid van afgeleid-gerechtigden, de concernenquête daarbinnen niet hoeft te worden beschouwd en behandeld als een afzonderlijke categorie. Het raken-vereiste is, zoals gezegd, een risico-criterium. Ook voor de belegger/aandeelhouder in de moeder is dit – zoals Ingelse reeds betoogde – uiteindelijk de beslissende maatstaf. Het ontbreken van zelfstandige beleidsruimte bij de dochter(s), zoals verwoord in Landis r.o. 3.3.5, benadrukt en illustreert slechts de riskante positie van de belegger in de moeder. Het heeft *daarnaast* naar mijn mening geen zelfstandige betekenis in de redenering van de Hoge Raad.¹⁴

Het belang van allerhande derivate instrumenten voor de financiering van de onderneming is tegenwoordig niet gering. De onderkenning daarvan brengt, naast indirecte aandeel- en certificaathouders, een scala van afgeleid-gerechtigden als potentieel enquêtebevoegden in beeld. Het enquêterecht is de afgelopen jaren nu eenmaal voor een niet onbelangrijk deel uitgegroeid tot beleggersrecht. Denk aan de vele overnamegeschillen uit het verleden en de meer recente geschillen rond gelijke behandeling en dividendrechten van aandeelhouders.¹⁵

13 HR Bruil, r.o. 3.4: 'Voor de toepassing van art. 2:256 is niet vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden (...).'

14 Vgl. mijn annotatie bij de Chinese Workers-beschikking van de Ondernemingskamer, Grenzeloos enquêterecht, *Ars Aequi* 2012/5, pag. 379-384, par. 4.

15 Vgl. HR 14 december 2007, NJ 2008/105, m.nt. Ma, JOR 2008/11, m.nt. Doorman (DSM) en HR 18 november 2005, NJ 2006/173, m.nt. Ma, JOR 2005/295, m.nt. Brink (Unilever), en uiteraard de Fortis-enquête, waarover G.J.H. van der Sangen, Bescherming van beleggers in Nederland: de Fortis-case, *TvOB* 2013/2, pag. 61.

In de discussie en literatuur over het onderhavige thema van enquêtebevoegdheid blijft dit aspect helaas wat onderbelicht. Een versnipperde, ad hoc-benadering van de diverse beleggers en beleggingsvormen, wat betreft het entreekaartje voor het enquêterecht, is mijns inziens onwenselijk. Ik hoop dat alleen al het gebruik van de term ‘afgeleid-gerechtigden’ in dit verband bijdraagt aan een wat meer uniforme aanpak.

Bewijsvermoeden

Dat een gerechtigde tot ten minste 10% van het – al dan niet gecertificeerde – geplaatste aandelenkapitaal in een holdingmaatschappij,¹⁶ die op haar beurt alle aandelen in slechts één andere vennootschap houdt, in beginsel in gelijke mate door het beleid en de gang van zaken in die vennootschap kan worden geraakt als een directe aandeel- of certificaathouder, lijkt mij tamelijk evident. Dat was tenslotte ook de situatie bij Chinese Workers. Bij een dergelijke één-op-één relatie zou ik daarom willen pleiten voor een *bewijsvermoeden* van gelijkstelling, op de voet van het bepaalde in art. 150 Rv jo. art. 284 Rv. Op de Ondernemingskamer rust alsdan een verzwaarde motiveringsplicht bij afwijzing van enquêtebevoegdheid.

In alle andere gevallen gaat dit bewijsvermoeden niet op. Houdt de holding niet alle aandelen in haar dochter, of heeft zij meerdere – al dan niet 100% – dochters, dan wordt het belang van de afgeleid-gerechtigde immers op voorhand verwaterd. Of, zoals Olden het kernachtig uitdrukt in zijn JOR-noot bij Slotervaartziekenhuis: ‘Vertakt het organigram zich dus naar beneden, dan is dat een contra-indicatie voor gelijkstelling van belangen.’¹⁷ De bewijslast rust dan weer onverkort op de verzoeker.

Tot slot

Peter Ingelse laat zich kennen als een praktisch en nuchter mens. Van de dienstmaagd van het enquêterecht mogen weliswaar soms wat overuurtjes worden verwacht, zij dient wel binnen het wettelijk kader van haar aanstelling te blijven. Ook al droomt hij zelf af en toe publiekelijk van een verruiming van dat kader, uiteindelijk heeft de wetgever daarbij het eerste en het laatste woord. Een door mij onlangs bepleite, statutaire ‘scheidingsvoorziening’ ex art. 2:349a BW wegens duurzame ontwrichting van aandeelhouders in een – ook volgens partijen zelf – volkomen stukgelopen joint venture, behoort dan niet tot het repertoire van de Ondernemingskamer.¹⁸ Ook de zoektocht naar de juiste richting in het enquêterecht kent zijn grenzen.

Het deed mij denken aan een voorval van enkele jaren terug nadat Peter in Leiden een gast-college had verzorgd. Ik stelde voor hem in mijn geliefde Fiat Panda een lift naar Amsterdam te geven. Het was donker, mijn TomTom weigerde dienst en het regende pijpenstelen. Op

16 Of die volgens de andere criteria genoemd in art. 2:346 BW enquêtebevoegd is bij de holding.

17 P.D. Olden in zijn noot bij HR 11 april 2014, JOR 2014/259 (Slotervaartziekenhuis), par. 5.

18 OK 23 oktober 2014, JOR 2015/5, m.nt. Josephus Jitta (SAAE/TRP PVE). Zie ook de fraaie noot van P.F. Haas bij deze OK-beschikking, gepubliceerd in JIN 2015/10. Zie voor een pleidooi tot invoering van een ‘ruziesplitsing’ als eindvoorziening na gebleken wanbeleid, P. Ingelse, Mr. 2012, Nr. 10, pag. 35, in de rubriek ‘Als ik minister van Veiligheid en Justitie was’. Zie over deze materie ook F. Eikelboom, Afwijken van dwingend recht bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen op de voet van art. 2:349a BW jo. art. 2:8 lid 2 BW, Ondernemingsrecht 2011/99.

zoek naar de A 44 bleek dat door wegwerkzaamheden Leiden-west gedeeltelijk was afgesloten. Een half uur later zocht ik nog wanhopig naar de uitvalsweg. Naast mij hoorde ik Peter geluidloos morren. Het gesprek stokte enigszins en het zicht was slecht. Toen we – min of meer toevallig – in de buurt van het NS-station waren beland, zei Peter: 'Weet je wat Steef, zet mij er hier maar uit.' 'Maar ik weet nog wel een andere route hoor', probeerde ik hoopvol maar tevergeefs. Het Panda'tje stond nog niet stil of Peter opende het portier, mompelde een korte groet en verdween in de natte Leidse nacht. Een nuchter mens, zoveel is zeker. Het ga hem goed.