

JOR 2017/96

JOR 2017/96, Gerechtshof Amsterdam, 23-01-2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:209, 200.200.898/01 OK, (annotatie)

INHOUDSINDICATIE

Enquêteprocedure, Afwijzing enquêteverzoek door en bij dochtervennootschap, Scherper financieel beleid concernleiding brengt continuïteit dochtervennootschap niet in gevaar, Belang dochtervennootschap is niet op onevenredige wijze geschaad, Geen gegronde redenen voor twijfel aan juist beleid

GA DIRECT NAAR

Samenvatting
Uitspraak
Beslissing/besluit
Noot

GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
Datum uitspraak	23-01-2017
Publicatie	JOR 2017/96 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 4, 2017
Annotator	prof. mr. S.M. Bartman
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2017:209
Zaaknummer	200.200.898/01 OK
Overige publicaties	Rechtspraak.nl (ECLI:NL:GHAMS:2017:209) ARO 2017/34 OR-Updates.nl 2017-0075
Rechtsgebied	
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	mr. Faber mr. Tillema mr. Wolfs drs. Baart dr. Verboom
Partijen	1. Kaal Masten BV te Oss, 2. Kaal Vastgoed BV te Oss, verzoeksters, advocaat: mr. M.J.W. van Ingen, tegen 1. Kaal Masten BV te Oss, 2. Kaal Vastgoed BV te Oss, verweersters, advocaat: mr. Ph.W. Scheurs, en tegen 1. A. Hak Products & Services BV te Tricht, 2. A. Hakpark BV te Tricht, belanghebbenden, advocaat: mr. Ph.W. Scheurs.
Regelgeving	BW Boek 2 - 345 lid 1 BW Boek 2 - 350 lid 1

SAMENVATTING

De vennootschappen Kaal Masten en Kaal Vastgoed maken al jaren deel uit van de A. Hak-groep. De verschillende vennootschappen binnen dat concern zijn hoofdelijk verbonden voor de door de banken verleende kredieten en ook de zekerheden zijn wederzijds afgegeven. Kaal Masten c.s. zijn alleen om die reden al niet autonoom, maar in financieel opzicht verweven met de andere vennootschappen van het concern. Dat de financiële krapte van het concern als geheel – ontstaan als gevolg van de stagnerende olie- en gasmarkt – heeft geleid tot een scherper financieel beleid van de moeder jegens de dochters, is in die omstandigheden niet ongebruikelijk, noch onredelijk jegens de dochters die in betere tijden ook steeds van de voordelen van het concernkrediet hebben kunnen profiteren. Meer in het bijzonder geldt daarbij het volgende. De door Van den Hurk c.s. aangehaalde sale-and-lease-back-constructie is een vaak toegepaste maatregel om liquiditeiten te genereren, ten aanzien waarvan geldt dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat die in dit geval niet te billijken was. Het vervolgens opschonen van rekening-courantposities levert evenmin een gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid – ook niet als dat via een interimdividenduitkering geschiedt. Dat deze maatregelen in eerste instantie in het belang van het concern waren, doet aan dat oordeel niet af, aangezien de nijpende financiële situatie van het concern als geheel door de hoofdelijke verbondenheid direct van invloed is op de continuïteit van Kaal Masten c.s. Het – op instigatie van A. Hak Products c.s. – door Kaal Masten c.s. (door)gevoerde beleid heeft er volgens beide partijen niet toe geleid dat de continuïteit van de onderneming van Kaal Masten c.s. in gevaar is. Al met al kan niet geoordeeld worden dat het belang van Kaal Masten c.s. door bedoelde maatregelen op onevenredige wijze is geschaad.

Dit leidt tot de slotsom dat hetgeen Van den Hurk c.s. hebben aangevoerd geen gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Kaal Masten c.s. te twijfelen. Het verzoek wordt derhalve afgewezen.

UITSPRAAK

1. Het verloop van het geding

1.1. In het vervolg zullen partijen, belanghebbenden en andere (rechts)personen (ook) als volgt worden aangeduid:

- verzoeksters gezamenlijk met Van den Hurk c.s.;
- verweersters ieder afzonderlijk met Kaal Masten en Kaal Vastgoed en gezamenlijk met Kaal Masten c.s.;
- belanghebbenden ieder afzonderlijk met A. Hak Products en A. Hakpark en gezamenlijk met A. Hak Products c.s.

