

Vergaderjaar 2010–2011

**32 887**

## **Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **Algemeen**

De modernisering van de materiële regels van het ondernemingsrecht die in de afgelopen jaren is gerealiseerd en nog steeds voortgaat, kan geschillen in de onderneming niet voorkomen. Een goede juridische infrastructuur moet voorzien in een snelle en efficiënte toegang tot de rechter voor het geval partijen een geschil niet in onderling overleg kunnen beslechten. Uitgangspunt is dat procedures niet te lang onzekerheid mogen opleveren voor partijen, procedures moeten leiden tot een passende oplossing van geschillen en er slechts beroep op de rechter kan worden gedaan door partijen die daarbij een voldoende gerechtvaardigd belang hebben.

Primair is de aandacht gericht op het enquêterecht. Veel geschillen in ondernemingen zijn via het enquêterecht voorgelegd aan de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. In een relatief klein aantal gevallen is ook de Hoge Raad om een oordeel gevraagd. De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 10 januari 1990 inzake Ogem (NJ 1990, 466) opgemerkt dat de wetgever «als doeleinden van een enquête niet slechts heeft beschouwd de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan.» De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 26 juni 2009 (inzake QWEST) deze lijn nog eens bevestigd en verduidelijkt dat, indien er sprake is van een geschil van louter vermogensrechtelijke aard, waarbij de doeleinden van een enquête niet verwezenlijkt kunnen worden, het enquêteverzoek niet toewijsbaar is.

Op basis van de enquêteprocedure kan de Ondernemingskamer ingrijpen bij een rechtspersoon. Zij kan één of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon indien blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. De Ondernemingskamer oordeelt op basis van het onderzoek of sprake is van wanbeleid en zij kan dan desgewenst voorzieningen

treffen. Zo kunnen besluiten van de aandeelhoudersvergadering, het bestuur en de raad van commissarissen worden geschorst of vernietigd, kunnen bestuurders en commissarissen worden geschorst of ontslagen en andere bestuurders of commissarissen tijdelijk worden aangesteld en kan tijdelijk van statutaire bepalingen worden afgeweken. In de praktijk is van groot belang gebleken dat de Ondernemingskamer ook onmiddellijke voorzieningen kan treffen in elke stand van het geding indien dat in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek vereist is. In beginsel draagt de vennootschap de kosten van het onderzoek.

Het enquêterecht is een belangrijk middel voor de beslechting van geschillen. In de literatuur wordt gewezen op de omstandigheid dat:

- de Ondernemingskamer snel en deskundig oordeelt;
- ook geschillen aan de Ondernemingskamer worden voorgelegd die door de gewone rechter (eventueel in kort geding) beslecht zouden kunnen worden;
- de processuele waarborgen in de enquêteprocedure minder zijn ingebed dan in andere procedures;
- enquêteprocedures regelmatig eindigen met een onmiddellijke voorziening, terwijl geen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij de vennootschap wordt ingesteld;
- de vraag rijst of de wet voldoende invulling geeft aan de onmiddellijke en overige voorzieningen die de Ondernemingskamer kan opleggen in het kader van een enquêteprocedure.

Omdat het enquêterecht zo'n belangrijk instrument is voor de beslechting van geschillen, is van belang dat het enquêterecht optimaal kan worden ingezet. Daarom is een evaluatie van het enquêterecht aangekondigd. In het kader van de evaluatie is een aantal rondetafelgesprekken georganiseerd met vertegenwoordigers van het bedrijfsleven, advocatuur, rechterlijke macht en wetenschap. In de gesprekken hebben de deelnemers hun persoonlijke ervaringen toegelicht. Samengevat bleek dat de deelnemers veel waardering hebben voor het instrument van het enquêterecht en de werkzaamheden van de Ondernemingskamer in dat verband. Geprezen zijn de mogelijkheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen en de snelheid waarmee de Ondernemingskamer kan handelen wanneer daartoe aanleiding bestaat. De meeste deelnemers gaven te kennen dat een ingrijpende wijziging van het enquêterecht niet noodzakelijk is. Dat laat onverlet dat verbetering van de procedure op onderdelen is bepleit. Zo is opgemerkt dat de toegang tot de enquêteprocedure moet worden gezien, dat de onderzoeksfase met meer waarborgen kan worden omkleed, dat een oplossing moet worden geboden voor het aansprakelijkheidsrisico dat door de Ondernemingskamer benoemde personen treft alsmede dat rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat de enquêteprocedure vooral wordt gebruikt door niet-beursvennootschappen, onder meer omdat die procedure de voorkeur krijgt ten opzichte van de bestaande geschillenregeling.

Voorts is empirisch onderzoek verricht naar de uitspraken van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad in enquêteprocedures. Ik verwijs naar het onderzoek «Het recht van enquête, Een empirisch onderzoek» van februari 2009 (hierna: «het empirische onderzoek»). Dit onderzoek is verricht onder verantwoordelijkheid van het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen en de Erasmus Universiteit Rotterdam en stond onder leiding van prof. dr. K. Cools, mr. dr. P.G.F.A. Geerts, prof. mr. dr. M.J. Kroeze en mr. drs. A.C.W. Pijls. De resultaten van het onderzoek zijn aan de Tweede Kamer aangeboden op 2 maart 2009 (Kamerstukken II, 2008–2009, 29 752, nr. 8). Uit het onderzoek blijkt dat in de periode 1971–2007 510 keer is verzocht om het instellen van een enquête. Daarbij ging het in 479 gevallen om niet-beursgenoteerde rechtspersonen en in 31 gevallen om beursvennootschappen. De onderzoekers hebben een sterke stijging in het aantal

enquêteverzoeken geconstateerd sinds de invoering van de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te treffen in 1994. In de periode 1996–2006 komt het gemiddelde aantal enquêteverzoeken uit op 33,5 per jaar. Tussen de nul en vijf van die verzoeken per jaar hebben betrekking op beursvennootschappen. Met het onderzoek naar de uitspraken van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad bestaat thans inzicht in de duur van enquêteprocedures en de onderzoeken die in dat verband zijn verricht, het aantal verzoeken om een enquête per jaar en bij welke rechtspersonen het verzoek is gedaan, wie als verzoekers van een enquête zijn opgetreden, de ontvankelijkheidseis waarop de verzoekers zich baseerden (kapitaalbelang van 10% of vertegenwoordiging van een nominaal bedrag van € 225 000), de conflicten die ten grondslag lagen aan een enquêteverzoek, het aantal minnelijke regelingen dat tot stand is gekomen, het aantal verzoeken om vaststelling van wanbeleid en het aantal toewijzingen daarvan, de toegewezen onmiddellijke en definitieve voorzieningen, het aantal keren dat cassatie is ingesteld (en is gecasseerd) tegen de toewijzing van een enquête, de vaststelling van wanbeleid en het treffen van onmiddellijke en definitieve voorzieningen.

Bij de gedachtevorming over het enquêterecht zijn ook de adviezen van de SER terzake het enquêterecht in «Evenwichtig ondernemingsbestuur» (08/01) betrokken. Zo heeft de SER geadviseerd om de toegang tot de enquêteprocedure te wijzigen voor grote vennootschappen en om het mogelijk te maken dat de rechtspersoon zelf zo'n procedure start. Een bijzonderheid is dat de SER voor de totstandkoming van dit advies aandeelhoudersvertegenwoordigers heeft uitgenodigd om als toehoorder aanwezig te zijn bij de plenaire discussies.

De evaluatie van het enquêterecht leidt tot de conclusie dat er geen fundamentele problemen zijn met het huidige systeem, maar dat het enquêterecht op onderdelen kan worden verbeterd. Daarop wordt in de volgende paragrafen meer uitgebreid ingegaan. In het voorstel zijn de volgende aanpassingen uitgewerkt:

- de toegang tot de enquêteprocedure wordt gewijzigd; er wordt onderscheid gemaakt tussen grote en minder grote NV's en BV's en de rechtspersoon krijgt het recht om zelf een enquêteprocedure te starten;
- de Ondernemingskamer moet een tijdstip voorafgaand aan de zitting bepalen voor het indienen van verweerschriften;
- de belangenafweging voor de toewijzing van onmiddellijke voorzieningen wordt in de wet vastgelegd;
- in geval nog geen onderzoek is gelast, worden onmiddellijke voorzieningen niet getroffen voordat de Ondernemingskamer voorlopig heeft geoordeeld dat toewijzing van het enquêteverzoek kan plaatsvinden;
- indien onmiddellijke voorzieningen worden getroffen voordat een onderzoek is gelast, beslist de Ondernemingskamer binnen een redelijke termijn daarna of een onderzoek plaatsvindt;
- het aansprakelijkheidsrisico van de onderzoekers wordt beperkt door verduidelijking van de aansprakelijkheidsnorm;
- de redelijke kosten van verweer van de onderzoekers, tijdelijk aangestelde bestuurders en commissarissen alsmede beheerders van aandelen komen voor rekening van de rechtspersoon;
- de onderzoekers dienen de in hun verslag genoemde personen in de gelegenheid te stellen om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen terzake die personen;
- een raadsheer-commissaris houdt toezicht op de onderzoeksfase.

Naast het enquêterecht is onder meer de geschillenregeling van belang voor de beslechting van geschillen van of met aandeelhouders. Met de invoering van de geschillenregeling in 1989 is voorzien in een procedure die via uitstoting of uittreding van aandeelhouders een permanente voorziening biedt voor het geval een geschil niet minnelijk kan worden

opgelost. De regeling is geschreven voor geschillen tussen aandeelhouders in BV's en besloten NV's (artikel 2:335 BW). De uitstoting van een aandeelhouder kan worden gevorderd door mede-aandeelhouders indien zij menen dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld omdat de desbetreffende aandeelhouder het belang van de vennootschap schaadt (artikel 2:336 lid 1 BW). De mogelijkheid van uittreding houdt in dat een aandeelhouder kan vorderen dat zijn aandelen worden overgenomen door zijn mede-aandeelhouders omdat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet van hem kan worden geveerd aangezien die mede-aandeelhouders zijn belangen of rechten schaden (artikel 2:343 BW). In de praktijk wordt relatief weinig gebruik gemaakt van de geschillenregeling. Dit wordt wel toegeschreven aan de omstandigheid dat de overdracht van aandelen eerst plaatsvindt wanneer het vonnis waarbij de vordering is toegewezen en het vonnis waarbij de prijs is bepaald onherroepelijk zijn geworden. Teneinde de effectiviteit en de bruikbaarheid van de geschillenregeling te vergroten, wordt deze gewijzigd met het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht (Kamerstukken I, 31 058). Zo wordt voorzien in de mogelijkheid dat vonnissen tot toewijzing van een vordering tot uitstoting of uittreding bij voorraad uitvoerbaar worden verklaard (artikel 2:338 lid 1 BW). Ook kan de rechter zonodig voorlopige voorzieningen treffen die ook na afloop van het geding hun werking kunnen behouden (artikel 2:338 lid 3 BW), zoals de tijdelijke ontneming van het stemrecht aan een aandeelhouder. Ik verwacht dat met de herziene geschillenregeling het aantal enquêteverzoeken bij kleine c.q. niet-beursvennootschappen zal kunnen dalen. Uit het empirisch onderzoek komt naar voren dat bij dergelijke vennootschappen circa een kwart van de verzoeken wordt gedaan vanwege een impasse in de besluitvorming (p. 73). Met de herziene geschillenregeling kunnen dergelijke geschillen worden beslecht, onder andere doordat de rechter verplicht tot de overdracht van aandelen.

### **Consultatie voorontwerp en advies Commissie vennootschapsrecht**

Via de website van het Ministerie van Justitie is geconsulteerd over een voorontwerp tot aanpassing van het enquêterecht. Er is een reactie ontvangen van onder andere Eumedion, FNV, de gecombineerde commissie van KNB en NOvA, MNO, Veb, VNO-NCW, alsmede diverse advocatenkantoren en universiteiten. De reacties zijn openbaar gemaakt via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl). In de consultatiereacties is ingegaan op de voorwaarden voor toegang tot de enquêteprocedure voor aandeelhouders, certificaathouders en de rechtspersoon, het ontbreken van een eigen toegang voor de ondernemingsraad, de business judgment rule, de belangenafweging van de Ondernemingskamer bij onmiddellijke voorzieningen, de mogelijke aansprakelijkheid van onderzoekers en tijdelijk aangestelde bestuurders en commissarissen alsmede de nadere invulling van de onderzoeksfase.

De Commissie vennootschapsrecht heeft een voorontwerp tot aanpassing van het enquêterecht verschillende keren besproken. De Commissie heeft onder meer geadviseerd:

- geen onderscheid te maken tussen certificaten van aandelen die al dan niet met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven;
- expliciet te bepalen dat de rechtspersoon, vertegenwoordigd door het bestuur of de raad van commissarissen, kan verzoeken om een enquête;
- te verduidelijken dat de rechtspersoon een enquêteverzoek kan doen in het geval gedragingen van een of meerdere aandeelhouders daartoe aanleiding geven, onafhankelijk van de vraag of het gedrag in of buiten de algemene vergadering heeft plaatsgevonden;

- af te zien van een regeling waardoor de Stichting Autoriteit Financiële Markten een gelijke positie krijgt als De Nederlandsche Bank omdat daardoor een cumulatie van bevoegdheden kan optreden;
- in de memorie van toelichting te onderstrepen dat het bestuur van een rechtspersoon een ruime beleidsvrijheid heeft en het opnemen in de wet van een nieuwe toetsingsnorm of de business judgement rule onnodig is;
- in de wet te bepalen dat de Ondernemingskamer een termijn moet stellen voor het indienen van verweerschriften, bijvoorbeeld een week voor de zitting, ten behoeve van een goede procesorde;
- in de wet te bepalen dat de Ondernemingskamer slechts een onmiddellijke voorziening bepaalt nadat voorlopig is geoordeeld dat het enquêteverzoek kan worden toegewezen;
- de aansprakelijkheid van de onderzoeker te beperken tot het geval waarin deze door opzet of daaraan grenzende roekeloosheid schade heeft veroorzaakt;
- de onderzoeksfase te versterken door het aanstellen van een raadsheer-commissaris die de leiding heeft over het onderzoek en als aanspreekpunt kan optreden in de onderzoeksfase.

Het voorontwerp van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn aangepast naar aanleiding van het advies van de Commissie vennootschapsrecht en de reacties in de consultatieronde.

### **Toegang tot enquêteprocedure**

Uit het empirische onderzoek komt naar voren dat er een sterke stijging is opgetreden in het aantal enquêteverzoeken dat aan de Ondernemingskamer is voorgelegd sinds de invoering van de mogelijkheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen in 1994. Ook blijkt dat het overgrote deel van de verzoeken is ingediend ten aanzien van niet-beursvennootschappen. Het aantal verzoeken ten aanzien van beursvennootschappen is ook gestegen, maar is in absolute aantallen klein. Wel genereren enquêteverzoeken ten aanzien van beursvennootschappen veel meer publiciteit dan die ten aanzien van niet-beursvennootschappen. De stijging van het aantal enquêteverzoeken beoordeel ik niet negatief. Hoewel ik een voorkeur heb voor de beslechting van geschillen door partijen zelf, ondermeer omdat het draagvlak van een uitkomst gebaseerd op onderlinge overeenstemming optimaal is, dient er een rechtsgang open te staan indien een schikking niet (of vooralsnog niet) tot de mogelijkheden lijkt te behoren. Het heeft geen zin om het bestaan van geschillen te ontkennen. Om die reden is aangekondigd dat moet worden gezien of er aanleiding is de toegang tot de enquêteprocedure aan te passen. Voor een aanpassing is bijvoorbeeld relevant of de juiste belanghebbenden toegang hebben tot de procedure en of hun belang zodanig groot is dat het gerechtvaardigd is dat de rechtspersoon wordt geconfronteerd met een procedure die ingrijpende gevolgen heeft. Zo kan een onderzoeker het beleid en de gang van zaken binnen de rechtspersoon onderzoeken op kosten van de rechtspersoon. Ook zijn er publicitaire gevolgen omdat de Ondernemingskamer moet beoordelen of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen en/of onmiddellijke voorzieningen noodzakelijk zijn in verband met de toestand van de vennootschap of het belang van het onderzoek. De gevolgen voor de beeldvorming over een rechtspersoon zouden door verzoekers kunnen worden gebruikt om de rechtspersoon onder druk te zetten. Dat kan gerechtvaardigd zijn indien de verzoeker een voldoende groot belang heeft bij het functioneren van de rechtspersoon, maar kan onder omstandigheden ook worden misbruikt («tactical litigation»). Een lage toegangsdrempel kan de onderhandelingspositie van de verzoekende partij versterken, maar zou ook de bereidheid van deze partij om het geschil zonder tussenkomst van de rechter op te lossen kunnen vermin-

deren. Al de hiervoor genoemde omstandigheden vergen dat zorgvuldig wordt afgewogen aan wie de bevoegdheid tot het doen van een enquête-verzoek wordt toegekend.

#### *Leden vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en ECV*

Op grond van artikel 2:344 BW kan een enquêteprocedure worden gestart ten aanzien van de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die een onderneming in stand houdt waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld. Op grond van de Verordening betreffende het statuut van de Europese Coöperatieve vennootschap (ECV) (vgl. artikel 8 lid 1 sub c Verordening van de Raad (EG) nr. 1435/2003 betreffende het Statuut voor een Europese coöperatieve vennootschap) zijn de regels ten aanzien van de coöperatie van overeenkomstige toepassing op de ECV. Dat betekent dat ook bij die rechtspersoon een enquête kan worden gevraagd. Bij de genoemde rechtspersonen kan een verzoek om een enquête worden ingediend door ten minste 300 leden of zoveel leden dat zij ten minste een tiende deel van het ledental uitmaken of een tiende deel van de stemmen kunnen uitbrengen in de algemene vergadering (artikel 2:346 sub a BW). Op grond van deze regeling moet bij de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en ECV een substantieel deel van de leden of de zeggenschap worden vertegenwoordigd door de verzoekers in een enquêteprocedure. Is dat niet het geval, dan zijn de verzoekers niet ontvankelijk. Ik heb geen aanwijzingen dat de bestaande regeling niet voldoet.

#### *Aandeelhouders en certificaathouders NV, BV en SE*

Op grond van artikel 2:344 BW in samenhang met artikel 2:346 sub b BW, kunnen de houders van aandelen of certificaten van aandelen in een NV of BV, die ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn tot aandelen of certificaten daarvan tot een nominale waarde van € 225 000 of zoveel minder als de statuten bepalen, verzoeken om een enquête bij die NV of BV. Uitgangspunt is dat de aandeelhouders en certificaathouders die een substantieel belang in de vennootschap hebben, kunnen verzoeken om een enquête. Op grond van de Verordening betreffende het statuut van de Europese naamloze vennootschap (vgl. artikel 9 lid 1 sub c Verordening van de Raad (EG) betreffende het Statuut van de Europese naamloze vennootschap) zijn de regels ten aanzien van de NV van overeenkomstige toepassing op de Europese naamloze vennootschap (SE).