1.2. Van den Hurk c.s. hebben bij op 11 oktober 2016 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Kaal Masten c.s. over de periode vanaf medio 2014.

1.3. Kaal Masten c.s. hebben bij op 2 november 2016 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht verzoeksters niet ontvankelijk te verklaren in hun verzoek, dan wel dit verzoek af te wijzen en verzoeksters te veroordelen in de kosten van het geding.

1.4. Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 17 november 2016. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – aantekeningen en wat mr. Scheurs betreft onder overlegging van op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartij gezonden nadere producties. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

2. De feiten

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Kaal Masten is op 17 mei 1966 opgericht. Kaal Vastgoed houdt alle aandelen in het geplaatste kapitaal van Kaal Masten. Kaal Vastgoed en J. van den Hurk (hierna: Van den Hurk) zijn zelfstandig bevoegd bestuurders van Kaal Masten. Kaal Vastgoed is op 24 december 2002 opgericht. Enig aandeelhouder van Kaal Vastgoed is A. Hak Products. Laatstgenoemde vormt samen met Van den Hurk het bestuur van Kaal Vastgoed.

2.2. A. Hakpark houdt de aandelen in en is, naast W.D. (Willem) van Geenhuizen, bestuurder van A. Hak Products. M.C. (Mariska) van Geenhuizen en haar broer M. (Marco) van Geenhuizen zijn de bestuurders van A. Hakpark; Willem van Geenhuizen is hun vader.

2.3. Onder A. Hakpark vallen in totaal 115 vennootschappen in binnen- en buitenland (samen de A. Hak-groep vormend). De A. Hak-groep is een familiebedrijf en houdt zich bezig met diverse aspecten van aan zware en olie-industrie gelieerde activiteiten.

2.4. Kaal Masten produceert onder meer lantaampalen, telecommasten, (sportveld)lichtmasten en installaties voor matrixborden ten behoeve van snelwegen. Kaal Vastgoed verhuurt haar onroerende zaken aan Kaal Masten.

2.5. Om extra werkkapitaal te creëren heeft Kaal Masten eind 2014, na een beslissing daartoe van A. Hak Products, een *sale and lease back*-constructie toegepast op een door Kaal Masten in 2012/2013 aangeschafte installatie met een aanschafwaarde van € 2,5 miljoen. De maandelijkse leaselasten daarvan zijn aanmerkelijk hoger dan de oorspronkelijke financieringslasten, aangezien de

installatie nu in zeven jaar dient te worden afbetaald in plaats van in vijftien jaar te worden afgeschreven.

2.6. Op 11 mei 2015 heeft P. Müller, controller van A. Hak Products, in een e-mail met als onderwerp "Kredietfaciliteit ABN AMRO Bank" aan Van den Hurk het volgende geschreven:

"Langs deze weg informeer ik jullie over de liquiditeitspositie van de A. Hak Products & Services groep. Het eerste kwartaal is binnen ons cluster altijd het rustigste kwartaal van het jaar, zo ook in 2015. In combinatie met een (forse) groei van de omzet bij enkele bedrijven maakt dat er op dit moment extra druk komt te staan op de kredietfaciliteit van de ABN AMRO Bank. Om door middel van de interne kredietfaciliteiten beter te kunnen sturen zijn onderstaande maatregelen noodzakelijk om beter en vooral tijdig te kunnen bijsturen.

- Afwikkeling van intercompany posities in rekening-courant (w.o. de verschuldigde vennootschapsbelasting)
- Interim dividenduitkering bij Kaal Masten om de bankrekening van Kaal Vastgoed positief te krijgen.

Onderstaand de mutaties die (...) a.s. maandag in rekening-courant worden geboekt:

	Kaal VG	Kaal	totaal
Saldo 8 mei 2015	-1.424.070	1.919.768	495.698
Aflossing rekening-courant	774.758	-774.758	0
Interim dividend	1.900.000	-1.900.000	0
VPB 2013 & 2014	0	0	0
Aflossing RC Prod. & Serv.	-1.201.814		-1.201.814
	-----	-----	-----
(...)	48.874	-754.990	-706.116

Bij het bepalen van de nieuwe kredietfaciliteit is rekening gehouden met de voor ons beschikbare ruimte. Voor de komende maand is een kredietlimiet in rekening-courant vastgesteld van € 900.000."

2.7. Bij e-mail van diezelfde dag heeft Van den Hurk onder anderen P. Müller, Mariska van Geenhuizen en Marco van Geenhuizen onder meer het volgende bericht:

"In het telefonisch onderhoud volgend op de mail heeft P. Müller uitgelegd dat er een kritieke situatie is ontstaan binnen de cluster waarin Kaal Masten en Kaal Vastgoed zijn ondergebracht. (...) Voor een bedrijf als Kaal Masten is een afname van directe liquide middelen van € 2.674.758 dermate ingrijpend dat het voortbestaan wordt bedreigd. (...) Een situatie die ons ernstig belemmert in de dagelijkse bedrijfsvoering en de toekomstplannen. (...) Daarnaast wil ik u verzoeken de beoogde maatregelen niet of anders niet in zijn geheel door te voeren (...)."

2.8. De in 2.6 aangekondigde maatregelen zijn uitgevoerd.

2.9. Op 11 februari 2016 heeft de concernleiding de interne kredietlimieten ingetrokken. Elke betalingsopdracht dient vanaf dat moment te worden goedgekeurd door A. Hak Products voordat deze naar de bank wordt gestuurd. Daartoe dient Kaal Masten wekelijks een "betaaladvieslijst" voor de daaropvolgende week in te leveren. In e-mails in de periode van 17 maart 2016 tot en met 4 oktober 2016 hebben Kaal Masten en de concernleiding voortdurend discussie gevoerd over betalingen aan crediteuren van Kaal Masten. Uit die e-mails komt naar voren dat het totaalbedrag dat werd gefiatteerd telkens lager is dan het totaal van de door Kaal Masten ter goedkeuring voorgelegde betaalopdrachten, waarbij

Van den Hurk zijn zorgen uit over de (nabije) toekomst van de onderneming ten gevolge van deze financiële situatie, ondanks haar goede marktpositie.

2.10. Van september 2016 dateert een stuk getiteld "Project Rhine, dataroom coordination and procedures" waarin cijfers van onder meer Kaal Masten zijn opgenomen ten behoeve van een eventuele verkoop van het concern. Op 28 september 2016 heeft investeringsmaatschappij Nimbus een *management buy out* bod (hierna: het MBO-bod) uitgebracht op Kaal Masten c.s. Het MBO-bod is (nog) niet aanvaard.

2.11. De advocaat van Van den Hurk c.s. heeft bij e-mail van 8 oktober 2016 aan Marco van Geenhuizen en Mariska van Geenhuizen laten weten dat cliënten hem hebben "geïnstrueerd het bijgaande verzoekschrift in te dienen bij de Ondernemingskamer (...), waartoe ik ook over ben gegaan."

3. De gronden van de beslissing

3.1. Van den Hurk c.s. hebben aan het verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Kaal Masten c.s. en dat gelet op de toestand van de vennootschappen onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Ter toelichting hebben Van den Hurk c.s. – kort samengevat – het volgende naar voren

gebracht. Het belang van Kaal Masten c.s. wordt op onverantwoorde wijze geschonden door het beleid gevoerd door A. Hak Products; het concernbeleid druist rechtstreeks in tegen het door Kaal Masten c.s. gevoerde beleid. Vanwege de grootschalige onttrekkingen van liquiditeiten (zie 2.5 en 2.6) door A. Hak Products kan Kaal Masten nieuwe grote orders niet anders dan onder voorbehoud van goedkeuring aannemen omdat zij geen middelen meer heeft om te garanderen dat zij haar verplichtingen uit die nieuwe orders kan nakomen en evenmin kan investeren om die orders uit te leveren. De kredietverzekeraars hebben hun limieten voor Kaal Masten ingetrokken en steeds minder toeleveranciers zijn nog bereid te leveren zonder directe betaling. Feitelijk is de onderneming hierdoor lamgelegd. Verkoop van Kaal Masten c.s. – waardoor de onderneming zou worden bevrijd uit de bekneling van het bancaire concernkrediet – wordt ten onrechte door het concern tegengehouden.