In het SER-advies «Evenwichtig ondernemingsbestuur» is aangegeven dat de bestaande regeling, die inhoudt dat aandeelhouders en certificaathouders die 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen een enquêteprocedure kunnen starten, in de praktijk slechts betekenis heeft voor relatief kleine ondernemingen. Bij beursvennootschappen moet normaliter een wel zeer groot bedrag worden geïnvesteerd voordat aandeelhouders en certificaathouders ten minste 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Voor aandeelhouders en certificaathouders van zeer grote vennootschappen is het dan eenvoudiger om beroep te doen op het alternatieve criterium, te weten dat de nominale waarde van hun aandelen of certificaten ten minste € 225 000 bedraagt. Die grens houdt echter geen rekening met de economische groei en inflatie in het verleden en is evenmin recent aangepast.

In het empirische onderzoek is de ontvankelijkheidsgrond betrokken waarop de kapitaalverschaffers zich in de praktijk hebben gebaseerd, voor zover deze grond is vermeld in de beschikkingen van de Ondernemingskamer (p. 67). Uit het onderzoek blijkt dat kapitaalverschaffers in 94% van de gevallen beroep deden op de omstandigheid dat zij 10% van het



geplaatste kapitaal vertegenwoordigden en in 6% van de gevallen beroep deden op de omstandigheid dat de nominale waarde van hun aandelen en certificaten tenminste € 225 000 vertegenwoordigden. Volgens de onderzoekers is het geen toeval dat deze percentages overeenstemmen met de verhouding tussen enquêteverzoeken bij niet-beursvennootschappen (94%) en beursvennootschappen (6%). De 10%-grens is vrijwel altijd de grondslag in enquêteprocedures bij niet-beursvennootschappen en de € 225 000-grens wordt in nagenoeg alle gevallen gebruikt voor enquêteprocedures bij beursvennootschappen.

In de praktijk geldt dus voor grote vennootschappen dat een relatief klein aandelenbelang toegang geeft tot het enquêterecht. Ik meen dat de bestaande regeling aldus onvoldoende evenwichtig is. Afweging van de belangen van de aandeelhouders en certificaathouders ten opzichte van de belangen van de vennootschap (en alle overige daarbij betrokkenen) brengt mij tot de conclusie dat de toegang tot de procedure voor aandeelhouders en certificaathouders aanpassing behoeft. De omvang van het belang van aandeelhouders en certificaathouders in zeer grote vennootschappen moet in een redelijke verhouding staan tot de omvang van de vennootschap voordat beroep kan worden gedaan op de enquêteprocedure. Dit vereist een aanscherping van de criteria (procentueel belang en marktwaarde). Ik verwijs naar de toelichting op artikel 2:346 BW.

#### *Gerechtigden op grond van statuten of overeenkomst met de rechtspersoon*

Voor alle rechtspersonen waarbij een enquête kan worden verzocht op grond van artikel 2:344 BW geldt dat die bevoegdheid (ook) kan worden toegekend aan een persoon of instantie via de statuten van de rechtspersoon of een overeenkomst met de rechtspersoon (artikel 2:346 sub c BW). Zo kan de bevoegdheid worden toegekend aan de ondernemingsraad, de Europese ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging.

Uit het empirische onderzoek komt naar voren dat in de periode 1994–2007 een enquêteverzoek in 4 gevallen is ingediend door de ondernemingsraad, individuele werknemers of een beschermingsstichting op basis van een daartoe toegekende bevoegdheid via de statuten of een overeenkomst met de rechtspersoon. Uit een later onderzoek in opdracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid («Gebruik, niet-gebruik of onderbenutting?» van R. Goodijk, H. van Ees en P. van Beurden, Kamerstukken II, 2008–2009, 31 700 XV, nr. 75) kan worden afgeleid dat in 2008 twee enquêteverzoeken zijn ingediend door een ondernemingsraad respectievelijk een personeelsvertegenwoordiging. Ik zie geen aanleiding om de bestaande regeling die inhoudt dat via de statuten of een overeenkomst met de rechtspersoon het recht kan worden toegekend om een enquêteprocedure te starten, aan te passen.

#### *Advocaat-generaal bij gerechtshof Amsterdam*

De advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam kan om redenen van openbaar belang een verzoek doen tot het instellen van een enquêteonderzoek (artikel 2:345 lid 2 BW). Hij kan ter voorbereiding van het verzoek ook een of meer deskundigen belasten met het inwinnen van inlichtingen over het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. De rechtspersoon is verplicht om de gevraagde inlichtingen te verschaffen en desgevraagd inzage te geven aan de deskundige in zijn boeken en bescheiden. De advocaat-generaal heeft in 5 gevallen verzocht om een enquête in de periode 1971–2007. Een openbaar belang is bijvoorbeeld aangenomen inzake Ogem (HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466). De Hoge Raad heeft in die zaak geoordeeld dat de Ondernemingskamer geen blijkt

heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omdat «het in deze zaak betreffende een onderneming van de omvang van Ogem, die in de vorm waarin zij door Ogem in stand werd gehouden haar einde heeft gevonden in een faillissement, gelet op de inhoud van het verslag van de commissie van onderzoek kwesties aan de orde zijn, waarvan het belang deze ter beoordeling aan de OK voor te leggen een veel ruimere kring raakt dan die der betrokken aandeelhouders en/of werknemers alleen». In de zaak Vie d'Or (beschikking van 3 augustus 1995, De NV 1995, p. 203) overwoog de Ondernemingskamer dat een optreden van de advocaat-generaal gerechtvaardigd was omdat de gebeurtenissen bij Vie d'Or een ernstige schok in de samenleving hebben veroorzaakt en het vertrouwen in het verzekeringsbedrijf in het geding is.

Ik meen dat het goed is de bestaande regeling te handhaven, omdat de mogelijkheid om op te treden om redenen van openbaar belang een belangrijke aanvulling is, bijvoorbeeld in het geval een bepaalde partij zelf geen toegang heeft tot de enquêteprocedure en voorts het openbaar belang in het geding is. Het is gerechtvaardigd dat dit belang door de advocaat-generaal kan worden behartigd.

#### *Vereniging van werknemers*

Ook werknemers zijn erkend als belanghebbenden bij het reilen en zeilen van de vennootschap. Een vereniging van werknemers die in de onderneming van de rechtspersoon werkzame personen onder haar leden telt en ten minste twee jaar volledige rechtsbevoegdheid bezit (mits zij krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen en als zodanig in de bedrijfstak of onderneming werkzaam is) kan sinds 1 januari 1971 verzoeken om een enquête (artikel 2:347 BW).

Uit het empirische onderzoek blijkt dat de vakbonden in de periode 1971–2007 15 enquêteverzoeken hebben ingediend. De meeste verzoeken zijn ingediend in de periode 1971–1994. Bij niet-beursvennootschappen zijn 6 verzoeken ingediend in de periode 1994–2007. In dezelfde periode zijn geen enquêteverzoeken ingediend ten aanzien van beursvennootschappen. In het empirische onderzoek is opgemerkt dat een vakbond zich in enkele recente procedures wel heeft gevoegd als belanghebbende. In 2008 – buiten de periode van het empirisch onderzoek – hebben vakbonden nog wel een enquêteverzoek ingediend (Ondernemingskamer 10 januari 2008, JOR 2008/39). De omstandigheid dat vakorganisaties in slechts enkele gevallen van hun enquêtebevoegdheid gebruik hebben gemaakt, laat het belang van die bevoegdheid onverlet. Gebleken is dat vakorganisaties hun enquêtebevoegdheid vooral gebruiken in gevallen van grootschalige reorganisaties, waarbij de werkgelegenheid in het geding is.

De vraag of een vakorganisatie op grond van de huidige regeling kan verzoeken om een enquête bij de moedervernootschap van de rechtspersoon waarin haar leden werkzaam zijn, is in verschillende juridische procedures aan de orde geweest. In de tachtiger jaren van de vorige eeuw waren omvangrijke reorganisaties door internationale concerns daarvoor de aanleiding. De besluiten aan de top van de concerns hadden ingrijpende gevolgen op het niveau van Nederlandse dochtervennootschappen, waaronder het voorgenomen ontslag van vele werknemers. De besturen van sommige Nederlandse dochtermaatschappijen achtten zich gehouden uitvoering te geven aan de besluiten die op het niveau van de topholding waren genomen. Deze situatie vormde voor de vakorganisaties aanleiding om een enquête te verzoeken dan wel voor de ondernemingsraad aanleiding om beroep in te stellen op grond van artikel 26 WOR. Uit verschillende uitspraken van de Ondernemingskamer (21 juni 1976, NJ 1980, 71 (Batco), 10 december 1981, NJ 1983, 24 (Ford) en 23 juni 1983, NJ 1986, 578 (Hyster)) komt naar voren dat het bestuur van



Nederlandse rechtspersonen een eigen verantwoordelijkheid draagt voor het uitvoeren van een besluit van haar aandeelhouders. Het vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap bepaalt in hoeverre haar bestuur moet meewerken aan besluiten die op concernniveau zijn genomen. De continuïteit van de dochtervennootschap mag niet in gevaar komen. Vanzelfsprekend geldt de eigen verantwoordelijkheid zowel in concerns waarvan de topholding zich in het buitenland bevindt als in Nederlandse verhoudingen.

De Ondernemingskamer is in verschillende beschikkingen ingegaan op de vraag of een enquête kan worden verzocht bij een moedervennootschap indien de leden van een vakorganisatie werkzaam zijn bij de dochtervennootschap. De Ondernemingskamer verstaat onder omstandigheden onder de rechtspersoon in de zin van artikel 2:347 BW (in wiens onderneming personen werkzaam zijn die lid zijn van de vakorganisatie) mede de rechtspersoon die als moedermaatschappij het beleid en de gang van zaken bepaalt in de rechtspersoon waar de leden van de enquête verzoekende vakorganisatie werkzaam zijn. Men zie Ondernemingskamer 17 maart 1994, NJ 1995, 408 (Janssen Pers), 21 oktober 1999, JOR 1998, 228 (IJsselwerf), 18 mei 2004, JOR 2004/195 (Esteves) en 10 januari 2008, JOR 2008/39 (PCM). Uit de bedoelde uitspraken volgt dat vakorganisaties waarvan de leden werkzaam zijn bij de dochtervennootschap, een enquête kunnen verzoeken bij de moeder indien aan twee voorwaarden is voldaan: (i) de moeder heeft overheersende zeggenschap over de dochter en (ii) de moeder gaat met die overheersende zeggenschap verder in de beleidsbepaling dan het zuiver optreden als aandeelhouder. Indien de moeder uitsluitend als aandeelhouder optreedt, kan dit optreden door middel van voorzieningen op dochterniveau worden gecorrigeerd.

Ook in het SER-advies «Evenwichtig Ondernemingsbestuur» uit 2008 komt de vraag aan de orde in hoeverre een vakorganisatie bevoegd is of zou moeten zijn om een enquête te verzoeken bij concerngenoten van de rechtspersoon in wiens onderneming haar leden werkzaam zijn. Een deel van de SER acht het wenselijk dat de wet op dit punt meer duidelijkheid biedt en adviseert te bepalen dat een vakbond met leden onder de werknemers van de dochtervennootschap een enquête kan verzoeken ten aanzien van het beleid en de gang van zaken van de moedervennootschap (ook als hij bij deze vennootschap geen leden heeft), mits ten minste 25 procent van het totale aantal werknemers van de moeder en de dochter tezamen in Nederland werkzaam is. Een ander deel van de SER meent dat de bestaande regeling afdoende mogelijkheden biedt om met het oog op de belangen van Nederlandse werknemers onderzoek te laten instellen naar bestuursbesluiten op internationaal concernniveau die gevolgen hebben voor Nederlandse werknemers. Van een lacune in de regelgeving is volgens dit deel van de SER geen sprake.

Ik meen dat een enquête in beginsel moet plaatsvinden bij de rechtspersoon waar de gevolgen van een besluit optreden. In veel gevallen zal een enquête op het niveau van de desbetreffende rechtspersoon uitkomst bieden en kan het beleid van de moedervennootschap dat de dochtervennootschap raakt worden gecorrigeerd door middel van een voorziening bij de dochter op de voet van artikel 2:356 BW. Zo kan worden ingegrepen in het bestuur van de dochter (artikel 2:356 onderdeel b BW) en is ook een tijdelijke overdracht van de aandelen van de moeder ten titel van beheer mogelijk (artikel 2:356 sub e BW). Onder uitzonderlijke omstandigheden kan het evenwel zinvol zijn een enquête in te stellen bij de moeder zelf. Daartoe kan worden overgegaan wanneer de moeder en de dochter tezamen de onderneming in stand houden waar de leden van de vakorganisatie werkzaam zijn. Ik verwijs naar de eerdergenoemde jurisprudentie van de Ondernemingskamer, die aangeeft wanneer een doorbraak van de enquêtebevoegdheid gerechtvaardigd is. Of voor een doorbraak voldoende aanleiding bestaat, kan uitsluitend aan de hand van de omstandigheden van het geval (de mate van inmenging door de

moeder) worden bepaald. Een doorbraak is naar mijn mening niet steeds gerechtvaardigd indien wordt aangetoond dat een vakbond leden heeft onder de werknemers van een dochtervennootschap (maar niet bij de moedervernootschap) en tenminste 25 procent van het totale aantal werknemers van de moeder en de dochters tezamen in Nederland werkzaam is. Een dergelijke regeling zou tot gevolg hebben dat vakorganisaties de bevoegdheid krijgen om een enquête te vragen naar aanleiding van besluiten op internationaal holdingniveau terwijl zij geen gevolgen hebben voor de Nederlandse rechtspersoon. Ook zouden de vakorganisaties de bevoegdheid krijgen om een enquête te verzoeken in gevallen waarin geen sprake is van enige relevante representatie van de organisatie in het internationale concern(deel) waarop het enquêteverzoek betrekking heeft. Een dergelijke uitbreiding van de toegang voor vakorganisaties tot het enquêterecht past niet bij de uitgangspunten van territorialiteit (Nederlandse wetgeving geldt voor het Nederlandse grondgebied) en legitimiteit (Nederlandse medezeggenschapsorganen hebben een beperkte invloed ten aanzien van internationaal concernbeleid omdat zij uitsluitend werknemers in Nederland vertegenwoordigen) van de Nederlandse regelgeving. Overigens zou een dergelijke regeling ook negatieve gevolgen kunnen hebben voor het Nederlandse vestigingsklimaat.

### *EESV*

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat een enquête ook kan worden verzocht ten aanzien van een Europees economische samenwerkingsverband met zetel in Nederland. Op grond van artikel 3 lid 3 van de Uitvoeringswet verordening tot instelling van Europese Economische samenwerkingsverbanden kan een verzoekschrift worden ingediend door de leden van het samenwerkingsverband, een vereniging van werknemers als bedoeld in artikel 2:347 BW, alsmede degenen aan wie daartoe die bevoegdheid is verleend bij de oprichtingsovereenkomst of bij overeenkomst met het samenwerkingsverband.

### *Sectorspecifieke regelgeving*

De toegang tot de Ondernemingskamer op grond van het enquêterecht is in een enkel geval ook via sectorspecifieke regelgeving opengesteld voor bepaalde derden-belanghebbenden. Het enquêterecht is per 1 januari 2006 opengesteld voor de cliëntenvertegenwoordiging van zorginstellingen. Indien de instelling de rechtsvorm van een stichting of vereniging heeft, moet zij in de statuten het enquêterecht openstellen voor een orgaan dat de cliënten van de instelling vertegenwoordigt (artikel 6.2 Besluit toelating zorginstellingen). De instelling kan die bevoegdheid ook aan anderen toekennen.

Per 1 januari 2007 is het enquêterecht toegekend aan het zogenoemde verantwoordingsorgaan van pensioenfondsen (artikel 219 jo. 33 Pensioenwet en artikel 212 jo. 42 Wet verplichte beroepspensioenregeling). Het verantwoordingsorgaan is een orgaan samengesteld uit de geledingen van de pensioengerechtigden, de deelnemers en de werkgevers. Door het bestuur van het pensioenfonds wordt aan het verantwoordingsorgaan verantwoording afgelegd over het beleid en de wijze waarop het is uitgevoerd en over de naleving van de principes voor goed pensioenfondsbestuur zoals bedoeld in het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet Verplichte beroepspensioenregeling van 18 december 2006.

Hiervoor heb ik aangegeven dat ik de toegang tot de enquêteprocedure voor de aandeelhouders en certificaathouders van zeer grote vennootschappen met de rechtsvorm van de NV, BV of SE wil aanpassen. Daarnaast moet de vraag worden beantwoord of de enquêteprocedure

moet worden opengesteld voor de ondernemingsraad en/of de rechtspersoon zelf een enquêteverzoek moeten kunnen indienen. Op de positie van deze belanghebbenden wordt hierna ingegaan.

### *Positie ondernemingsraad*

De erkenning van de belangen van werknemers bij het beleid van de rechtspersoon heeft reeds geleid tot de invoering van een enquêterecht voor de vakorganisaties met leden in de rechtspersoon. Ook de ondernemingsraad, die bij een onderneming met 50 of meer werknemers moet worden ingesteld, behartigt de belangen van de werknemers. De ondernemingsraad kan daarom, zoals elke belanghebbende, opkomen in een lopende enquêteprocedure (artikel 282 Rv). Belanghebbenden kunnen een verweerschrift met desgewenst een zelfstandig verzoek – dat betrekking moet hebben op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek – indienen. Indien een vakorganisatie een enquêteprocedure wil starten, dient zij het gevoel van de ondernemingsraad te peilen op straffe van niet-ontvankelijkheid (artikel 2:349 lid 2 BW). De ondernemingsraad kan voorts zelf om een enquête verzoeken indien die bevoegdheid bij de statuten of een overeenkomst met de rechtspersoon is toegekend (artikel 2:346 onderdeel e BW).