3.2. Daartegenover hebben A. Hak Products c.s. gemotiveerd verweer gevoerd. Primair hebben zij zich op het standpunt gesteld dat Van den Hurk c.s. niet ontvankelijk zijn in hun verzoek, aangezien zij niet hebben voldaan aan het vereiste de medebestuurder zo spoedig mogelijk op de hoogte te stellen van het voornemen tot het indienen van het enquêteverzoek, welk vereiste in hun visie besloten ligt in het bepaalde in artikel 2:349, eerste lid, derde volzin, BW. Inhoudelijk hebben zij betwist dat er redenen zijn te twifelen aan het beleid en de gang van zaken binnen Kaal Masten c.s. De financiering van iedere groepsvennootschap is sinds jaar en dag een aangelegenheid op concernniveau. Alle groepsvennootschappen zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het groepskrediet. Onder meer door aanzienlijke verliezen bij divisies in de stagnerende olie- en gasmarkt ontstond een enorme druk op werkkapitaal en aflossingen. In overleg met de financierende banken is vanaf 2015 fors ingegrepen in de bedrijfsvoering van de gehele A. Hakgroep. Er zijn professionele consultants ingehuurd die talloze onderzoeken hebben uitgevoerd, waarna in het belang van het gehele concern maatregelen zijn getroffen. Deloitte is ingeschakeld en heeft een onafhankelijk *business review* gemaakt, op basis waarvan een professionele Chief Restructuring Officer (hierna: CRO) is aangetrokken. Voorts is er een stuurgroep gevormd met externe professionals. Bij een enquêteverzoek daarenboven is geen rechtens te respecteren belang. De A. Hak-groep verkeert in zwaar weer en dient haar aandacht niet op een enquêteprocedure maar op de financiële problemen te richten. Die problemen zijn groot, maar worden op adequate en doelmatige wijze aangepakt, aldus A. Hak Products c.s.

3.3. De Ondernemingskamer laat de ontvankelijkheidsvraag in het midden, nu zij, zoals hierna zal blijken, het verzoek op inhoudelijke gronden zal afwijzen. Wel merkt zij op dat ter zitting is gebleken dat partijen na indiening van het verzoekschrift, maar voorafgaand aan de zitting, een gesprek hebben gehad dat niet tot tegemoetkoming aan de aan het verzoek ten grondslag liggende bezwaren heeft geleid.

3.4. De Ondernemingskamer overweegt als volgt. Kaal Masten en Kaal Vastgoed maken al jaren deel uit van de A. Hak-groep. De verschillende vennootschappen binnen dat concern zijn hoofdelijk verbonden voor de door de banken verleende kredieten en ook de zekerheden zijn wederzijds afgegeven. Kaal Masten c.s. zijn alleen om die reden al niet autonoom, maar in financieel opzicht verweven met de andere vennootschappen van het concern. Dat de financiële krapte van het concern als geheel – ontstaan als gevolg van de stagnerende olie- en gasmarkt – heeft geleid tot een scherper financieel beleid van de moeder jegens de dochters, is in die omstandigheden niet ongebruikelijk, noch onredelijk jegens de dochters die in betere tijden ook steeds van de voordelen van het concernkrediet hebben kunnen profiteren. Meer in het bijzonder geldt daarbij het volgende. De door Van den Hurk c.s. aangehaalde *sale-and-lease-back*-constructie is een vaak toegepaste maatregel om liquiditeiten te genereren, ten aanzien waarvan geldt dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat die in dit geval niet te billijken was. Het vervolgens opschonen van rekening-courant posities levert evenmin een gegronde reden op om te twifelen aan een juist beleid – ook niet als dat via een interim dividenduitkering geschiedt. Dat deze maatregelen *in eerste instantie* in het belang van het concern waren, doet aan dat oordeel niet af, aangezien de nijpende financiële situatie van het concern als geheel door de hoofdelijke verbondenheid direct van invloed is op de continuïteit van Kaal Masten c.s. Blijkens de ter zitting afgelegde verklaringen heeft het – op instigatie van A. Hak Products c.s. – door Kaal Masten c.s. (door)gevoerde beleid, inclusief het strakke kasbeleid (zie 2.9), er volgens beide partijen niet toe geleid dat de continuïteit van de onderneming van Kaal Masten c.s. in gevaar is. Al met al kan niet geoordeeld worden dat het belang van Kaal Masten c.s. door bedoelde maatregelen op onevenredige wijze is geschaad.

3.5. Daarbij neemt de Ondernemingskamer het volgende in aanmerking. Onweersproken is gebleven dat, zoals ter zitting is aangevoerd, de in 3.2 verwoorde maatregelen op concernniveau, waaronder het aanstellen van een CRO en een onafhankelijke stuurgroep, alsmede het feit dat de aandeelhouders kapitaal hebben bijgestort, juist ertoe hebben geleid dat de banken een overbruggingskrediet hebben verstrekt aan het gehele concern. Ook het belang van Kaal Masten c.s. is daarmee uiteindelijk gediend.

3.6. A. Hak Products c.s. betwisten dat zij het MBO-bod (2.10) al van de hand hebben gewezen; zij voeren evenwel aan dat zij een voorkeur geven aan mogelijke verkoop van een gehele divisie. Ter zitting daarnaar gevraagd heeft Van den Hurk echter expliciet meegedeeld dat het niet doorgaan van de verkoop van Kaal Masten c.s. aan Nimbus *niet* aan het verzoek ten grondslag is gelegd. Dat gegeven kan hier om die reden verder onbesproken blijven.

3.7. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat hetgeen Van den Hurk c.s. hebben aangevoerd geen gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Kaal Masten c.s. te twifelen. Het verzoek zal worden afgewezen.

3.8. De Ondernemingskamer acht ten slotte termen aanwezig de kosten van het geding tussen de verschenen partijen te compenseren zoals hierna te vermelden.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

wijst het verzoek van Kaal Masten B.V. en Kaal Vastgoed B.V. af;

compenseert de kosten van het geding tussen de verschenen partijen aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt.

NOOT

1. Kaal Masten BV behoort al jaren tot de A. Hak-groep, een concern dat zich, met in totaal 115 groepsmaatschappijen in binnen- en buitenland, bezighoudt met aan de zware en olie-industrie gelieerde activiteiten. Ook bestuurlijk is Kaal Masten, via haar enig aandeelhouder tevens bestuurder Kaal Vastgoed BV, gebonden aan de groep. Haar andere bestuurder is J. van den Hurk (hierna “Van den Hurk”). De groep heeft van oudsher een bankkrediet waaronder alle groepsmaatschappijen zich hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld voor de totale groepsschuld. Dat geldt ook voor Kaal Masten.

2. Vanaf 2014 gaat het minder goed met (onderdelen van) de groep. Eind dat jaar vindt er op instigatie van de concernleiding bij Kaal Masten een balansverkortings plaats die niet echt gunstig voor haar uitpakt. Een installatie die eerder haar eigendom was, wordt binnen de groep verkocht en vervolgens teruggehuurd (*sale and lease back*). Per saldo zijn haar maandelijkse financieringslasten hierdoor aanmerkelijk hoger dan voorheen (r.o. 2.5).

3. In 2015 worden de financiële touwtjes binnen het concern strakker aangetrokken (r.o. 2.6). De groepscontroller meldt dat “*er op dit moment extra druk komt te staan op de kredietfaciliteit van ABN AMRO Bank*” en kondigt als maatregelen aan a) de afwikkeling van intragroepsschulden in rekening-courant en b) een interimdividenduitkering van Kaal Masten “*om de bankrekening van Kaal Vastgoed positief te krijgen*”. Dochterbestuurder Van den Hurk verzet zich tevergeefs tegen deze maatregelen (r.o. 2.7 en 2.8)

4. De aanscherping van het financiële groepsbeleid wordt in 2016 onverminderd voortgezet. Interne kredietlimieten worden ingetrokken, betaalopdrachten dienen op basis van een wekelijkse opgave vooraf te worden goedgekeurd en daarvan wordt dan nog slechts een deel uitgevoerd. In september dat jaar publiceert de centrale leiding een memo met daarin cijfers ten behoeve van een eventuele verkoop van het concern. Nog diezelfde maand doet Van den Hurk, via de investeringsmaatschappij Nimbus, een *management buy out*-bod op (de aandelen van) Kaal Masten. Kort daarop doet hij namens Kaal Masten en Kaal Vastgoed, waarvan hij ook zelfstandig bevoegd (mede)bestuurder is, het verzoek tot het instellen van een enquête bij beide vennootschappen. Het betreft dus een enquête op de voet van art. 2:346 lid 1 sub d BW, de zogeheten “zelfenquête”, zoals die bij de laatste wetswijziging in 2013 is mogelijk gemaakt.