De SER heeft in zijn eerdergenoemde advies over evenwichtig ondernemingsbestuur geoordeeld dat ondernemingsraden (en vakbonden) in het Nederlandse medezeggenschapsrecht adequate middelen hebben om (strategische) besluiten van ondernemingen, waaronder besluiten omtrent fusie, overname en herstructurering, te beïnvloeden. De SER concludeert dat voor een fundamentele herziening van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen thans geen aanleiding bestaat. Reeds lange tijd bestaat binnen de SER verschil van mening over het antwoord op de vraag of het enquêterecht als zelfstandig recht moet worden opengesteld voor de ondernemingsraad. Zowel in 2003 als in 2008 heeft de SER in dat verband een verdeeld advies uitgebracht. Uit het SER-advies «Aanpassing van de wet op de ondernemingsraden» uit 2003 (03/12), waarnaar wordt verwezen in het SER-advies «Evenwichtig ondernemingsbestuur» uit 2008, volgt dat een deel van de SER een zelfstandige bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot enquête wil toekennen aan de ondernemingsraad omdat deze vanwege de nauwe betrokkenheid bij de gang van zaken in de onderneming goed zicht heeft op eventueel onjuist beleid. Daarbij heeft dit deel van de SER aangevoerd dat er behoefte bestaat aan een enquêterecht, ondanks het via de Wet op de ondernemingsraden toegekende advies- en beroepsrecht terzake belangrijke voorgenomen bestuursbesluiten (artikel 25–26 WOR). Gedacht is aan situaties waarin het niet gaat om concrete voorgenomen besluiten van de ondernemer, maar waarbij de ondernemingsraad tekortkomingen in de gang van zaken of misstanden in het management aan de orde wil stellen. Als voorbeeld is genoemd het geval dat er een impasse bestaat tussen of binnen organen van de rechtspersoon. Samenloop met de Wet op de ondernemingsraden zou via wetgeving kunnen worden ondervangen, aldus dit deel van de SER, bijvoorbeeld door de ondernemingsraad in dat geval niet ontvankelijk te verklaren. Een ander deel van de SER heeft bezwaar tegen de toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad als zelfstandig recht, vooral omdat de ondernemingsraad geen reële verhaalsmogelijkheid biedt indien het enquêteverzoek achteraf lichtvaardig blijkt. Dit deel van de SER voert aan dat niet alleen een daadwerkelijk gehouden enquête – met welke uitslag dan ook – maar reeds een bij de Ondernemingskamer ingediend verzoek en zelfs het bekend worden van een mogelijk voornemen van een enquêteverzoek, een golf van negatieve en onjuiste publiciteit teweeg kan brengen, waartegen ondernemingen zich moeilijk kunnen verweren.

De Commissie vennootschapsrecht heeft in haar advies van 19 oktober 2010 aangegeven dat de vraag of het enquêterecht rechtstreeks moet toekomen aan de ondernemingsraad primair een rechtspolitieke keuze betreft. De Commissie heeft gezien welke nadelen zouden kleven aan het toekennen van het enquêterecht aan de ondernemingsraad. De Commissie wijst er op dat de Wet op de ondernemingsraden een uitgewerkt systeem van medezeggenschap bevat dat niet goed valt te rijmen met de toekenning van het enquêterecht. Zo heeft de ondernemingsraad adviesrecht ten aanzien van – samengevat – belangrijke voorgenomen besluiten die de organisatie van de onderneming raken (overdracht zeggenschap, belangrijke inkrimping, belangrijke investering, aantrekken belangrijk krediet; artikel 25 WOR). De ondernemingsraad kan bij de Ondernemingskamer beroep instellen tegen een besluit van de ondernemer wanneer dat besluit niet in overeenstemming is met het advies van de ondernemingsraad of wanneer in het geheel geen advies aan de ondernemingsraad is gevraagd (artikel 26 WOR). Wanneer het enquêterecht zou worden toegekend aan de ondernemingsraad, naast de bestaande bevoegdheden op grond van de WOR, zou dit ertoe kunnen leiden dat de ondernemingsraad, nadat hij is geconfronteerd met een afwijzing door de rechter terzake een niet opgevolgd advies, dezelfde kwestie opnieuw kan voorleggen aan de rechter via de enquêteprocedure. Een «dubbele» rechtsingang leidt tot een dubbele belasting van de rechtspersoon en komt de rechtszekerheid niet ten goede. Toekenning van het enquêterecht zou binnen de onderneming ook conflictbevorderend kunnen werken en past overigens niet goed bij de verdeling van verantwoordelijkheden binnen de rechtspersoon, aldus de Commissie. De Commissie merkt verder op dat het huidige enquêterecht reeds toelaat dat de ondernemingsraad opkomt in een enquêteprocedure als belanghebbende en het enquêterecht reeds is toegekend aan vakorganisaties. Zij meent dat de belangen van de werknemers op die wijze reeds voldoende kunnen worden behartigd. De Commissie heeft afsluitend opgemerkt dat de toekenning van het enquêterecht tot gevolg zou hebben dat de ondernemingsraad als enige een enquêteprocedure kan entameren zonder risico voor een proceskostenveroordeling en zonder risico voor aansprakelijkheid vanwege een niet op redelijke gronden gedaan verzoek. De vraag of de ondernemingsraad een zelfstandig enquêteverzoek moet kunnen indienen is ook aan de orde gesteld in de eerdergenoemde expert meetings. Geen van de experts was voorstander van een ongeclausuleerd recht op toegang tot de enquêteprocedure voor de ondernemingsraad. Een geclausuleerd recht vereist dat wordt voorzien in extra waarborgen voor het geval de ondernemingsraad een enquêteverzoek indient. Zo'n waarborg zou tot resultaat moeten hebben dat hetzij een lichtvaardig enquêteverzoek kan worden voorkomen, hetzij een derde een eventuele veroordeling in de kosten c.q. een schadevergoeding voor zijn rekening neemt. Voor wat betreft de laatste mogelijkheid zie ik geen rechtvaardiging voor een wettelijke regeling die een derde verplicht om de risico's van een veroordeling van de ondernemingsraad op zich te nemen. Ook de invoering van een extra barrière om lichtvaardige verzoeken te voorkomen lijkt moeilijk uitvoerbaar. Voor een met artikel 2:350 lid 2 BW vergelijkbaar resultaat moet de veroordeling van de ondernemingsraad tot vergoeding van schade wegens een onredelijk enquêteverzoek mogelijk zijn. Die veroordeling vindt echter niet plaats aan het begin van de procedure; een kostenveroordeling op de voet van artikel 2:354 lid 2 BW kan pas plaatsvinden wanneer het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon is afgerond. De uitkomst van het onderzoek is bepalend voor de vraag of het verzoek ten onrechte is gedaan. Die uitkomst kan niet aan het begin van de procedure worden voorzien. Het is dan ook niet goed mogelijk om de ondernemingsraad tijdig van het enquêteverzoek uit te sluiten.

In het verlengde van het voorgaande merk ik nog op dat de omstandigheid dat de ondernemingsraad rechtspersoonlijkheid ontbeert, tot gevolg heeft dat hij niet beschikt over een eigen vermogen dat vatbaar is voor uitwinning. Weliswaar zou vergelijkbaar met het bepaalde in artikel 22a WOR kunnen worden bepaald dat de ondernemingsraad niet in de proceskosten kan worden veroordeeld, maar zo'n voorziening ligt in het enquêterecht niet voor de hand omdat de mogelijke veroordeling tot een schadevergoeding of een kostenveroordeling bedoeld is als een waarborg tegen lichtvaardige enquêteverzoeken. In dit kader bepaalt artikel 2:350 lid 2 BW dat wanneer de Ondernemingskamer het enquêteverzoek afwijst en daarbij beslist dat het naar haar oordeel niet op redelijke grond is gedaan, de rechtspersoon tegen de verzoeker een eis kan instellen tot vergoeding van de schade die zij ten gevolge van het verzoek heeft geleden. Daarnaast bepaalt artikel 2:354 lid 2 BW dat de Ondernemingskamer na kennisneming van het verslag op verzoek van de rechtspersoon kan bepalen dat deze de kosten van het onderzoek geheel of gedeeltelijk op de verzoeker kan verhalen indien uit het verslag blijkt dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan. Deze waarborg zou wegvallen wanneer een veroordeling van de ondernemingsraad wordt uitgesloten. Uitsluiting van het risico van veroordeling zou overigens ook tot gevolg kunnen hebben dat de ondernemingsraad door andere enquêtebevoegden onder druk wordt gezet om een enquêteverzoek in te dienen, zodat die derden het risico van een kostenveroordeling kunnen vermijden.

Van de hiervoor genoemde voor- en nadelen die samenhangen met de toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad vind ik zwaar wegen dat de ondernemingsraad bevoegdheden zou krijgen ten aanzien van besluiten van het bestuur waarvoor hij ook al adviesrecht en beroepsrecht heeft op grond van de Wet op de ondernemingsraden. Omdat de ondernemingsraad zijn standpunt ten aanzien van dergelijke besluiten reeds kan laten toetsen door de rechter, gaat het te ver wanneer de ondernemingsraad – na een afwijzing door de rechter – dezelfde kwestie zou kunnen voorleggen via de enquêteprocedure. Ik zie ook geen aanleiding voor toekenning van het enquêterecht voor andere gevallen dan die waarvoor adviesrecht en beroepsrecht geldt. Het voorbeeld dat uit het SER-advies naar voren komt – met verwijzing naar het advies uit 2003 – is het geval dat er een impasse bestaat tussen of binnen de organen van de rechtspersoon. Gedacht kan worden aan het geval dat het bestuur en de algemene vergadering het niet eens zijn over het te voeren beleid of dat er een patstelling bestaat binnen de algemene vergadering waardoor een door het bestuur voorgestelde fusie niet kan plaatsvinden. Het bestuur van de rechtspersoon heeft in dergelijke gevallen een centrale rol. Daarom is van belang dat het wetsvoorstel inhoudt dat de rechtspersoon ook zelf een enquêteverzoek kan indienen (artikel 2:346 lid 1, onderdeel d BW), daarbij vertegenwoordigd door het bestuur of de raad van commissarissen (artikel 2:346 lid 2 BW). In dat geval moet de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk op de hoogte worden gesteld van het verzoek (artikel 2:349 lid 1 BW). Voor het indienen van een enquêteverzoek door de rechtspersoon zelf kan bijvoorbeeld aanleiding bestaan indien het bestuur van een NV geen uitvoering wil geven aan wensen van de algemene vergadering omdat zij kunnen leiden tot een aanzienlijk verlies van werkgelegenheid. Het belang van de rechtspersoon, waarbij het bestuur en de raad van commissarissen het belang van de werknemers moeten betrekken, kan aanleiding zijn om dan een enquête te verzoeken naar de besluitvorming van de algemene vergadering. Op die nieuwe regeling wordt hierna nader ingegaan.

Overigens kan toekenning van enquêterecht voor andere gevallen dan die gedekt door artikel 25 en 26 WOR ook leiden tot een belangrijke wijziging van de invloed van de ondernemingsraad op de gang van zaken in de onderneming. De ondernemingsraad krijgt dan immers een belangrijke

bevoegdheid ten aanzien van kwesties waarvoor hij overigens geen inspraak heeft. Dat verhoudt zich niet met het standpunt van de SER dat voor een fundamentele herziening van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen thans geen aanleiding bestaat. Daarbij zou de ondernemingsraad voorts als enige een enquêteprocedure kunnen starten zonder risico voor een proceskostenveroordeling en zonder risico voor aansprakelijkheid vanwege een niet op redelijke gronden gedaan verzoek (anders dan derden-belanghebbenden die via sector specifieke wetgeving enquêterecht hebben gekregen). Ik meen dat het recht van de ondernemingsraad om zich als belanghebbende te voegen in lopende enquêteprocedures (artikel 282 Rv.) volstaat. Daardoor kan de ondernemingsraad de eigen belangen en gezichtspunten naar voren brengen, wanneer een enquêteprocedure is gestart door een ander dan de ondernemingsraad. Voorts blijft de mogelijkheid bestaan voor vakorganisaties met leden in de rechtspersoon, alsook de mogelijkheid om de enquêtebevoegdheid toe te kennen aan de ondernemingsraad via de statuten van de rechtspersoon of een overeenkomst met de rechtspersoon.

#### *Positie rechtspersoon*

De rechtspersoon kan thans geen enquête aanvragen ten aanzien van het beleid en de gang van zaken bij zichzelf. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het huidige recht daartoe geen grondslag inhoudt (HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225, De Vries Robbé). Totdat de Hoge Raad deze uitspraak deed, trad de vennootschap met enige regelmaat op als verzoekster, zo blijkt uit het empirische onderzoek. In de periode 1994–1999 was dat in 9% van de enquêteprocedures het geval. Ook in de periode tot 1 februari 2002 zijn nog verschillende verzoeken ingediend door de vennootschap. Uit het empirische onderzoek kan worden afgeleid dat er in elk geval tot 1 februari 2002 bij de rechtspersoon een behoefte aanwezig was om desgewenst zelf een enquêteverzoek te kunnen indienen. Ook kan uit het onderzoek worden afgeleid dat de vennootschap in een aantal gevallen uitdrukkelijk de weg heeft bereid voor het entameren van een enquête bij haarzelf, doordat zij die mogelijkheid primair ten behoeve van een derde, maar wellicht ook ten behoeve van haarzelf, heeft opgenomen in haar statuten of in een overeenkomst (artikel 2:346 onderdeel c BW). De SER heeft opgemerkt dat het wenselijk is dat de vennootschap zelf kan verzoeken om een onderzoek naar de gang van zaken van de vennootschap (08/01, p. 58). Binnen concernverband zou echter uitsluitend de moedervernootschap moeten kunnen besluiten tot een enquêteverzoek ten aanzien van haarzelf of een dochtervennootschap, aldus de SER (p. 58, voetnoot 18). De adviserende leden bij de SER (Eumedion en Veb) waren niet op voorhand tegen een enquêterecht voor de vennootschap zelf. Wel voerden zij aan dat aandacht moet worden besteed aan de criteria op basis waarvan het bestuur een verzoek mag indienen voor een onderzoek naar de gang van zaken van de vennootschap en het gedrag van organen van de vennootschap. De adviserende leden waren van mening dat misbruik van de bevoegdheid door het bestuur moet worden voorkomen. De Ondernemingskamer moet bij elk verzoek om een enquête beoordelen of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van de rechtspersoon te twijfelen voordat het verzoek mag worden toegewezen (artikel 2:350 lid 1 BW). Een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon kan betrekking hebben op de gehele omvang daarvan of een gedeelte of een bepaald tijdvak (artikel 2:345 lid 1 BW). Het beleid van de rechtspersoon wordt primair bepaald door het bestuur en de raad van commissarissen. Een goed bestuur van rechtspersonen vereist naar mijn mening een goed toezicht op de bestuurders die de dagelijkse gang van zaken op zich nemen en het beleid voor de langere termijn vormgeven alsmede een behoorlijke verantwoording van die bestuurders aan de toezichthouders (commissarissen) en de algemene vergadering (aandeel-



houdersvergadering of ledenvergadering). In het geval dat aan de juistheid van het beleid van de rechtspersoon, zoals ingezet door het bestuur en/of de raad van commissarissen, wordt getwijfeld, ligt voor de hand dat zij daarop worden aangesproken door de algemene vergadering. De algemene vergadering heeft ook bevoegdheden waarmee het bestuur en de raad van commissarissen onder druk kunnen worden gezet. Zo zou de aandeelhoudersvergadering van een NV kunnen dreigen met het ontslag van bestuurders en commissarissen. Ook zou de aandeelhoudersvergadering kunnen weigeren om een voorgesteld bezoldigingsbeleid of voorgelegde jaarrekening vast te stellen. Zou het bestuur en/of de raad van commissarissen ongevoelig blijken voor de bezwaren die door een deel van kapitaalverschaffers zijn geuit en zou er onvoldoende steun of gelegenheid zijn voor een ingrijpen via besluitvorming van de algemene vergadering, dan kan op grond van de huidige regeling een enquête worden verzocht door kapitaalverschaffers met een aanzienlijk belang in de NV (vgl. artikel 2:346 BW). Vervolgens zal de Ondernemingskamer moeten beoordelen of de verzoekers ontvankelijk zijn en of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.

Het voorgaande laat onverlet dat de enquête ook betrekking kan hebben op de gedragingen van andere organen dan het bestuur en de raad van commissarissen, zoals het gedrag van de algemene vergadering (HR 9 juli 1990, NJ 1991, nr. 51 (Sluis)). De gedragingen van alle organen van de rechtspersoon kunnen relevant zijn voor de vraag of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen c.q. wanbeleid. Dat lijkt mij ook juist omdat het gedrag van alle organen gevolgen kan hebben voor de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming.

Een enquête naar het gedrag van de algemene vergadering kan op grond van de bestaande regeling worden verzocht door de eerdergenoemde verzoekers. De rechtspersoon (vertegenwoordigd door zijn bestuur) kan dat verzoek vooralsnog niet doen. Dit verschil in positie waar het gaat om de mogelijkheden om een geschil in de vennootschappelijke verhoudingen voor te leggen aan de Ondernemingskamer wil ik wegnemen; ook de rechtspersoon kan er belang bij hebben dat de Ondernemingskamer oordeelt over het gedrag van de algemene vergadering. Zo kan er behoefte zijn aan een onderzoek wanneer sprake is van een patstelling in de aandeelhoudersvergadering (50%–50%) waardoor wezenlijke besluiten niet kunnen worden genomen. Een ander voorbeeld is een patstelling tussen het bestuur en de algemene vergadering die beide een wezenlijk verschillend beleid voorstaan, terwijl het bestuur meent dat het voortbestaan van vennootschap afhankelijk is van besluitvorming op korte termijn. Wanneer de algemene vergadering in een dergelijk geval haar instemming weigert voor het beleid dat het bestuur voorstaat of aanwijzingen geeft die het bestuur niet wil opvolgen, zou het belang van de vennootschap in het geding kunnen komen, bijvoorbeeld omdat het ontslag van vele werknemers dreigt. Het desbetreffende gedrag moet voldoende zwaarwegend c.q. ingrijpend zijn om te concluderen dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.

In aanvulling op het voorgaande merk ik nog op dat ook het gedrag van een individuele aandeelhouder aanleiding kan geven voor een enquête indien dat gedrag de gang van zaken binnen de vennootschap voldoende sterk raakt. Daarbij moet worden bedacht dat het gedrag van een individuele aandeelhouder normaliter niet dezelfde invloed heeft als het gedrag van de algemene vergadering; zijn invloed is in beginsel beperkt tenzij hij de steun krijgt van een belangrijk deel van de andere aandeelhouders. De voorgestelde regeling heeft tot gevolg dat het oordeel van de rechter kan worden gevraagd, ook wanneer dat gedrag buiten de (jaarlijkse) algemene vergadering plaatsvindt. De beoordeling van de feiten en omstandigheden in een bepaald geval kan aan de Ondernemingskamer worden overgelaten.

Het oordeel van de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure over een bepaald aandeelhoudersbesluit, het gedrag van de algemene vergadering of een individuele aandeelhouder geeft overigens geen antwoord op de vraag of een individuele aandeelhouder aansprakelijk kan worden gehouden voor de gang van zaken binnen de vennootschap. Dat zal desgewenst in een aansprakelijkheidsprocedure, waarbij het gedrag van de desbetreffende aandeelhouder centraal staat, moeten worden vastgesteld. Daarbij zal onder meer de omvang van het kapitaalbelang en het stemgedrag, de vraag of hij handelt binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid en de vraag of hij handelt als feitelijke beleidsbepaler een rol kunnen spelen.