5. Verweersters hebben nog tevergeefs een ontvankelijkheidsverweer gevoerd. Dit vermoedelijk (het blijkt niet helder uit de beschikking) omdat de medebestuurders van Van den Hurk in beide gerekwestreerden, te weten Kaal Vastgoed respectievelijk A. Hak Products BV (feitelijk: de concernleiding), niet vóóraf door hem in het enquêteverzoek waren gekend. De OK gaat hier – zoals te verwachten – echter soepel mee om. In r.o. 3.3 constateert zij dat partijen voorafgaand aan de zitting “*een gesprek*” hebben gehad, dat echter niet tot een oplossing heeft geleid. Ofschoon de OK in de rechtsoverweging onmiddellijk daaraan voorafgaand aangeeft het ontvankelijkheidsverweer “*in het midden*” te laten, schemert in deze passage de opvatting door dat met een gesprek voorafgaand aan de zitting in elk geval voldaan wordt aan het *ex post*-inlichtvereiste van art. 2:349 lid 1 BW (“onderscheidenlijk het indienen van het verzoek”), indien men dat naar analogie zou willen toepassen tussen de leden van hetzelfde bestuursorgaan in een *two tier* structuur. Naar analogie, want Kaal Masten kent immers geen raad van commissarissen of een *one tier board* met daarin *non executives*.

6. Ik zou overigens niet voor zo’n analoge toepassing zijn. Het niet-informereren van de medebestuurder illustreert op zichzelf reeds de ernstig verstoorde verhoudingen binnen de vennootschap. Zie in dit verband ook OK 13 juli 2016, [ECLI:NL:GHAMS:2016:2995](#), ARO 2016/177 (*Dijkstra Beaumont Wealth Management*). Terecht constateerden Leijten en Nieuwe Weme in de VCL-bundel 2011-2012, Deventer: Kluwer, p. 242, bovendien dat schending van het *ex post*-vereiste van art. 2:349 lid 1 BW sowieso niet in de wet gesanctioneerd is.

7. Het betreft hier overigens niet zomaar een zelfenquête, maar één op initiatief van een dochtermaatschappij die zich teweerstelt tegen het beleid van de concernleiding, omdat dat beweerdelijk ten koste gaat van haar eigen gezonde voortbestaan. Marnix Holtzer en ondergetekende wezen in onze bespreking van het voorontwerp van wet van destijds al op deze door de wetgever gecreëerde mogelijkheid (Bartman/Holtzer, *Ondernemingsrecht* 2010/14). Voor zover ik weet, betreft dit de eerste dochterzelfenquête in een dergelijk “Corus-achtig” scenario. Wij vroegen ons in dat artikel ook af of zo’n enquête door de moeder zou kunnen worden geblokkeerd met behulp van een instructiebevoegdheid ex art. 2:239 lid 4 BW. Wij meenden dat dat zo is en dat de OK, hangende het moeder-dochtergeskil naar aanleiding van het uitoefenen van de instructiebevoegdheid, geen onmiddellijke voorzieningen zou kunnen treffen. Mij dunk dat die opvatting in zoverre nuancering behoeft dat, wanneer het enquêteverzoek eenmaal is ingediend, de OK hiertoe uiteraard wel bevoegd is.

8. Hoe dan ook, blijktbaar bevatten de statuten van Kaal Masten niet zo’n instructiebevoegdheid en kernelijk was het – tijdige, dat wil zeggen nog vóórdat hij het enquêteverzoek kon indienen – ontslag van Van den Hurk ook geen optie. In de meeste gevallen zullen beleidsspanningen binnen concernverband in overleg en zondig met een zekere (ontslag)druk van bovenaf worden opgelost, dus in zoverre is de onderhavige casus wel wat atypisch (vgl. Bartman/Dorresteijn/Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Kluwer, 9^e druk, p. 64). Niettemin, de contouren van het recht tekenen zich het scherpst af op de barricaden van het geding. Dat geldt zeker ook voor het ondernemingsrecht.