De rechtspersoon wordt in beginsel vertegenwoordigd door het bestuur. Het bestuur dient te handelen in het belang van de rechtspersoon. Voor NV's en BV's wordt dat na inwerkingtreding van de wet van 6 juli 2011, Stb. 2011, 275 tot wijziging van Boek 2 van het BW in verband met de aanpassing van regels over het bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen uitdrukkelijk bepaald in artikel 2:129/239 lid 5 BW; wanneer het bestuur verzoekt om een enquête, moet dit in overeenstemming zijn met het vennootschappelijk belang. Een zo belangrijke beslissing als de start van een enquêteprocedure moet kunnen worden getoetst door de raad van commissarissen. Dat vereist dat het bestuur de raad van commissarissen op de hoogte stelt van het (voornemen tot het) indienen van een enquêteverzoek.

Het bestuur van de vennootschap moet bij zijn afwegingen onder meer het belang van de werknemers betrekken. Hiervoor noemde ik al het voorbeeld dat het bestuur een verzoek van de algemene vergadering niet wil opvolgen omdat dit tot een aanzienlijk verlies van werkgelegenheid zou leiden. Dit kan aanleiding zijn voor het bestuur om een enquête te verzoeken naar het gedrag van de algemene vergadering van de vennootschap. Het wetsvoorstel houdt in dat de ondernemingsraad, als vertegenwoordiger van de werknemers, op de hoogte wordt gesteld van het feit dat de rechtspersoon een enquêteverzoek indient. De ondernemingsraad kan vervolgens overwegen of hij zich voegt in de procedure. Het vennootschappelijk belang staat ook voorop indien een vennootschap onderdeel uitmaakt van een concern. Het bestuur van een concernvennootschap is gehouden om het eigen vennootschappelijk belang als toetssteen te hanteren en mag het concernbelang niet op voorhand de doorslag laten geven. Ik zie dan ook geen aanleiding om de mogelijkheid van een enquête te onthouden aan een dochtervennootschap in een concern, die de besluitvorming van haar aandeelhoudersvergadering c.q. het gedrag van haar aandeelhouder aan de orde wenst te stellen. Het bestuur van die dochtervennootschap heeft zijn eigen verantwoordelijkheid voor het beleid en de gang van zaken binnen de vennootschap, ondanks de positie van de vennootschap binnen het concern.

De mogelijkheid voor de rechtspersoon om een enquête te verzoeken wordt opgenomen in artikel 2:346 onderdeel d BW. De regeling houdt in dat elke rechtspersoon waarvan het beleid onderwerp van een enquête kan zijn, ook zelf bevoegd is om het desbetreffende verzoekschrift in te dienen. Naast een onderzoek naar het gedrag van de algemene vergadering, kan er onder bijzondere omstandigheden wellicht behoefte zijn aan een oordeel over het gedrag van een individuele aandeelhouder of een vorig bestuur dan wel een ander orgaan van de rechtspersoon. Ook in die gevallen kan een enquête worden verzocht wanneer de rechtspersoon toegang krijgt tot de enquêteprocedure. De verplichting om de raad van commissarissen en de ondernemingsraad te informeren over de start van de procedure is opgenomen in artikel 2:349 lid 1 BW.

Tijdens de rondetafelgesprekken is geopperd dat een belangenbehartiger in de zin van artikel 3:305a BW altijd een enquêteverzoek moet kunnen indienen. Een dergelijke belangenbehartiger is een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die ingevolge haar statuten de gelijksoortige belangen van andere personen behartigt. De desbetreffende belangen worden dan gebundeld in de stichting of vereniging. Voor een dergelijke uitbreiding van de toegang tot het enquêterecht voel ik niet. De bestaande regeling heeft in combinatie met de aanpassingen die met dit wetsvoorstel worden voorgesteld tot gevolg dat de kapitaalverschaffers, de leden, de vakorganisaties en de rechtspersoon kunnen verzoeken om een enquête. Daarnaast kan de regeling worden uitgebreid tot andere belanghebbenden via een regeling in de statuten of een overeenkomst met de rechtspersoon. Ook kan de advocaat-generaal bij het Hof Amsterdam in het openbaar belang verzoeken om een enquête. Daarmee hebben organisaties met een gerechtvaardigd belang bij een enquête voldoende mogelijkheden om een enquête te verzoeken. Wanneer elke stichting of vereniging in de zin van artikel 3:305a BW een enquête zou kunnen verzoeken is niet verzekerd dat de procedure wordt gestart door een partij met een voldoende groot belang bij de rechtspersoon. Zo staat niet vast hoeveel personen zich hebben verenigd, noch dat het belang van de personen die zich hebben verenigd een enquête bij de rechtspersoon rechtvaardigt. Welk belang wordt immers door hun stichting of vereniging behartigd? Zij kunnen kiezen voor elk willekeurig belang; de statuten van de stichting of vereniging zijn bepalend. Omdat hun belang niet is ingekaderd, is voorts onduidelijk of zij baat zouden hebben bij de voorzieningen in de zin van artikel 2:356 BW. Ook zou het gevolg kunnen zijn dat de eisen van artikel 2:346 BW worden ontweken. Toegang tot de enquêteprocedure voor elke belangenbehartiger in de zin van artikel 3:305a BW zou tot gevolg kunnen hebben dat aandeelhouders met een miniem kapitaalbelang in een vennootschap in staat zouden zijn om de procedure te starten via een stichting of vereniging, terwijl zijzelf bij lange na niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 2:346 BW. Dit acht ik vanwege de ingrijpende gevolgen van een enquêteprocedure niet opportuun.

### **Toetsing door de Ondernemingskamer**

De Ondernemingskamer kan op grond van de bestaande regeling onmiddellijke voorzieningen treffen in verband met de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek (artikel 2:349a lid 2 BW). Een enquêteverzoek mag slechts toegewezen worden blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen (artikel 2:350 lid 1 BW). Definitieve voorzieningen kunnen worden getroffen wanneer de Ondernemingskamer oordeelt dat sprake is van wanbeleid (artikel 2:355 BW). In een lange reeks uitspraken van de Ondernemingskamer en ook de Hoge Raad is een nadere invulling gegeven aan de regeling van het enquêterecht. Richtinggevend is bijvoorbeeld de uitspraak van de Hoge Raad 26 juni 2009 (QWEST), waarin is overwogen: «3.2.4 De aan de ondernemingskamer gegeven bevoegdheid een enquête te bevelen is een discretionaire: bij de uitoefening van die bevoegdheid dient een afweging van de betrokken belangen plaats te vinden, met dien verstande dat ingevolge art. 2:350 lid 1 BW voor toewijzing van een verzoek slechts plaats is wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen. De Ondernemingskamer kan de bevoegdheid om een enquête te bevelen slechts uitoefenen ten aanzien van het aan haar voorgelegde concrete verzoek. Dit brengt mee dat een door haar te maken belangenafweging moet steunen op feiten en omstandigheden, zoals die zich voordoen in het haar voorgelegde geval. De ondernemingskamer zal bij

deze belangenafweging, hoezeer die ook plaats heeft in het concrete geval, naast de doeleinden van het enquêterecht mede de bezwaren tegen een ruime toepassing van het middel van enquête moeten betrekken, en de aard van het tussen de verzoeker en de rechtspersoon bestaande geschil in aanmerking moeten nemen. Zij behoeft evenwel niet telkens in de motivering van de beslissing tot uitdrukking te brengen dat bij de bedoelde bezwaren in de beoordeling heeft betrokken.»

Op grond van de jurisprudentie van de Ondernemingskamer (vgl. het empirische onderzoek, p. 26) kunnen onder meer de volgende omstandigheden worden aangemerkt als gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen:

- impasse in de besluitvorming in het bestuur en/of de algemene vergadering;
- niet naar behoren verstrekken van informatie van het bestuur aan (minderheids)aandeelhouders;
- verstrengeling van belangen door bestuurders, commissarissen en/of aandeelhouders;
- niet-vaststellen van de jaarrekening (voor zover daar bezwaar tegen is gemaakt door verzoekers of belanghebbenden) en/of het niet naar behoren voeren van een (financiële) administratie;
- voeren van een onredelijke dividendpolitiek;
- uitlenen van activa van de vennootschap zonder enige vorm van zekerheid te bedingen.

De SER heeft in het advies Evenwichtig ondernemingsbestuur geadviseerd te bepalen dat de rechter die in het kader van artikel 2:349a BW een verzoek om onmiddellijke voorzieningen krijgt voorgelegd, bij zijn beoordeling van de vraag of de toestand van de rechtspersoon een onmiddellijke voorziening rechtvaardigt, de business judgement rule in acht moet nemen (p. 52). Daarnaast is geadviseerd om de begrippen «gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen» en «wanbeleid» niet te wijzigen, maar wel toe te lichten dat de rechter zijn toetsingsbeleid moet afstemmen op de business judgement rule. De SER merkt in dat verband op dat «De sterke kant van de business judgement rule is dat zij de rechter door verschillende soorten toetsen die in uiteenlopende gevallen gevolgd dienen te worden, dwingt om zijn oordeel dieper te motiveren. Dit lijkt in de Verenigde Staten tot een terughoudende beoordeling van het bestuurlijk gedrag te leiden» (p. 53).

Alvorens in te gaan op de voorstellen van de SER, is een korte beschrijving van de business judgement rule op zijn plaats. Het leerstuk van de business judgement rule is ontwikkeld in de staat Delaware van de Verenigde Staten van Amerika. De business judgement rule wordt gebruikt in procedures over de aansprakelijkheid van bestuurders, maar ook indien een besluit of transactie van het bestuur ter discussie staat. Aan het leerstuk ligt de gedachte ten grondslag dat de rechter het gedrag van het bestuur op terughoudende wijze toetst, althans wanneer de rechter een oordeel moet vellen over een beleidsafweging van het bestuur betreffende de onderneming («a decision concerning the management of business and affairs of the enterprise»). Assink geeft in zijn proefschrift «Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag» (p. 229) aan dat de vraag of het bestuur heeft voldaan aan een verplichting om informatie te verschaffen aan de aandeelhouders niet valt onder een dergelijke zakelijke beleidsafweging betreffende de onderneming. Indien geen sprake is van een zakelijke beleidsafweging, is er ook geen reden voor een terughoudende toetsing van de rechter («decisions dealing with ... disclosures are not inherently of the kind which courts are ill suited to treat on the merits», Assink, p. 229, voetnoot 18).

Wanneer een «business judgement» is voorgelegd aan de rechter, dan komt de rechter pas toe aan een toets van de zakelijke beleidsafwegingen wanneer de eiser aantoont dat het bestuur zijn «duty of loyalty», «duty of

care», of «duty of good faith» heeft geschonden. Anders gezegd, het vermoeden dat het bestuur met inachtneming van de hiervoor bedoelde zorgplichten heeft gehandeld, moet worden weerlegd voordat de rechter mag oordelen over de desbetreffende zakelijke beleidsafweging. Een schending van de bedoelde zorgplichten bestaat wanneer een substantieel tegenstrijdig belang van het bestuur wordt vastgesteld, waardoor een vermoeden bestaat van belangenvermenging ten nadele van de vennootschap. Hetzelfde geldt wanneer wordt vastgesteld dat het bestuur de zakelijke beleidsafweging op een onaanvaardbaar ongeïnformeerde en/of ondoordachte wijze heeft gemaakt. Daarnaast is relevant of het bestuur zich op subjectief bonafide wijze heeft gedragen in het belang van de vennootschap. In de praktijk komt dit er op neer dat de rechter beziet of de gemaakte zakelijke beleidsafweging objectief gezien elk rationeel zakelijk doel ontbeert.

Slaagt de eiser in het bewijs dat een van de bedoelde zorgplichten is verzuimd, dan mag de rechter de zakelijke beleidsafweging diepgaand toetsen («entire fairness test»). Daarbij is de centrale vraag of het bestuur zich objectief gezien billijk heeft gedragen jegens de vennootschap – in de voorbereiding en ook inhoudelijk – in verband met de zakelijke beleidsafweging.

Overigens moet worden bedacht dat in Delaware nog een derde vorm van rechterlijke toetsing plaatsvindt, bijvoorbeeld wanneer het bestuur beschermingsmaatregelen treft tegen een dreigende vijandige overname. In dat geval wordt een persoonlijk belang van het bestuur verondersteld en is er aanleiding voor een zwaardere toets («enhanced scrutiny test»), die volgens Assink neerkomt op een brede redelijkheidstoets (p. 260). Samengevat heeft de introductie van een beschermingsmaatregel tot gevolg dat het bestuur moet aantonen dat in redelijkheid voldoende aanleiding bestaat voor de beschermingsmaatregel vanwege bedreiging van het belang van de vennootschap en dat de beschermingsmaatregel proportioneel is. Slaagt dit bewijs, dan kan beroep worden gedaan op de business judgement rule. Wordt het bewijs niet geleverd, dan is de entire fairness test van toepassing.

De SER heeft niet bepleit dat de toetsingscriteria die in Delaware voor bestuursbesluiten zijn ontwikkeld, één op één worden gekopieerd naar het Nederlandse recht. Dat is ook niet goed doenlijk, omdat primair sprake is van rechtersrecht en niet van een gecodificeerd systeem. Voorts is van belang dat het Delaware systeem op onderdelen uitgaat van andere uitgangspunten dan het Nederlandse recht. Zo ziet de Amerikaanse rechter slechts ruimte voor een zeer beperkte toets van bestuurshandelingen indien de aandeelhouders daarvoor goedkeuring hebben gegeven, ook wanneer een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft bij een zakelijke beleidsafweging. In de Nederlandse verhoudingen zal het bestuur echter in het belang van de vennootschap moeten handelen, hetgeen meer omvat dan het belang van de aandeelhouders. Een vervanging van het Nederlandse systeem door een kopie van het Amerikaanse zou ook ten onrechte de in Nederland ontwikkelde jurisprudentie terzijde schuiven. Daarvoor bestaat geen aanleiding. Het voorgaande laat onverlet dat het goed is te bezien of de Nederlandse en Amerikaanse (Delaware) jurisprudentie of andere nieuwe inzichten aanleiding geven tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving. Daartoe wordt eerst ingegaan op de mogelijkheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te treffen en daarna op de begrippen gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen en wanbeleid. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van onmiddellijke voorzieningen kan worden afgeleid dat deze voorzieningen met terughoudendheid en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel moeten worden getroffen. Er moeten voldoende zwaarwegende redenen voor de onmiddellijke voorzieningen bestaan indien zij worden getroffen voordat een onderzoek is gelast (artikel 2:350 lid 1 BW). De Ondernemingskamer

moet bij de uitoefening van haar bevoegdheid voldoende rekening houden met en een billijke afweging maken van de belangen van betrokken partijen (vgl. Hoge Raad 14 december 2007, r.o. 3.6 inzake DSM). Ik wil de grenzen van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te treffen verduidelijken door de vereiste belangenafweging – zoals aangegeven door de Hoge Raad – neer te leggen in artikel 2:349a lid 2 BW. Dit leidt tot een codificatie van de desbetreffende jurisprudentie. Ook de SER verzocht om de verwoording van de redelijke afweging van de belangen van partijen in artikel 2:349a BW. Een verandering is verder dat in lid 3 is bepaald dat de Ondernemingskamer geen onmiddellijke voorzieningen treft voordat zij voorlopig heeft geoordeeld dat toewijzing van het enquêteverzoek kan plaatsvinden. Daarnaast is bepaald dat de Ondernemingskamer binnen een redelijke termijn nadat onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen, moet beslissen over de vraag of een onderzoek plaatsvindt (lid 3, tweede zin). Ik verwijs naar de toelichting op artikel 2:349a BW.

De SER adviseerde te bepalen dat de rechter, bij de beoordeling van een verzoek om onmiddellijke voorzieningen, moet toetsen aan de business judgement rule. Dat is echter niet goed denkbaar. Onmiddellijke voorzieningen zijn naar hun aard ordemaatregelen, die worden ingegeven door de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek. De situatie waarin de rechtspersoon of het onderzoek verkeert, moet een onmiddellijk ingrijpen door de rechter rechtvaardigen. De ordemaatregel moet voldoen aan de eisen van terughoudendheid en het evenredigheidsbeginsel. In zoverre zijn de maatregelen vergelijkbaar met maatregelen die in kort geding worden getroffen. Bij de toepassing van de business judgement rule gaat het om de vraag of en zo ja in hoeverre een zakelijke beleidsafweging moet worden getoetst door de rechter. Dat betreft niet een ordemaatregel, maar een reguliere beoordeling van de merites van die beleidsafweging. Het toetsingskader is dan anders en kan niet van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

De SER stelt voorts dat er geen aanleiding is voor aanpassing van de begrippen gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen alsmede wanbeleid, maar dat de rechter zijn toetsingsbeleid moet afstemmen op de business judgement rule. Ik ben het met de SER eens dat van groot belang is of het bestuur beleidsvrijheid toekomt of niet. Wanneer het gaat om zakelijke beslissingen, is beleidsvrijheid voor het bestuur het uitgangspunt. De Ondernemingskamer is op grond van de bestaande wetgeving in samenhang met de jurisprudentie van de Hoge Raad verplicht tot een terughoudende toetsing van ondernemingsbeleid. De Ondernemingskamer behoort in beginsel niet te treden in de merites van bestuurlijke beslissingen wanneer daaraan een behoorlijke besluitvorming ten grondslag ligt met een behoorlijke afweging van de voor- en nadelen. Bij een zakelijke beleidsafweging moet het bestuur handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Het bestuur mag zich dus niet uitsluitend richten op het belang van de aandeelhouders van de vennootschap. Voorts houdt wetsvoorstel 31 763 in dat een bestuurder zich moet onthouden van de besluitvorming indien hij daarbij een persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap (artikel 2:129 lid 6 BW). Het bestuur moet zich goed (laten) informeren voordat tot een zakelijke beleidsafweging wordt overgegaan en daarbij tevens de eventuele risico's voor de vennootschap inschatten en meewegen. De bestaande jurisprudentie geeft hiervoor voldoende richtsnoeren. Of en zo ja sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen danwel wanbeleid kan uitsluitend aan de hand van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld door de rechter. Naar mijn mening ligt voor de hand dat de rechter daarbij onderscheidt tussen gevallen waarin het bestuur al dan niet een tegenstrijdig belang heeft. Bijvoorbeeld in het geval dat het bestuur een beschermingsconstructie inroept, is er aanleiding om het desbetreffende



bestuursbesluit verdergaand te toetsen dan wanneer het risico van een persoonlijk belang ontbreekt. Ontbreekt een persoonlijk belang, dan dient de rechter ervoor te waken dat hij op de stoel van de ondernemer plaatsneemt. In dat geval is primair van belang of het besluit op een voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

Beleidsvrijheid ontbreekt waar het bestuur zich moet houden aan de verschillende verplichtingen die de wet en de statuten aan hem opleggen, zoals de verplichting om aandeelhoudersvergaderingen te houden (artikel 2:108/218 BW) en het voldoen aan de boekhoud- en jaarrekeningplicht (artikel 2:10 en 101/210 BW). De rechter kan toetsen of de eventuele schending van dergelijke verplichtingen voldoende ernstig is voor de conclusie dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen danwel wanbeleid.

De Commissie vennootschapsrecht wees in haar advies van 19 oktober 2010 ook op het belang van een zorgvuldige procesvoering door de Ondernemingskamer, waaronder de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor. De zorgvuldige procesvoering moet de Ondernemingskamer in staat stellen te oordelen op basis van een zo nauwkeurig en volledig mogelijke vaststelling van de feiten bij alle enquêteverzoeken, alsmede de verzoeken om een onmiddellijke voorziening. De Ondernemingskamer moet daarbij voldoende motiveren waarom zij meent dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen danwel wanbeleid heeft plaatsgevonden. De vergaande gevolgen die een enquête c.q. het opleggen van voorzieningen voor de rechtspersoon en alle daarbij betrokken belanghebbenden hebben, rechtvaardigen de eis dat beschikkingen goed worden gemotiveerd. Dit is een aandachtspunt in de Amerikaanse jurisprudentie, dat in Nederland evenzeer aandacht verdient. Ik deel overigens het standpunt van de SER dat er geen aanleiding is om de termen «gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen» en «wanbeleid» te vervangen door een andere omschrijving. In het kader van een enquêteprocedure kan de Ondernemingskamer ingrijpende maatregelen treffen. Dat is uitsluitend gerechtvaardigd wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon niet juist is (geweest) c.q. dat ernstige misslagen zijn aangetoond. Voor een verlichting van de criteria bestaat geen aanleiding. Ervan uitgaand dat niet wordt gestreefd naar een lichtere toets, zou moeten worden gezocht naar een vervangende terminologie, die in zwaarte dezelfde gebreken in het beleid moeten weerspiegelen. De vervanging van de bestaande termen door andere, die evenzeer moeten uitstralen dat sprake is van (het vermoeden van) ernstige misslagen, acht ik niet zinvol. De bestaande jurisprudentie zou terzake de uitleg van de terminologie aan waarde inboeten. Ook de Commissie vennootschapsrecht heeft aangegeven dat de bestaande wettelijke regeling in samenhang met de jurisprudentie van de Hoge Raad volstaat. De Commissie ziet geen aanleiding voor het bepalen van een nieuwe wettelijke toetsingsnorm of het overnemen van een variant van de business judgement rule.

Bij brief van de Ministers van Financiën, van Economische Zaken en van Justitie van 3 december 2008 (Kamerstukken II, 2008–2009 31 350, nr. 7, p. 4), is naar aanleiding van een algemeen overleg met de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2007–2008, 31 350, nr. 3, p. 7) aangegeven dat de vraag of bijzondere regels moeten gelden voor het optreden van staatsfondsen als aandeelhouder van Nederlandse vennootschappen, wordt betrokken bij de evaluatie van het enquêterecht. Daarbij is opgemerkt dat zal worden gezien of het vermengen van politieke en economische motieven wanbeleid kan opleveren, of daden (en uitingen) van aandeelhouders wanbeleid kunnen opleveren en of de vennootschap het recht moet hebben om een enquêteprocedure te starten.

Op grond van het huidige recht kan de Ondernemingskamer een besluit van de algemene vergadering schorsen of vernietigen in geval van

wanbeleid (artikel 2:356 onder a BW). Ook kunnen onmiddellijke voorzieningen worden getroffen indien de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek daartoe aanleiding geeft (artikel 2:349a lid 2 BW). Zo'n aanleiding zou bijvoorbeeld kunnen bestaan indien de algemene vergadering de medewerking weigert aan een voorstel van het bestuur, dat naar het oordeel van het bestuur – in het belang van de rechtspersoon – moet worden doorgezet. De aanleiding kan onder omstandigheden ook zijn gelegen in het gedrag van een individuele aandeelhouder. De mogelijkheid van de Ondernemingskamer om in te grijpen naar aanleiding van de besluitvorming van de aandeelhoudersvergadering of het gedrag van individuele aandeelhouders bestaat onafhankelijk van de vraag of een staatsfonds of een andere aandeelhouder betrokken is.

De motieven van de individuele aandeelhouders die tezamen de algemene vergadering vormen, behoeft de Ondernemingskamer niet te toetsen. Daarvoor is ook geen aanleiding omdat uitsluitend het besluit van de algemene vergadering – als resultante van de stemming – de rechtspersoon bindt c.q. uitsluitend het gedrag van de algemene vergadering of individuele aandeelhouder behoeft te worden getoetst. Zou een staatsfonds de meerderheid van de stemmen in de algemene vergadering vertegenwoordigen, dan zal de Ondernemingskamer – ongeacht de al dan niet uitgesproken motieven van die aandeelhouder – kunnen beoordelen of een meerderheidsbesluit van de algemene vergadering in stand kan blijven of het gedrag van de desbetreffende individuele aandeelhouder moet worden afgewezen.

Ik meen dat de Ondernemingskamer geen zinvol oordeel kan vellen over de motieven van individuele aandeelhouders. Het staat een aandeelhouder immers vrij om in het eigen belang te stemmen. Voor een enquête is slechts aanleiding wanneer het gedrag van een individuele aandeelhouder de gang van zaken van de rechtspersoon schaadt. Het gedrag is dan doorslaggevend, niet de eventuele motieven van de aandeelhouder(s). Een nadere regelgeving op dit punt is niet noodzakelijk. Bij de beoordeling van een concreet geval zal de Ondernemingskamer toetsen aan het belang van de rechtspersoon en alle daarbij betrokkenen. Ik meen dat de Ondernemingskamer de handelwijze van de algemene vergadering of een individuele aandeelhouder niet kan toetsen op gevolgen die uitsluitend buiten de rechtspersoon optreden. Een toetsing binnen de kaders van het enquêterecht is niet goed denkbaar indien het belang van de rechtspersoon niet in het geding is. Voor de beoordeling van dergelijke gevolgen – die los staan van de rechtspersoon – is de Ondernemingskamer niet toegerust. Indien de gevolgen een risico zouden vormen voor publieke belangen in Nederland, dan worden dergelijke risico's onder andere ondervangen met sectorale wet- en regelgeving, met mededingingswetgeving en via het staatsdeelnemingenbeleid.

De vraag of de rechtspersoon het recht moet hebben om een enquêteprocedure te starten, wordt positief beantwoord. Ik verwijs naar de toelichting op artikel 2:346 onderdeel d BW.

### **Procedure met één feitelijke instantie**

Kenmerkend voor de enquêteprocedure is dat het een procedure betreft met één feitelijke instantie, de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (artikel 2:345 BW). Tegen de beschikkingen van de Ondernemingskamer kan cassatie worden ingesteld (artikel 426 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en artikel 2:359 BW).

Uit het empirische onderzoek kan worden afgeleid dat in de periode 1971–2007 510 verzoeken om een enquête zijn ingediend bij de Ondernemingskamer. In 316 zaken is een onderzoek gelast. In 80 zaken is wanbeleid vastgesteld. In 66 zaken zijn definitieve voorzieningen getroffen. In 156 zaken zijn onmiddellijke voorzieningen getroffen, waarbij

moet worden bedacht dat de mogelijkheid om dergelijke voorzieningen te treffen pas in 1994 is geïntroduceerd. Verschillende keren is een beslissing van de Ondernemingskamer gecasseerd. Dat aantal is echter niet opmerkelijk groot. Zo is in twee zaken (0,7% van het totale aantal zaken waarin om een onmiddellijke voorziening is verzocht) een cassatieberoep toegewezen. Voorts merk ik op dat uit het empirische onderzoek blijkt dat de Ondernemingskamer in staat is om op zeer korte termijn te beslissen naar aanleiding van een enquêteverzoek. Uit deze gegevens kan worden afgeleid dat de bestaande opzet geen ingrijpende aanpassing behoeft. De genoemde cijfers geven geen aanleiding tot een vergaande wijziging van de enquêteprocedure als zodanig.

De SER heeft daarentegen geadviseerd de wijze van berechting van enquêtegeschillen aan te passen teneinde de rechtswaARBorgen te vergroten (p. 52). De SER bepleit berechting in twee feitelijke instanties (bijvoorbeeld door een gespecialiseerde ondernemingskamer bij een rechtbank en door de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam). Het hoger beroep van elke beslissing ten principale zou schorsende werking moeten hebben, tenzij de rechter anders beslist. In hoger beroep zou de enquêtezaak met de meeste spoed en voortvarendheid behandeld moeten worden. Het argument voor de voorgestelde wijziging is dat het enquêterecht in belang heeft toegenomen en de financiële belangen van de betrokken partijen vaak groot is. Ook zouden de enquêtegeschillen meer complex zijn geworden.

Het spreekt vanzelf dat de enquêteprocedure voldoende waarborgen moet bieden. Om die reden wordt de regeling voor wat betreft het treffen van onmiddellijke voorzieningen op verschillende punten aangepast. De belangenafweging die de Ondernemingskamer bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen moet maken, wordt gecodificeerd. Daarnaast wordt bepaald dat geen onmiddellijke voorziening wordt getroffen voordat de Ondernemingskamer voorlopig heeft vastgesteld dat het enquêteverzoek kan worden toegewezen en moet een beslissing op het al dan niet plaatsvinden van een onderzoek binnen redelijke termijn moet worden genomen nadat onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen. Dat laatste voorkomt dat de onmiddellijke voorzieningen geheel los komen te staan van een onderzoek en vanwege het uitblijven van een onderzoek een permanente werking krijgen. Ik verwijs naar de toelichting op artikel 349a. Deze aanpassingen in combinatie met het ontbreken van grote problemen met de bestaande regeling, zijn voor mij aanleiding om af te zien van een regeling die voorziet in twee instanties. Van groot belang is ook de snelheid waarmee de Ondernemingskamer kan oordelen. Ik meen dat een ondernemer regelmatig vooral behoefte heeft aan een spoedige oplossing van het geschil, omdat het voortduren van een procedure veel tijd en kosten met zich brengt. De snelheid van de Ondernemingskamer zou geheel ongedaan worden gemaakt indien hoger beroep – met schorsende werking – kan worden ingesteld. Dat is naar mijn mening niet wenselijk.

### **Waarborgen onderzoeksfase**

Indien het verzoek tot enquête wordt toegewezen, benoemt de Ondernemingskamer één of meer onderzoekers. Het onderzoek is de kern van de enquêteprocedure (Hoge Raad 27 september 2000, JOR 2000/217 (Gucci)). De onderzoeker doet onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon, hetzij in de gehele omvang, hetzij met betrekking tot een gedeelte of een bepaald tijdvak en brengt daarover verslag uit (artikel 2:345 lid 1 en 353 lid 1 BW). Het verslag van de uitkomst van het onderzoek wordt ter griffie van het gerechtshof neergelegd (artikel 2:353 lid 1 BW). De Ondernemingskamer kan op basis van dit verslag vaststellen of sprake is van wanbeleid en in verband daarmee voorzieningen in de zin van artikel 2:355 BW treffen (vgl. de eerdergenoemde uitspraak inzake

Gucci). Overigens kunnen de onderzoekers ook tussentijds verslag uitbrengen aan de Ondernemingskamer, bijvoorbeeld indien het onderzoek stopt omdat bepaalde informatie aan de onderzoekers wordt geweigerd. Een dergelijk tussentijds verslag geldt niet als verslag in de zin van artikel 2:353 BW maar kan wel dienen als grondslag voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen door de Ondernemingskamer.

De Ondernemingskamer heeft een grote vrijheid bij het bepalen van de onderzoeksopdracht (Hoge Raad 6 juni 2003, JOR 2003/161 (Scheipar)). De onderzoekers bepalen, met inachtneming van de door de Ondernemingskamer geformuleerde onderzoeksopdracht, op welke wijze het onderzoek plaatsvindt (Ondernemingskamer 18 maart 1976, NJ 1978, 317). De onderzoeker mag op grond van artikel 2:351 lid 1 BW alle gegevens inzien die hij voor een juiste taakuitoefening nodig acht. Hij mag de boeken en bescheiden van de rechtspersoon raadplegen. De bestuurders en, indien die er zijn, de commissarissen van de rechtspersoon alsmede degenen die in dienst van de rechtspersoon zijn, zijn verplicht desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek (artikel 2:351 lid 1 BW). Eenzelfde verplichting rust op hen die bestuurder of commissaris van de rechtspersoon waren of bij de rechtspersoon in dienst waren gedurende het tijdvak waarover het onderzoek zich uitstrekt. Dit laat onverlet dat de onderzoekers ook andere personen om informatie kunnen vragen indien daartoe aanleiding bestaat in het belang van het onderzoek (Ondernemingskamer 18 maart 1976, NJ 1978, 317).

De huidige wettelijke regeling houdt reeds rekening met de mogelijkheid dat het beleid van de rechtspersoon nauw verbonden is met dat van een andere rechtspersoon. De Ondernemingskamer kan de onderzoekers machtigen tot het inzien van de boeken en bescheiden en het zich doen tonen van de bezittingen van een rechtspersoon die nauw verbonden is met de rechtspersoon ten aanzien waarvan het onderzoek plaatsvindt, indien dat voor de juiste vervulling van de taak van de onderzoekers nodig is (artikel 3:351 lid 2 BW). Deze machtiging kan door de Ondernemingskamer alleen worden verleend op verzoek van de onderzoekers en dus niet ambtshalve (Hoge Raad 6 juni 2003, JOR 2003/161 (Scheipar)). Op dit verzoek zijn de bepalingen van artikel 261 e.v. en artikel 995 lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing. Dit brengt met zich dat de Ondernemingskamer niet op het verzoek beslist zonder de betreffende rechtspersoon en de andere partijen en de verschenen belanghebbenden bij de eerste fase van de procedure op te roepen, vgl. Ondernemingskamer 16 april 1987, NJ 1988, 183 (Stolk), 20 november 1997, JOR 1998/25 (De Haan Beheer) en Asser-Maeijer-Van Solinge/Nieuwe Weme 2-III nr. 783).

Wanneer de rechtspersoon of de nauw verbonden rechtspersoon weigert inzage te verlenen in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers of de bezittingen te tonen, geeft de voorzitter van de Ondernemingskamer, op verzoek van de onderzoekers, de bevelen die de omstandigheden nodig maken (artikel 2:352 lid 1 BW). In beginsel moet de weigerachtige rechtspersoon in deze verzoekschriftprocedure worden opgeroepen alvorens op het verzoek kan worden beslist.

De onderzoekers zijn zelf verantwoordelijk voor de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd en hun verslaglegging (Hoge Raad 4 juni 1997, JOR 1997/82 (Text Lite)). De onderzoekers hebben geen civielrechtelijke immuniteit. Zij kunnen uit onrechtmatige daad worden aangesproken indien zij bij hun onderzoek en de weergave daarvan in het verslag niet de zorgvuldigheid in acht nemen die in het maatschappelijk verkeer betaamt. De mate van zorgvuldigheid die de onderzoekers in acht moeten nemen is afhankelijk van een afweging van de belangen van de door het verslag benadeelde (rechts)persoon, de betrokken onderzoekers en het algemeen belang (zie Asser-Hartkamp 4-III nr. 238). Welk belang de doorslag geeft is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zo zijn de aard van de

in het verslag opgenomen verwijten en de ernst van de gevolgen die de verwijten voor de betrokkenen kunnen hebben, de ernst van de verwijten bezien vanuit het algemeen belang en het belang van de bij de rechtspersoon betrokkenen, de mate waarin de verwijten steun vinden in het bewijsmateriaal van de onderzoekers en de wijze waarop de verwijten zijn geformuleerd van belang. De onderzoekers doen er verstandig aan om zich te richten op een beschrijving van de feiten en omstandigheden, zonder een oordeel uit te spreken over de vraag of sprake is van wanbeleid (zie hierover Blanco Fernández/Holtzer/Van Solinge, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 78, p. 17 en Hermans, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 74, p. 125). De Ondernemingskamer is in elk geval niet gebonden aan het oordeel van de onderzoeker daaromtrent (Hoge Raad 4 juni 1997, JOR 1997/82 (Text Lite)). In verband met de aansprakelijkheid van de onderzoekers is het nieuwe artikel 2:351 lid 5 en 350 lid 3 BW van belang. De eerste bepaling verduidelijkt dat de aansprakelijkheid van de onderzoeker beperkt is tot het geval dat hij opzettelijk of met grove miskennis van een behoorlijke taakvervulling incorrecte gegevens in zijn verslag heeft opgenomen. De tweede bepaling houdt in dat een onderzoeker niet in privé zal worden belast met de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer terzake de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege de uitvoering van het onderzoek of de inhoud van het verslag. Zie verder de toelichting op die artikelen.

In de literatuur is een pleidooi gehouden voor een met meer waarborgen omklede onderzoeksfase, zie Hermans, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72 (2003), p. 113–173, Blanco Fernández/Holtzer/Van Solinge, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 78 (2004), Geerts, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 46 (2004) p. 165–180. Zo wordt gewezen op de wenselijkheid van toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor door de onderzoeker. Het beginsel van hoor en wederhoor is een belangrijk uitgangspunt in gerechtelijke procedures. Het beginsel brengt mee dat de rechter zich bij de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen uitsluitend mag richten op die gegevens van feitelijke aard waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en ten processe ter discussie hebben kunnen stellen (artikel 198 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Dat geldt ook wanneer de rechter zijn oordeel mede baseert op een deskundigenverklaring (Hoge Raad 18 februari 1994, NJ 1994, 742 (Copo/Berger) en Hoge Raad 27 maart 1987, NJ 1988, 130 (Pensioenfonds/Geerlings)).

Voor wat betreft de enquêteprocedure meen ik dat inderdaad meer uitdrukkelijk aandacht moet worden gevraagd voor de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor in de onderzoeksfase. Het verslag van de onderzoekers is van wezenlijk belang voor het oordeel van de Ondernemingskamer of sprake is van wanbeleid. Indien de Ondernemingskamer wanbeleid vaststelt, kan dit leiden tot het opleggen van voorzieningen die ingrijpende gevolgen hebben (artikel 2:355 BW). Daarnaast kan het oordeel «wanbeleid» defamerend werken voor de rechtspersoon en zijn bestuurders of commissarissen. Ik wil daarom het risico op onjuiste informatie in het verslag van de onderzoekers zo klein mogelijk maken. Op grond van het voorgaande is samengevat bepaald dat degenen die in het onderzoeksverslag worden genoemd in de gelegenheid worden gesteld om kennis te nemen van de gegevens of conclusies die op hen zelf betrekking hebben en daarop desgewenst commentaar te leveren. Ik verwijs naar de toelichting op artikel 351 lid 4 BW.

Aangezien het onderzoek moet worden toegesneden op de omstandigheden van het geval, voel ik er niet voor om in de wet een gedetailleerde regeling ten aanzien van de onderzoeksfase op te nemen. Wel vind ik het zinvol dat een raadsheer-commissaris toezicht houdt op het verloop van het onderzoek. Ik verwijs naar de toelichting op artikel 2:350 lid 4 BW.