9. De inhoudelijke afweging die de OK in r.o. 3.4 maakt, getuigt mijns inziens van een reëel en verfrissend inzicht in de

economische werkelijkheid anno nu. Natuurlijk, in ons vennootschapsrecht is het beginsel van bestuursautonomie nog steeds leidend. Het is het klassieke startpunt voor bijna elke juridische redenering bij geschillen in of rond de vennootschap, ongeacht de aan- of afwezigheid van een statutaire instructiebevoegdheid (vgl. HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. PvS, r.o. 4.3, inzake Cancun).

10. De OK relativeert dit officiële “primaat van de vennootschap” in de onderhavige beschikking echter aanzienlijk door voorop te stellen dat Kaal Masten, vanwege haar hoofdelijke aansprakelijkheid voor de groepsschuld aan de bank en de in dat kader afgegeven wederzijdse zekerheden, “*alleen om die reden al niet autonoom (is).*” Zij wijst erop dat de door de concernleiding getroffen maatregelen onder de nijpende omstandigheden “*niet ongebruikelijk, noch onredelijk zijn jegens de dochters die in betere tijden ook steeds van de voordelen van het concernkrediet hebben kunnen profiteren*”. Het feit dat de getroffen maatregelen “*in eerste instantie in het belang van het concern waren*” doet daar niet aan af, mede gezien de omstandigheid dat deze er “*niet toe (hebben) geleid dat de continuïteit van de onderneming van Kaal Masten c.s. in gevaar is*”. De OK ziet zich in dit oordeel gesterkt door het feit dat de maatregelen inmiddels tot een overbruggingskrediet van de banken hebben geleid en sluit af met: “*Ook het belang van Kaal Masten c.s. is daarmee uiteindelijk gediend*” (r.o. 3.5).

11. Het toetsingskader dat de OK in dezen hanteert, is dus primair dat van het concern als geheel, niet dat van de individuele vennootschap. Vervolgens legt zij een soort van “bodennorm” aan waar het betreft de positie van Kaal Masten als dochtermaatschappij. Blijkt niet dat haar continuïteit door de getroffen maatregelen in gevaar is gekomen, dan kunnen deze de toets der “gegronde reden” van art. 2:350 lid 1 BW doorstaan. Ik herken in deze aanpak toch een wezenlijk andere “aanvliegroute” dan die welke de Hoge Raad neemt in bijvoorbeeld Cancun. De OK kiest, anders dan de Hoge Raad, immers voor een primair groepsgeoriënteerde invalshoek, zoals die eveneens sterk doorklinkt in haar recente WOR-beschikking over de herziening van de *governance*structuur van de NS (OK 3 oktober 2016, [«JOR» 2016/333](#), m.nt. Holtzer, *Ars Aequi*, februari 2017, p. 113, m.nt. Bartman).

12. De aanpak van de OK lijkt tevens de angel te halen uit het door de wetgever in 2013 bewust gecreëerde fenomeen van de dochter-zelfenquête, nu zij in zo’n geval op voorhand de concernleiding het voordeel van de twijfel gunt, behoudens manifest continuïteitsgevaar voor de dochter. Ik breng in herinnering dat de SER er destijds voor opteerde om dit fenomeen geheel uit te sluiten en in concernverband alleen de moedermaatschappij enquêtebevoegd te maken (SER-advies Nr. 08/01, *Evenwichtig ondernemingsbestuur*, 2008, p. 58, voetnoot 18). Nog tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel werd vanuit de Tweede Kamer – tevergeefs – gevraagd waarom de zelfenquête niet werd beperkt tot de houdstermaatschappij van een groep (*Kamerstukken II*, 2011/12, 32 887, nr. 5, p. 7).

13. Zie in dit verband ook Van der Sangen die, in het *Handboek notarieel ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer, 2016, p. 495, in het voetspoor van Raaijmakers (Sr) een vurig (na)pleidooi houdt voor beperking van enquêtebevoegdheid in besloten vennootschappelijke verhoudingen. Dit vanuit de vrees dat anders de eenheid van concernbeleid wordt bedreigd en een zijns inziens oneigenlijke nadruk komt te liggen op het “eigen” belang van de dochter, respectievelijk de *joint venture*-vennootschap. Voor die vrees bestaat na de onderhavige Kaal Masten-beschikking van de OK mij dunkt minder grond.

prof. mr. S.M. Bartman, advocaat te Baambrugge (Bartman Company Law) en hoogleraar ondernemingsrecht Universiteit Leiden