Daarnaast wijzen geluiden uit de praktijk en in de literatuur op een behoefte aan richtlijnen voor de onderzoekers in een enquêteprocedure (vgl. Hermans, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 72, p. 113, Holtzer, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 68, p. 37–38 en Bartman, Ondernemingsrecht 2001, p. 435). Een aanzet voor dergelijke richtlijnen is geboden door Blanco Fernández/Holtzer en Van Solinge (Richtlijnen voor de Onderzoeker in enquête, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 78). In de praktijk wijst de Ondernemingskamer de onderzoekers al op belangrijke aandachtspunten in verband met het onderzoek. Zo wordt onder meer gewezen op de wenselijkheid om (gedeelten van) het concept-verslag van de onderzoekers voor commentaar aan betrokkenen te zenden, op de wettelijke mogelijkheden welke de onderzoeker ten dienste staan ingeval geen medewerking wordt verleend aan het onderzoek, op de op een onderzoeker rustende geheimhoudingsplicht en op de wijze waarop zekerstelling van de voldoening van de kosten van het onderzoek doorgaans plaatsvindt. Ook bewaakt de secretaris onder verantwoordelijkheid van de voorzitter van de Ondernemingskamer het proces van het onderzoek en is de secretaris bereikbaar voor vragen van de onderzoeker. In januari 2011 heeft de Ondernemingskamer aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers in enquêteprocedures opgesteld en bekend gemaakt; daardoor krijgen de betrokken partijen beter zicht op hetgeen zich in de loop van het proces kan voordoen.

### **Kosten voor het bedrijfsleven**

Het wetsvoorstel leidt als zodanig niet tot administratieve lasten of nalevingskosten voor het bedrijfsleven, omdat geen sprake is van nieuwe (informatie)verplichtingen van bedrijven jegens de overheid, ook niet ten behoeve van derden.

Een tweetal bepalingen van het wetsvoorstel kan wel op andere wijze leiden tot kosten voor het bedrijfsleven. Allereerst betreft het de bepaling dat de rechtspersoon die onderwerp is van een enquête, de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer draagt in het geval de onderzoeker aansprakelijk wordt gesteld vanwege de uitvoering van het onderzoek of het verslag van de uitkomst van het onderzoek (artikel 2:350 lid 2 BW). Aansprakelijkheid van de onderzoeker is in de praktijk zeer uitzonderlijk. Dat laat onverlet dat onderzoekers relatief eenvoudig aansprakelijk kunnen worden gesteld. Zolang de eis dan nog niet is afgewezen, maakt de onderzoeker kosten om zich te verweren. De voorgestelde regeling moet voorkomen dat het zeer moeilijk wordt om personen bereid te vinden om als onderzoeker aan de slag te gaan, aangezien zij rekening moeten houden met het uit eigen vermogen voldoen van de kosten van verweer. Deze kosten van verweer komen slechts op in het geval de onderzoeker inderdaad aansprakelijk wordt gesteld. De kosten zijn het verlengstuk van de kosten van het onderzoek zelf, die op grond van de bestaande regeling al worden gedragen door de rechtspersoon. De Commissie vennootschapsrecht heeft in dit verband geoordeeld dat deze bepaling – bij gebreke van een beter alternatief – verdedigbaar is.

De tweede bepaling die tot kosten aanleiding kan geven, betreft artikel 2:357 lid 6 BW. De Ondernemingskamer kan – indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven – in het belang van de rechtspersoon een tijdelijke bestuurder, tijdelijke commissaris of beheerder van aandelen aanwijzen. Ook in dat geval moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat een dergelijke persoon – eventueel ten onrechte – aansprakelijk wordt gesteld voor zijn werkzaamheden. Uit onderzoek wordt wel afgeleid dat het moeilijker is geworden om personen bereid te vinden om als zodanig op te treden, omdat zij anders rekening moeten houden met het uit eigen vermogen voldoen van de kosten van verweer.



Deze kosten komen vanzelfsprekend uitsluitend op indien een dergelijke aanstelling – in het belang van de rechtspersoon – nodig wordt geacht. Zou een dergelijke persoon werkelijk grote fouten hebben gemaakt en in rechte aansprakelijk worden gehouden, dan komt het bedrag waarvoor hij aansprakelijk is uiteraard niet voor rekening van de rechtspersoon maar van hemzelf. De kosten waartoe de genoemde bepalingen voor een rechtspersoon kunnen leiden, worden beschouwd als noodzakelijk en gerechtvaardigd vanuit een oogpunt van een eerlijke en efficiënte rechtsbedeling.

## **Artikelgewijs**

### *Artikel 346*

Dit artikel is bepalend voor het antwoord op de vraag wie bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek. Zoals in het algemene deel is opgemerkt, wordt de toegang op een aantal punten aangepast. In het nieuwe artikel 2:346 onderdeel b en c BW wordt onderscheid gemaakt tussen vennootschappen met een geplaatst kapitaal van maximaal € 22,5 miljoen en vennootschappen met een groter geplaatst kapitaal. Voor de eerste categorie vennootschappen verandert de bestaande regeling inhoudelijk niet. Voor de tweede categorie vennootschappen worden de eisen die aan de kapitaalverschaffers worden gesteld, verzwaaard. De bestaande regeling garandeert onvoldoende dat de aandeelhouders en certificaathouders van NV's en BV's van grote vennootschappen een voldoende substantieel belang in de vennootschap vertegenwoordigen om een enquêteonderzoek te rechtvaardigen.

De nieuwe regeling houdt in dat aandeelhouders en certificaathouders die ten minste 1% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen van een vennootschap waarvan het geplaatste kapitaal meer dan € 22,5 miljoen bedraagt, kunnen verzoeken om een enquête. Dit komt bij een vennootschap met een geplaatst kapitaal van € 22,5 miljoen overeen met de grens van € 225 000 in artikel 2:346 BW (oud). Heeft de vennootschap echter een groter geplaatst kapitaal, dan ligt de grens hoger dan dat bedrag. Daarnaast is bepaald dat aandeelhouders en certificaathouders – ook indien zij de 1% grens niet halen – zich tot de Ondernemingskamer kunnen wenden wanneer hun belang een beurswaarde van ten minste € 20 miljoen vertegenwoordigt op de dag waarop het verzoekschrift wordt ingediend. De voorgestelde grenzen sluiten aan bij het SER-advies evenwichtig ondernemingsbestuur. De SER adviseerde de grens van 1% van het geplaatste kapitaal bij een vennootschap waarvan het geplaatste kapitaal ten minste € 22,5 miljoen bedraagt (p. 58). De SER ontleende de grens van 1% aan het agenderingsrecht zoals geregeld in artikel 2:114a BW. De adviserende leden van de SER – de vertegenwoordigers van aandeelhoudersorganisaties – hebben aangegeven dat bij beursvennootschappen een drempel van 1% van het geplaatste kapitaal aanvaardbaar is (p.59). Zij hebben opgemerkt dat de stijging van de marktkapitalisatie van beursvennootschappen een aanpassing van de criteria uit 1970 kan rechtvaardigen. De adviserende leden hebben echter voorts aangevoerd dat het enquêterecht ook moet openstaan in het geval dat de drempel van 1% niet wordt gehaald maar de aandelen of certificaten van de verzoekers een beurswaarde hebben van tenminste € 20 miljoen. Het onderhavige voorstel sluit aan bij het desbetreffende advies van de SER en zijn adviserende leden. Het voorstel bouwt voort op de bestaande situatie en beoogt de nominale grens van € 225 000 in proportie te brengen met de omvang van het geplaatste kapitaal van de vennootschap.

De keuze voor de grens van 1%, € 22,5 miljoen en € 20 miljoen is tot op zekere hoogte willekeurig. Ook voor andere grenzen zou kunnen worden verdedigd dat de aandeelhouders en certificaathouders die de desbetreffende grenzen passeren, recht moeten hebben op toegang tot de

Ondernemingskamer. Met inachtneming van de resultaten uit het empirisch onderzoek is voorts bezien of de huidige drempels in alle gevallen nodig zijn. Uit het empirische onderzoek blijkt immers dat bij vrijwel elk enquêteverzoek ten aanzien van een niet-beursvennootschap de 10% drempel doorslaggevend is terwijl bij beursvennootschappen vrijwel steeds beroep wordt gedaan op de grens van € 225 000. De vraag rijst dan of de nominale drempel bij niet-beursvennootschappen kan worden geschrapt en de 10% drempel daar kan volstaan. Voor beursvennootschappen zou dan kunnen worden aangesloten bij de overige criteria zoals voorgesteld in het SER advies: 1% van het geplaatste kapitaal of een beurswaarde van tenminste € 20 miljoen. Voor de aanpassing van de regeling voor vennootschappen met een geplaatst kapitaal tot € 22,5 miljoen is echter niet gekozen, omdat de kans bestaat dat daarmee ongewild toch een beperking optreedt van de toegang tot de enquêteprocedure voor aandeelhouders van dergelijke vennootschappen. Voor de volledigheid merk ik op dat in de statuten kan worden bepaald dat ook aandeelhouders en certificaathouders die een kleiner belang vertegenwoordigen, een enquêteprocedure kunnen starten. Dit sluit aan bij de bestaande regeling. Ook blijft de bestaande regeling in stand dat certificaathouders die een voldoende groot belang vertegenwoordigen in de vennootschap, kunnen verzoeken om een enquête, ongeacht de vraag of de certificaten zijn uitgegeven met medewerking van de vennootschap. Ondermeer de Commissie vennootschapsrecht heeft gepleit voor de handhaving van de bestaande regeling; alle certificaathouders hebben een economische belang in het kapitaal van de vennootschap en moeten daarom in staat zijn om eventuele misstanden aan de orde te stellen via een enquêteprocedure, mits aan de overige voorwaarden van artikel 2:346 BW is voldaan. Bezien is voorts of de regeling moet worden beperkt tot aandelen of certificaten van aandelen die voor eigen rekening worden gehouden. Tot een dergelijke beperking is niet overgegaan omdat het criterium «houden voor eigen rekening» onvoldoende duidelijkheid biedt en de ontvankelijkheid van de aandeelhouders en certificaathouders in dat geval afhankelijk wordt van de contractuele vormgeving door partijen. De Commissie vennootschapsrecht heeft een dergelijke regeling ontraden. Door de SER is gesteld dat een eventuele aanpassing van het belang dat vereist is voor het kunnen aandragen van agendapunten (artikel 2:114a BW), zou moeten doorwerken in de toegang tot de enquêteprocedure (p. 58–59). Dat belang is vooralsnog gesteld op vertegenwoordiging van 1% van het geplaatste kapitaal. De wijziging van dat belang in 3%, zoals voorgesteld in Kamerstukken II 32 014, zou in de visie van de SER moeten leiden tot een overeenkomstige aanpassing van het enquêterecht. De vertegenwoordigers van aandeelhoudersorganisaties steunen een dergelijke automatische aansluiting bij de (te wijzigen) criteria voor de toepassing van het agenderingsrecht niet, omdat het enquêterecht ook bedoeld is voor de bescherming van de minderheidsaandeelhouders (p. 60). De aandeelhoudersvertegenwoordigers maken derhalve onderscheid tussen het agenderingsrecht, waarmee een onderwerp op de agenda kan worden geplaatst, en het recht van enquête dat minderheidsaandeelhouders inzicht kan geven in de gang van zaken bij de vennootschap. De aandeelhoudersvertegenwoordigers voeren aan dat er relatief lage drempels moeten gelden wanneer er gegronde redenen zijn om te twifelen aan een juist beleid. Ik meen dat een koppeling van het agenderingsrecht en het enquêterecht inderdaad niet opportuun is omdat de verschillende rechten anders van aard zijn. Via het agenderingsrecht kunnen de aandeelhouders de besluitvorming van de algemene vergadering beïnvloeden. Zij hebben recht op agendering indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. In tegenstelling tot een beroep op het enquêterecht vindt er geen rechterlijke toetsing van het verzoek plaats. Dat laatste rechtvaardigt een hogere grens voor een beroep op het agenderingsrecht. De rechterlijke toets in het kader van een enquêteprocedure kan

voorkomen dat ten onrechte om onmiddellijke voorzieningen of een onderzoek wordt verzocht. Een relatief lage drempel is op zichzelf echter gerechtvaardigd omdat het verkrijgen van openheid voor de minderheidsaandeelhouders een belangrijk doel is van het enquêterecht.

In artikel 2:346 BW is een nieuw onderdeel (d) ingevoegd met als gevolg dat elke rechtspersoon die onderwerp kan zijn van een enquête (vgl. artikel 344) ook bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek bij de rechtspersoon zelf. Dat laat de toepassing van artikel 2:350 BW onverlet; de Ondernemingskamer moet beoordelen of het verzoek kan worden toegewezen vanwege gegronde redenen om aan een juist beleid van de rechtspersoon te twijfelen. Voor onmiddellijke voorzieningen moet worden beoordeeld of zij in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek vereist zijn (artikel 2:349a lid 2 BW). In geval nog geen onderzoek is gelast, wordt een onmiddellijke voorziening slechts getroffen indien naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer toewijzing van het enquêteverzoek kan plaatsvinden (artikel 2:349a lid 3 BW). Voor definitieve voorzieningen moet wanbeleid zijn vastgesteld (artikel 2:355 BW). Overeenkomstig het huidige recht moet voor de toewijzing van het enquêteverzoek of de definitieve voorzieningen een zorgvuldige toetsing van het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon plaatsvinden. Dat vereist dat het gedrag van een orgaan van de rechtspersoon (het bestuur of – afhankelijk van de rechtsvorm en statutaire inrichting – de raad van commissarissen of de algemene vergadering) danwel het gedrag van een of meerdere personen die bij de rechtspersoon betrokken zijn (zoals aandeelhouders) moet worden beoordeeld.

Het verzoekschrift moet worden ingediend door een vertegenwoordiger van de rechtspersoon. De rechtspersoon kan worden vertegenwoordigd door het bestuur en mede afhankelijk van de statuten, door een individuele bestuurder. De bestuurders moeten daarbij handelen in het belang van de rechtspersoon (vgl. artikel 2:129 en 239 BW voor de NV en BV in wetsvoorstel 31 763). In lid 2 van artikel 346 BW is bepaald dat het verzoek namens de rechtspersoon ook kan worden ingediend door de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders indien is gekozen voor een monistisch bestuursmodel. Hierdoor kunnen de toezichthouders van de vennootschap een enquêteprocedure starten in het belang van de vennootschap, onafhankelijk van de vraag of het bestuur daarmee instemt en onafhankelijk van de vraag of het bestuur een tegenstrijdig belang heeft. Zowel de Commissie vennootschapsrecht als enkele respondenten in de consultatieronde hebben voor deze zelfstandige bevoegdheid van de raad van commissarissen c.q. de niet uitvoerende bestuurders gepleit. Daarnaast heeft de Commissie vennootschapsrecht geadviseerd te bepalen dat de curator in het geval van het faillissement van de rechtspersoon eveneens de bevoegdheid toekomt om een enquêteverzoek te doen. Dit is bepaald in lid 3 van artikel 2:346 BW. De achterliggende gedachte is dat ook de curator er belang bij kan hebben dat wordt vastgesteld of voorafgaand aan het faillissement wanbeleid heeft plaatsgevonden. De bevoegdheid van de curator laat de bevoegdheid van het bestuur onverlet. Ik verwijs overigens naar de toelichting op artikel 2:350 BW in verband met een enquêteverzoek bij een failliete vennootschap.

Wanneer de rechtspersoon een enquêteverzoek indient, kan bijvoorbeeld de besluitvorming in de algemene vergadering aan de orde worden gesteld. Daarbij kan de rechtspersoon belang hebben wanneer sprake is van een patstelling in de aandeelhoudersvergadering die aan besluitvorming in de weg staat alsmede wanneer er een patstelling is tussen het bestuur en de algemene vergadering. Van belang is of het belang van de vennootschap in het geding komt. Dat zou het geval kunnen zijn omdat de positie van de werknemers van de rechtspersoon ernstig wordt geraakt

als gevolg van de besluitvorming van de algemene vergadering. Ook het gedrag van een individuele aandeelhouder – in de algemene vergadering of daarbuiten – kan door de Ondernemingskamer worden getoetst. Daarbij zal de Ondernemingskamer moeten beoordelen of het gedrag van de aandeelhouder zodanige invloed heeft op de gang van zaken van de rechtspersoon, dat een onderzoek c.q. onmiddellijke voorziening op zijn plaats kan zijn. Zo ja, dan kan de desbetreffende aandeelhouder zich voegen in de procedure met de indiening van een verweerschrift (artikel 282 Rv.).

Overigens geldt dat de aandeelhouders hun stemrecht binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid mogen gebruiken ter behartiging van hun eigen belang in de vennootschap (artikel 2:8 BW). Indien uitsluitend wordt getwijfeld over de rechtsgeldigheid van een besluit van de algemene vergadering, zou het bestuur ook beroep kunnen doen op een procedure op de voet van artikel 2:14–16 BW. Indien het bestuur van een rechtspersoon het gedrag van een individuele aandeelhouder afkeurt, bijvoorbeeld omdat deze onjuiste informatie over de vennootschap verspreidt en deze daardoor schade leidt, staat hem desgewenst de weg naar de voorzieningenrechter open.

#### *Artikel 348*

De bestaande regeling houdt in dat een verzoekschrift in afschrift wordt toegezonden aan de Nederlandsche Bank N.V. (DNB), indien de rechtspersoon waarop het verzoek betrekking heeft, is onderworpen aan het toezicht van DNB. DNB houdt toezicht op ondernemingen in de financiële sector. Voor DNB is van belang te weten dat een enquêteverzoek is gedaan. Zo'n verzoek zou tot intensivering van het toezicht aanleiding kunnen geven. Ook in het vervolg van de enquêteprocedure wordt DNB op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen. Zo ontvangt DNB een exemplaar van het verslag van de uitkomst van de enquête (artikel 2:353 lid 2 BW), een afschrift van een verzoek om voorzieningen in geval van wanbeleid (artikel 2:355 lid 3 BW) en een afschrift van de beschikkingen van de Ondernemingskamer terzake voorzieningen (artikel 2:358 lid 3 BW). De Ondernemingskamer moet daarnaast DNB in de gelegenheid stellen om zijn standpunt ten aanzien van een het verzoek tot voorzieningen in geval van wanbeleid kenbaar te maken. DNB wordt gevraagd of hij wil worden gehoord door de Ondernemingskamer (artikel 2:355 lid 4 BW). De huidige regeling houdt geen rekening met de omstandigheid dat de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) optreedt als gedragstoezichthouder voor de beursvennootschappen. Het toezicht strekt zich onder meer uit tot de jaarrekening van de vennootschap en de wijze waarop met koersgevoelige informatie wordt omgegaan. Indien er aanleiding is voor een enquêteonderzoek, is dat als zodanig koersgevoelige informatie en is er een belang voor de AFM om van het verzoek kennis te nemen. In het wetsvoorstel wordt de rol van de AFM onderkend. De informatiepositie van de AFM en DNB wordt gelijkgesteld. De artikelen 2:348, 353 lid 2 en 358 lid 3 BW zijn van overeenkomstige toepassing verklaard. Mede naar aanleiding van de opmerkingen in de consultatieronde en het advies van de Commissie vennootschapsrecht dat een dubbelrol voor DNB en AFM moet worden voorkomen, is er vanaf gezien dat AFM moet worden gehoord in verband met een verzoek tot het treffen van voorzieningen (vgl. artikel 2:355 lid 4 BW). Dat is niet noodzakelijk in het kader van het toezicht op de jaarrekening en het omgaan met koersgevoelige informatie. Het gedragstoezicht van AFM is gericht op ordelijke en transparante financiële marktpartijen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten (artikel 1:25 lid 1 Wft). Het ligt niet voor de hand dat een voorziening van de Ondernemingskamer op de voet van artikel 2:356 BW – die gericht is op een aanpassing van de vennootschappelijke verhoudingen binnen de rechtspersoon – kan leiden tot een

doorkruising van het gedragstoezicht van de AFM. Om die reden acht ik het niet nodig dat de AFM wordt gehoord in verband met het treffen van een voorziening in het kader van een enquêteprocedure.

#### *Artikel 349*

Dit artikel stelt voorwaarden aan de ontvankelijkheid van de verzoeker. Zo dienen het bestuur en de raad van commissarissen voorafgaand aan het enquêteverzoek te worden geïnformeerd over de bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken. Ook moet aan het bestuur en de raad van commissarissen voldoende tijd worden gegund om de bezwaren te onderzoeken en zondig maatregelen te nemen. Deze ontvankelijkheidseis voorkomt dat onnodig tot het indienen van een enquêteverzoek wordt overgegaan, terwijl het bestuur en de raad van commissarissen bereid en in staat zijn om aan de bedoelde bezwaren tegemoet te komen. Voor vakorganisaties geldt voorts dat zij niet ontvankelijk zijn wanneer zij zich niet van te voren op de hoogte hebben gesteld van het gevoelen van de ondernemingsraad die bij de desbetreffende onderneming is ingesteld. Omdat de mogelijkheid om een enquête te verzoeken wordt opengesteld voor de rechtspersoon, moet artikel 2:349 BW worden aangepast. Wanneer het enquêteverzoek uitgaat van de rechtspersoon is het niet zinnig te bepalen dat de rechtspersoon niet ontvankelijk is tenzij de bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken zijn gemeld aan het bestuur en de raad van commissarissen. Het verzoek wordt immers normaliter door het bestuur, als vertegenwoordiger van de rechtspersoon, ingediend.

In het eerste lid wordt een uitzondering gemaakt op de verplichting de bedoelde bezwaren te melden aan het bestuur en de raad van commissarissen. Daar staat tegenover dat ook het bestuur en de raad van commissarissen zich dienen in te spannen om geschillen in de vennootschappelijke verhoudingen zo mogelijk buiten de enquêterechter op te lossen. Een zo belangrijke beslissing als de start van een enquêteprocedure moet door de raad van commissarissen kunnen worden beoordeeld; de raad moet het bestuur daarop kunnen aanspreken vanuit zijn toezichthoudende rol. Daarvoor is vereist dat de raad van commissarissen over het enquêteverzoek wordt ingelicht. Onder normale omstandigheden kan van het bestuur worden verlangd dat deze de raad van commissarissen voorafgaand aan het indienen van een enquêteverzoek inlicht. Onder bijzondere omstandigheden kan een later tijdstip echter verdedigbaar zijn. Hetzelfde geldt in het omgekeerde geval waarin het initiatief uitgaat van de raad van commissarissen en het bestuur daardoor niet moet worden verrast. Aan het eerste lid van artikel 349 is toegevoegd dat de raad van commissarissen c.q. het bestuur zo spoedig mogelijk wordt geïnformeerd over het voornemen een enquêteverzoek in te dienen, onderscheidenlijk het indienen van het enquêteverzoek. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat het bestuur van een NV meent dat een zeer ingrijpende wijziging van de strategie noodzakelijk is voor het voortbestaan van de vennootschap en het bestuur voorts meent dat het beoogde besluit moet worden voorgelegd aan de aandeelhouders op de voet van artikel 2:107a BW. Van het bestuur mag worden verwacht dat het in de algemene vergadering gebruik maakt van zijn raadgevende stem (artikel 2:116 lid 4 BW). De raadgevende stem kan worden gebruikt om de onwenselijkheid van het aandeelhoudersbesluit – althans naar de mening van het bestuur – onder de aandacht van de algemene vergadering te brengen. Stel dat de aandeelhouders het voorstel afwijzen. Ik kan mij voorstellen dat het bestuur in het gegeven voorbeeld een oordeel wenst van de Ondernemingskamer over het besluit van de algemene vergadering. Wanneer de rechtspersoon de procedure start, moet de raad van commissarissen daarvan op korte termijn op de hoogte worden gesteld, zodat de raad desgewenst met het bestuur kan overleggen over de gang van zaken. In



het bijzondere geval dat het enquêteverzoek niet wordt ingediend door het bestuur maar door de raad van commissarissen (of de niet uitvoerende bestuurders) op de voet van artikel 2:346 lid 2 BW, geldt de verplichting om het bestuur zo spoedig mogelijk daarover te informeren. Ook is voorzien in de verplichting voor het bestuur (onderscheidenlijk de raad van commissarissen) om de ondernemingsraad op de hoogte te stellen van een enquêteverzoek. De mededelingsplicht is opgenomen teneinde de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen om desgewenst in overleg te treden of om zich te voegen in de procedure.

#### *Artikel 349a*

Artikel 2:349a lid 2 BW maakt het voor de Ondernemingskamer mogelijk om onmiddellijke voorzieningen te treffen indien dat in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek vereist is. De onmiddellijke voorzieningen hebben het karakter van ordemaatregelen en zijn in zoverre vergelijkbaar met maatregelen die in kort geding kunnen worden getroffen. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat met terughoudendheid en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel van deze mogelijkheid gebruik moet worden gemaakt (HR 14 december 2007, DSM). Wanneer onmiddellijke voorzieningen worden getroffen voordat een onderzoek is gelast (artikel 2:350 lid 1 BW), dan dienen voor de onmiddellijke voorzieningen voldoende zwaarwegende redenen te bestaan. De belangen van de vennootschap en de bij de vennootschap betrokken partijen moeten behoorlijk worden afgewogen. De onmiddellijke voorziening mag niet disproportioneel zijn. Ik meen dat er aanleiding is om deze jurisprudentie van de Hoge Raad te codificeren. In de kern komt het er op neer dat de Ondernemingskamer zich ervan moet vergewissen dat eventuele onmiddellijke voorzieningen voldoen aan het evenredigheidsbeginsel, rekening houdend met de belangen van zowel de rechtspersoon als degenen die krachtens de wet en de statuten zijn betrokken bij zijn organisatie. De wet wordt in deze zin aangepast.

In het SER-advies (p. 52) is in dit verband geadviseerd om aan te sluiten bij de formulering van artikel 254 lid 1 Rv. Dat artikel houdt in dat de voorzieningenrechter bevoegd is om een onmiddellijke voorziening bij voorraad te treffen wanneer dat vereist is in spoedeisende zaken. De voorzieningenrechter dient bij zijn oordeel dat een onmiddellijke voorziening vereist is te letten op de belangen van partijen. De procedure in kort geding betreft een dagvaardingsprocedure. De voorzieningenrechter weet derhalve wie partij is in de procedure en als gevolg daarvan ook wiens belangen hij dient mee te wegen. Aan een onmiddellijke voorziening op de voet van artikel 2:349a lid 2 BW ligt echter geen dagvaarding ten grondslag. De procedure wordt ingeleid met een verzoekschrift. De Ondernemingskamer kan zich echter niet beperken tot een afweging van de belangen van de rechtspersoon en de verzoeker(s). Daarom wordt een andere formulering voorgesteld, die naar mijn mening tegemoet komt aan de gedachte die aan dit onderdeel van het SER-advies ten grondslag ligt.

Op grond van het voorgaande zie ik geen aanleiding voor een nadere invulling of begrenzing van de onmiddellijke voorzieningen. Omdat de onmiddellijke voorzieningen naar hun aard ordemaatregelen zijn, waarmee de rechter moet kunnen inspelen op de omstandigheden van het geval, moet hij de vrije hand hebben om te bepalen welke onmiddellijke voorziening noodzakelijk is met het oog op de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek. Hij kan daarom ook voorzieningen opleggen die niet zijn gevraagd. Uiteraard staat de keuze voor een bepaalde onmiddellijke voorziening los van de vraag of het treffen van voorzieningen in een bepaald geval in algemene zin gerechtvaardigd is. Op het toetsingskader van de rechter is hiervoor al ingegaan.



In de reacties op het consultatiedocument en door de Commissie vennootschapsrecht is er op gewezen dat de procesorde kan worden versterkt. Op grond van de bestaande regeling start de procedure met een verzoekschrift. Gebruikelijk is dat de verzoeker in het verzoekschrift de hem bekende belanghebbenden noemt. De verzoeker en voor zover nodig de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden worden vervolgens opgeroepen voor de behandeling van het verzoek (artikel 279 Rv.). Voor de verzoekers en de rechtspersoon geldt verplichte procesvertegenwoordiging; zij moeten een advocaat inschakelen (artikel 2:349a BW). Met deze bestaande voorschriften is niet verzekerd dat de betrokkenen in de procedure voldoende tijd hebben om zich tegen een enquêteverzoek te verweren. Dat vereist bijvoorbeeld dat men niet pas vlak voor of tijdens de behandeling van het verzoek kan worden geconfronteerd met een verweerschrift of een zelfstandig verzoek van een belanghebbende om bijvoorbeeld een bepaalde onmiddellijke voorziening te treffen. De Commissie vennootschapsrecht adviseerde in de wet te bepalen dat de Ondernemingskamer een termijn dient te stellen voor het indienen van verweerschriften, bijvoorbeeld een week voor de zitting. In evidente spoedgevallen zou echter ook een kortere termijn moeten kunnen worden bepaald. Hetzelfde is geadviseerd ten aanzien van een zelfstandig verzoek van een belanghebbende, waaronder de gerekwestreeerde. Op grond van het voorgaande is in artikel 2:349a lid 1 BW opgenomen dat de Ondernemingskamer – in afwijking van artikel 282 lid 1 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering – een tijdstip dient te bepalen waarop alle belanghebbenden uiterlijk een verweerschrift kunnen indienen. Voor de formulering is aangesloten bij de regeling in artikel 1013 lid 6 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (collectieve acties). Het door de Ondernemingskamer te bepalen tijdstip moet liggen voor de aanvang van de behandeling. Een tijdstip dat tenminste een week voor de dag van de behandeling ligt, is normaliter gepast. In spoedeisende gevallen kan een kortere termijn verdedigbaar zijn. Voor verweerschriften die een zelfstandig verzoek bevatten (artikel 282 lid 4 Rv.), geldt dezelfde termijn. Ook zo'n zelfstandig verzoek wordt door de voorgestelde regeling tijdig bekend.

Ik zie geen aanleiding om te bepalen dat onmiddellijke voorzieningen uitsluitend kunnen worden getroffen indien het onderzoek reeds is gestart. Wel wil ik in artikel 2:349a lid 3 BW verduidelijken dat de Ondernemingskamer moet toetsen of naar haar voorlopig oordeel toewijzing van het verzoek om een onderzoek kan plaatsvinden voordat tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen wordt overgegaan. De beslissing over onmiddellijke voorzieningen kan daardoor niet los staan van een voorlopig oordeel over de vraag of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (vgl. artikel 2:350 lid 1 BW). Daarnaast is toegevoegd dat de Ondernemingskamer binnen redelijke termijn na de toewijzing van de onmiddellijke voorzieningen moet beslissen over het starten van een onderzoek. Uit het empirische onderzoek kan worden afgeleid dat het verzoek om onmiddellijke voorzieningen in de meeste gevallen gelijktijdig wordt gedaan met het verzoek tot enquête (p. 83). In een substantieel aantal gevallen wordt de toewijzing van onmiddellijke voorzieningen in het kader van een enquêteprocedure echter niet gevolgd door een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon (p. 89). Het empirische onderzoek geeft aan dat de toewijzing van een of meer onmiddellijke voorzieningen bij niet-beursvennootschappen in 45% van de zaken niet is gevolgd door een onderzoek in de periode 1994–1999. In de periode 2000–2007 was dit voor niet-beursvennootschappen in 23% van de zaken het geval. In de periode 1994–1999 zijn voor beursvennootschappen geen onmiddellijke voorzieningen getroffen. In de periode 2000–2007 is de toewijzing van een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in 42% van de gevallen niet gevolgd door een onderzoek. De onderzoekers merken op dat de desbetreffende verzoekers wellicht primair uit waren op onmiddel-

lijke voorzieningen en niet op een onderzoek. De onderzoekers menen dat ondernemingen primair belang hebben bij een oplossing van hun conflict. Onmiddellijke voorzieningen kunnen de status quo in vennootschappen in stand houden gedurende het geding. In een aanzienlijk aantal gevallen beslechten partijen hun geschil na het treffen van de onmiddellijke voorzieningen en treffen zij een minnelijke regeling. Dan blijkt een onderzoek niet meer nodig. Daarmee draagt de onmiddellijke voorziening bij aan een relatief snelle en eenvoudige wijze van geschilbeslechting, aldus de onderzoekers (p. 89). Een dergelijke gang van zaken is voor de rechtspersoon ook minder kostbaar. Indien echter een minnelijke regeling en een onderzoek uitblijven, kunnen de onmiddellijke voorzieningen feitelijk het karakter van permanente voorzieningen krijgen, zonder dat aan de kern van een enquêteprocedure – het onderzoeken van het beleid en de gang van zaken – is voldaan.

Ik wil stimuleren dat op een redelijke termijn na het treffen van onmiddellijke voorzieningen ook over het plaatsvinden van het onderzoek wordt beslist. Dit voorkomt dat de rechtspersoon of degene die door een onmiddellijke voorziening is geraakt – bijvoorbeeld een geschorste bestuurder – lange tijd in onzekerheid blijft over de voortzetting van de procedure. Ook bevordert het voorstel een band tussen de onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek zonder dat de mogelijkheid om – gedurende enige tijd – in onderling overleg tot een oplossing te komen, wordt weggenomen. Ik ga ervan uit dat in de regel over het onderzoek wordt beslist op een termijn van enkele maanden na het treffen van de onmiddellijke voorzieningen. Onder bijzondere omstandigheden kan die termijn echter ook langer zijn. Zo ligt een langere termijn voor de hand wanneer de Ondernemingskamer ervan overtuigd is dat de procespartijen op korte termijn op een schikking kunnen uitkomen en geen behoefte hebben aan een onderzoek op korte termijn. Hetzelfde geldt wanneer de Ondernemingskamer uit een oogpunt van proceseconomie pas wil overgaan tot het bevelen van een onderzoek wanneer zeker is gesteld dat de daarvoor benodigde gelden beschikbaar zijn (vgl. Hoge Raad 26 juni 2009 (QWEST)). Indien de Ondernemingskamer beslist dat er geen onderzoek zal plaatsvinden, is daarmee het enquêteverzoek in de zin van artikel 2:345 BW afgewezen. Aangezien het geding daardoor eindigt, komen ook eventuele onmiddellijke voorzieningen tot een einde (artikel 2:349a lid 2 BW).

#### *Artikel 350*

Artikel 2:350 lid 1 BW bepaalt in welk geval een enquêteverzoek kan worden toegewezen. De bestaande regeling geeft aan dat de Ondernemingskamer het verzoek slechts toewijst wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Dat criterium is in de jurisprudentie voldoende uitgekristalliseerd en behoeft op zichzelf geen aanpassing. Op grond van het nieuwe artikel 2:346 lid 1 onder d BW zal echter ook de rechtspersoon om een enquête kunnen verzoeken ten aanzien van de besluitvorming van de algemene vergadering alsmede het gedrag van individuele aandeelhouders. In het laatste geval rijst de vraag of het gedrag van een aandeelhouder kan worden gekwalificeerd als het «beleid» van de rechtspersoon. Teneinde discussie te voorkomen, wordt aan de bestaande regeling toegevoegd dat het enquêteverzoek ook kan worden toegewezen wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juiste gang van zaken te twijfelen. Met de formulering is aansluiting gezocht bij artikel 2:345 lid 1 BW.

De Ondernemingskamer stelt op grond van artikel 2:350 lid 3 BW een bedrag vast dat het onderzoek ten hoogste mag kosten. Ook bepaalt de Ondernemingskamer welke vergoeding de door haar benoemde personen zullen ontvangen voor hun werkzaamheden. De rechtspersoon betaalt de kosten van het onderzoek. De Ondernemingskamer kan bepalen dat de

rechtspersoon voor de betaling van de kosten zekerheid moet stellen. Het empirische onderzoek naar de toepassing van het enquêterecht suggereert dat het aanzienlijk moeilijker is geworden om mensen te vinden die bereid zijn een onderzoek te verrichten bij een beursvennootschap. De onderzoekers leiden dit af uit de omstandigheid dat de termijn waarbinnen onderzoekers zijn aangesteld in de loop van de tijd langer is geworden. De benoeming van onderzoekers bij beursvennootschappen vindt – in tegenstelling tot het verleden – tegenwoordig vaak niet meer plaats op de dag van de toewijzing van de enquête. Voor de benoeming is in de periode 2000–2007 een gemiddelde termijn van 43 dagen (mediaan van 4 dagen) geconstateerd. De onderzoekers vinden aannemelijk dat deze ontwikkeling onder meer verband houdt met het aansprakelijkheidsrisico dat onderzoekers lopen bij het doen van een onderzoek bij een beursvennootschap. Ook in de rondetafelgesprekken is gewezen op het aansprakelijkheidsrisico van de onderzoekers en is gepleit voor indamming van dat risico.

Ik meen dat de bestaande regeling op onderdelen moet worden aangepast. Uitgangspunt blijft dat de onderzoeker verantwoordelijk is voor de wijze waarop hij het onderzoek verricht en de wijze waarop hij rapporteert over de onderzoeksresultaten. Vanzelfsprekend moeten het onderzoek en de verslaglegging zorgvuldig geschieden. Zou via het onderzoeksverslag foutieve informatie naar buiten komen en zou de onderzochte rechtspersoon daardoor schade leiden, dan kan dit leiden tot aansprakelijkstelling van de onderzoeker. Hetzelfde geldt wanneer de onderzoeker door hem verkregen informatie verder bekend dan nodig is op grond van zijn opdracht (artikel 2:351 lid 3 BW). Of een aansprakelijkstelling ook leidt tot aansprakelijkheid, hangt af van de omstandigheden van het geval. Een onderzoeker moet zich bewust zijn van het risico van aansprakelijkheid wanneer hij ernstige fouten maakt. Wanneer ernstige fouten ontbreken is er echter onvoldoende grondslag voor aansprakelijkheid van een onderzoeker. Naar aanleiding van het advies van de Commissie vennootschapsrecht is de aansprakelijkheid van de onderzoekers expliciet beperkt tot gevallen waarin samengevat een ernstig verzuim kan worden vastgesteld. Ik verwijs naar de toelichting op artikel 351 lid 5 BW.

In de afwegingen is betrokken dat aansprakelijkstelling ook strategisch kan worden gebruikt. De onderzoeker kan onder druk worden gezet door hem aansprakelijk te stellen voor zijn werkzaamheden of te dreigen met aansprakelijkheidsstelling. Ook wanneer de onderzoeker dan uiteindelijk niet aansprakelijk blijkt te zijn, komen de kosten van verweer tegen de aansprakelijkstelling in de tussentijd ten laste van zijn privé-vermogen. Dit kan de aanvaarding van een benoeming tot onderzoeker onaantrekkelijk maken. Aangezien de onderzoeker zijn werkzaamheden verricht op verzoek van de Ondernemingskamer en de enquête plaatsvindt met het oog op het belang van de rechtspersoon, acht ik het niet gepast dat de onderzoeker de kosten van verweer persoonlijk draagt. Het is evenmin gepast, zoals door sommige auteurs wel is beweerd, dat de overheid deze kosten voor zijn rekening neemt. Een enquêteprocedure wordt in de regel niet gevoerd vanuit een algemeen belang. Ook wanneer de onderzochte rechtspersoon omvangrijk is en van belang is voor Nederlandse werknemers en afnemers en het investeringsklimaat in het algemeen, betekent dit niet automatisch dat de enquête kan worden geacht plaats te vinden in het algemeen belang. Wel is verdedigbaar dat de enquête plaatsvindt in het belang van de rechtspersoon en de daarbij betrokken belanghebbenden. Op grond daarvan acht ik het gerechtvaardigd dat de bedoelde kosten van verweer worden neergelegd bij de rechtspersoon (en daarmee indirect ook bij de belanghebbenden). De kosten van verweer strekken zich niet uit tot de kosten die de onderzoeker eventueel moet maken indien hij in rechte wordt veroordeeld tot vergoeding van door hem veroorzaakte schade. In artikel 2:350 lid 3 BW is bepaald dat de

kosten van verweer onderdeel uitmaken van de kosten van het onderzoek die voor rekening van de vennootschap komen. Het gaat daarbij om de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer (vgl. het systeem van artikel 6:96 BW). Ik verwacht dat de rechtspersoon hieraan in de praktijk invulling zal kunnen geven doordat de rechtspersoon de kosten van een aansprakelijkheidsverzekering (ter dekking van de kosten van verweer) ten behoeve van de onderzoeker draagt.

De rechtspersoon draagt op grond van artikel 2:350 lid 3 BW de kosten van het onderzoek. De Ondernemingskamer kan bepalen dat de rechtspersoon voor de betaling daarvan zekerheid stelt. In de praktijk heeft zich verschillende keren de situatie voorgedaan dat een verzoek om een enquête is ingediend terzake een failliete vennootschap. Op zichzelf kan een enquête bij een failliete vennootschap nuttig zijn, zeker wanneer het faillissement samenhangt met mogelijk wanbeleid. In de praktijk is echter ook gebleken dat de curator van een failliete vennootschap niet steeds bereid en in staat is om de boedel te belasten met de kosten van de enquêteprocedure. De consequentie daarvan is dat het onderzoek en daarmee de enquête geen doorgang vinden, tenzij de verzoekers de bedoelde kosten voor hun rekening nemen. De vraag is gerezen of in dit verband aanvullende wetgeving nodig is. Zo is geopperd dat de kosten van de enquêteprocedure worden aangemerkt als boedelschuld in de Faillissementswet. De Hoge Raad heeft dit standpunt afgewezen in de zaken *Decidewise* (2005) en *Landis* (2006). Daarbij is opgemerkt dat boedelschulden schulden zijn die gemaakt worden vanwege de vereffening van de boedel. Zij worden om die reden als eerste voldaan. De onderzoekskosten vanwege een enquêteprocedure staan echter los van de vereffening. Het onderzoek draagt op zichzelf niet bij aan de vereffening van het vermogen van de failliete vennootschap. Van belang is voorts dat de curator bij de vereffening van de boedel moet handelen in het belang van alle crediteuren. De enquêteprocedure wordt in de regel ingesteld door de aandeelhouders. De belangen van de aandeelhouders behoeven niet identiek te zijn aan die van de crediteuren van de vennootschap. De enquêteprocedure wordt in de praktijk ook vaak als onderzoeksmethode gebruikt. In de enquêteprocedure wordt dan beoordeeld of de rechtspersoon zich schuldig heeft gemaakt aan wanbeleid. Wordt die vraag positief beantwoord, dan kunnen de aandeelhouders die uitspraak gebruiken voor een vervolprocedure waarin individuele bestuurders en commissarissen van de vennootschap aansprakelijk worden gesteld voor onbehoorlijk bestuur. Hoewel deze gang van zaken op zichzelf legitiem is, is het de vraag of er ook steun is van de curator, aangezien de gezamenlijke schuldeisers van de vennootschap daardoor niet steeds worden gebaat. De onderzoekskosten belasten immers de boedel. Ik zie geen aanleiding voor een algemene regeling op grond waarvan het belang van bepaalde belanghebbenden bij de failliete vennootschap (aandeelhouders) telkens prevaleert ten opzichte van het belang van de gezamenlijke crediteuren.

Ook is wel aangevoerd dat de Garantstellingsregeling curatoren zou moeten worden verruimd dan wel dat er een bijzonder fonds zou moeten worden ingesteld voor onderzoek in geval van faillissement van beursvennootschappen. Daarover kan het volgende worden opgemerkt. Curatoren kunnen beroep doen op de Garantstellingregeling van het Ministerie van Veiligheid en Justitie wanneer zij bestuurders van rechtspersonen in privé aansprakelijk willen stellen. Op grond van de Garantstellingsregeling wordt een voorschot voor de proceskosten beschikbaar gesteld. Daarmee wordt voorkomen dat de kosten van de procedure tegen bestuurders prohibitief kunnen zijn voor de curator. Zonder een dergelijk voorschot kan de curator oplopen tegen de omstandigheid dat de boedel leeg is en een aansprakelijkheidsprocedure niet gefinancierd kan worden. Slaagt de procedure tegen de bestuurders, dan moet het voorschot aan het Ministerie van Veiligheid en Justitie worden terugbetaald. De verplichting

tot terugbetaling moet derhalve uit de opbrengst van de aansprakelijkheidsprocedure worden voldaan. De crediteuren profiteren pas na die aflossing van een geslaagde aansprakelijkstelling. Een en ander sluit aan bij het uitgangspunt dat private partijen zelf de kosten van civielrechtelijke procedures voor hun rekening nemen. Dit uitgangspunt geldt ook wanneer een enquêteprocedure wordt gestart. Wanneer een enquêteprocedure uitmondt in de uitspraak dat sprake is van wanbeleid van het bestuur, dan staat daarmee de aansprakelijkheid van een individuele bestuurder nog niet vast. De individuele bestuurder is bij de enquêteprocedure ook geen partij. Voor de aansprakelijkstelling is derhalve een separate procedure tegen een bestuurder nodig, waarin vanzelfsprekend een eerder oordeel dat de gezamenlijke bestuurders verantwoordelijk zijn voor wanbeleid wel een belangrijke rol zal kunnen spelen. De uitspraak in de enquêteprocedure heeft niet op zichzelf tot gevolg dat geld in de boedel van de failliete vennootschap vloeit. Er is geen sprake van een opbrengst waarmee een eventueel door de overheid verstrekt voorschot kan worden terugbetaald. De consequentie van een dergelijke regeling zou zijn dat de overheid de desbetreffende civiele procedures rechtstreeks gaat financieren. In dezelfde lijn ligt de gedachte dat de overheid een fonds zou moeten instellen voor het financieren van enquêteprocedure. De volledige financiering van civiele procedures door de overheid is echter niet opportuun. Verzoekers kunnen wel zelf voor de financiering van het onderzoek zorg dragen.

Het voorgaande heeft tot gevolg dat een onderzoek kan uitblijven wanneer de rechtspersoon in staat van faillissement verkeert en de curator geen zekerheid stelt voor de onderzoekskosten. Ook kan zich de situatie voordoen dat – bijvoorbeeld door onvoldoende bijdragen van derden – slechts een gedeeltelijke dekking is gerealiseerd van de door de Ondernemingskamer vastgestelde kosten van het onderzoek. Wanneer het onderzoek dan toch zou starten, staat bij voorbaat vast dat slechts kan worden voorzien in een deelonderzoek. De Ondernemingskamer moet in een dergelijk geval inschatten of het (deel)onderzoek voldoende inzicht zal kunnen verlenen in het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. Zo nee, dan is het onderzoek weinig zinvol. De kosten worden dan eigenlijk voor niets gemaakt. Mede met het oog op de belasting van de rechtspersoon vanwege het onderzoek, acht ik het uitgangspunt gerechtvaardigd dat een enquêteonderzoek niet wordt gestart zolang niet is voldaan aan de door de Ondernemingskamer verlangde zekerheid voor een (deel)onderzoek. De Ondernemingskamer is bevoegd om te beslissen dat het onderzoek geen doorgang kan vinden indien moet worden aangenomen dat een door haar bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken niet zal kunnen worden uitgevoerd bij gebreke van de daartoe noodzakelijke middelen. In dat geval eindigt de enquêteprocedure. De Ondernemingskamer kan die beslissing nemen zonder terug te komen van haar beslissing dat voldoende gronden bestaan om een onderzoek te bevelen, aldus de Hoge Raad inzake QWEST (26 juni 2009). De Commissie vennootschapsrecht heeft geadviseerd het toezicht op de onderzoeksfase in de wet te versterken. De Commissie is er voorstander van om een raadsheer-commissaris aan te stellen, die als aanspreekpunt kan optreden wanneer vragen of klachten opkomen in de onderzoeksfase. Daardoor wordt de rechtsingang verduidelijkt voor het geval in de onderzoeksfase problemen ontstaan. De Commissie gaat er daarbij vanuit dat de benoeming van een raadsheer-commissaris de verantwoordelijkheid van de onderzoekers voor de opzet en de uitvoering van het onderzoek niet wijzigt. De Commissie acht het voorts wenselijk dat de Ondernemingskamer een reglement ten behoeve van de onderzoeksfase opstelt, waarin voor de onderzoekers de voornaamste onderwerpen duidelijk worden geregeld.

Artikel 2:350 lid 4 BW bepaalt dat de Ondernemingskamer, gelijktijdig met de benoeming van onderzoekers, een raadsheer-commissaris benoemt.



Deze raadsheer-commissaris kan worden benoemd uit de raadsheren die in de eerste fase van de enquêteprocedure het onderzoek hebben bevolen. De onderzoeker blijft – en dus niet de raadsheer-commissaris naast hem – verantwoordelijk voor de opzet en uitvoering van het onderzoek. Wordt de raadsheer-commissaris een beslissing gevraagd, dan dienen de onderzoekers hem van de nodige informatie te voorzien. De rechtspersoon, de verzoekers en andere belanghebbenden kunnen zich wenden tot de raadsheer-commissaris met het verzoek om een beslissing te nemen met het oog op de goede gang van zaken van het onderzoek. Daarmee wordt bedoeld op de procesmatige kant van het onderzoek en niet op de inhoud. Gedacht kan worden aan de vraag of een onderzoeker het beginsel van hoor en wederhoor voldoende in acht neemt, of een onderzochte bestuurder tijdens het verhoor mag worden bijgestaan door een advocaat, of een onderzochte partij bandopnamen mag maken tijdens het verhoor, of een onderzochte partij voldoende tijd is geboden om zijn commentaar op het concept-rapport te geven. De raadsheer-commissaris beslist steeds of en aan wie een afschrift van het verzoek wordt verstrekt en over de verdere procedure die leidt tot de beslissing op het verzoek. Hij stelt de onderzoeker in de gelegenheid zijn zienswijze te geven. Voorts dient de raadsheer-commissaris rekening te houden met het bepaalde in het derde lid van artikel 2:351 BW en af te wegen of en in hoeverre de betrokkenen in het kader van een behoorlijke procesgang voldoende belang hebben bij informatie over het verzoek. Tegen de beslissingen van de raadsheer-commissaris staat geen beroep in cassatie open. Overwogen is om de benoeming van de raadsheer-commissaris optioneel te maken en af te laten hangen van het oordeel van de Ondernemingskamer. Het nadeel daarvan is echter dat een belanghebbende die een oordeel wil laten vellen over een aspect van de onderzoeksfase, dan eerst stappen dient te zetten om de benoeming van een raadsheer-commissaris te realiseren. Dat is vanuit toezichtperspectief niet wenselijk. Daarom wordt de voorkeur gegeven aan de verplichte benoeming van een raadsheer-commissaris. Van geval tot geval moet dan worden afgewacht of werkelijk beroep wordt gedaan op de raadsheer-commissaris. Ik verwacht dat hij in een groot aantal zaken geen actieve rol behoeft te vervullen omdat het onderzoek naar behoren loopt.

#### *Artikel 351*

Het nieuwe artikel 351 lid 4 bepaalt dat de onderzoekers degenen die in het onderzoeksverslag worden genoemd in de gelegenheid moet stellen om kennis te nemen van wezenlijke bevindingen in het (ontwerp)verslag die op die personen betrekking hebben. Dit geeft de desbetreffende personen de mogelijkheid om desgewenst commentaar te leveren op gegevens of conclusies die hen zelf raken. Zou de onderzoeker die gelegenheid niet geven, dan kan dit worden aangekaart bij de raadsheer-commissaris bedoeld in artikel 350 lid 4.

Verwezen is naar «wezenlijke bevindingen» om duidelijk te maken dat de enkele omstandigheid dat de naam van een persoon wordt vermeld, niet altijd tot gevolg heeft dat het (ontwerp)verslag aan die persoon moet worden overgelegd. Dat houdt verband met de omstandigheid dat in de praktijk regelmatig namen worden genoemd in het verslag, terwijl dat voor de conclusies van de onderzoekers niet erg relevant is; in dat geval ontbreekt het risico op een defamerende werking. De onderzoekers behoeven ook niet het gehele verslag over te leggen; zij kunnen zich beperken tot de relevante passages. Overigens zijn de onderzoekers ook niet verplicht om eventuele opmerkingen van de betrokken personen ten aanzien van de bevindingen over te nemen en het verslag aan te passen. De onderzoekers behouden de eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van het oordeel over de feiten en omstandigheden.



De Commissie vennootschapsrecht heeft geadviseerd om de aansprakelijkheid van de onderzoeker te beperken tot het geval dat hij schade heeft veroorzaakt door opzet of daaraan grenzende roekeloosheid. De Commissie verwacht dat het daardoor eenvoudiger wordt om de onderzoeker te verzekeren voor zijn eventuele aansprakelijkheid; het aansprakelijkheidsrisico wordt immers meer overzichtelijk. Uitgaand van de gedachte dat duidelijk moet zijn dat een onderzoeker niet aansprakelijk is voor de door hem verrichte werkzaamheden tenzij hij daarbij samen-gevat grote fouten heeft gemaakt, is in artikel 2:351 lid 5 BW bepaald dat de met het onderzoek belaste personen niet aansprakelijk zijn voor schade die het gevolg is van het verslag van de uitkomst van het onderzoek, tenzij zij opzettelijk onbehoorlijk hebben gehandeld dan wel met kennelijk grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Deze formulering sluit aan bij de aansprakelijkheidsbeperking van arbiters (Hoge Raad 4 december 2009, LJN: BJ7834, JOR 2010, 175).

#### *Artikel 352*

De onderzoeker kan op grond van de huidige regeling aan de voorzitter van de Ondernemingskamer verzoeken om te bevelen dat boeken en bescheiden ter beschikking worden gesteld aan de onderzoeker. Dat bevel kan ook inhouden dat de openbare macht daartoe bijstand verleent. Nu het wetsvoorstel een raadsheer-commissaris introduceert die toezicht houdt op het verloop van het onderzoek en in dat verband ordemaatregelen kan treffen, ligt voor de hand dat deze raadsheer-commissaris ook de bevelen in de zin van artikel 352 kan geven. Dat wordt met de voorgestelde wijziging bewerkstelligd.

#### *Artikel 353 lid 2*

Op grond van dit artikel ontvangt de AFM in de toekomst het verslag van onderzoeken die onder haar toezicht staande instellingen betreffen. Ik verwijs overigens naar de toelichting op artikel 2:348 BW.

#### *Artikel 357 lid 6*

Artikel 2:350 lid 3 BW wordt gewijzigd teneinde te bewerkstelligen dat een onderzoeker die door de Ondernemingskamer wordt aangesteld, niet zelf de kosten van verweer in een aansprakelijkheidsprocedure behoeft te dragen. Die kosten komen voor rekening van de rechtspersoon. Een vergelijkbare regeling is opgenomen voor de personen die tijdelijk door de Ondernemingskamer worden aangesteld als bestuurder of commissaris van de rechtspersoon op de voet van artikel 2:356 onderdeel c BW alsmede de beheerder van aandelen, aan wie aandelen tijdelijk worden overgedragen ten titel van beheer op de voet van artikel 2:356 onderdeel e BW. In een nieuw lid 6 is bepaald dat dergelijke tijdelijke bestuurders en commissarissen alsmede beheerders van aandelen niet de kosten van verweer behoeven te dragen, indien zij naar aanleiding van hun aanstelling aansprakelijk worden gesteld vanwege onbehoorlijke taakvervulling. Redelijke kosten van verweer die in redelijkheid zijn gemaakt, worden gedragen door de vennootschap, indien de Ondernemingskamer dat zo bepaalt. Voor de hand ligt dat de rechtspersoon ter voldoening aan deze verplichting zorg draagt voor een aansprakelijkheidsverzekering terzake de kosten van verweer ten gunste van de tijdelijk aangestelde personen. Het aansprakelijkheidsrisico van deze personen is daarmee overigens niet geheel weggenomen. Het wetsvoorstel brengt geen verandering in de omstandigheid dat de (tijdelijke) bestuurder, commissaris of beheerder aansprakelijk kan zijn jegens de rechtspersoon of derden wanneer hij zich schuldig zou maken aan onbehoorlijk bestuur. Het wetsvoorstel verplicht de rechtspersoon niet om de desbetreffende

kosten te dragen. Voor de volledigheid merk ik nog op dat de rechtspersoon de bedoelde kosten van verweer niet kan verhalen op de tijdelijk aangestelde persoon indien deze in een aansprakelijkheidsprocedure wordt veroordeeld. Aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon kan overigens worden ondervangen doordat de aandeelhoudersvergadering decharge verleent aan de desbetreffende bestuurder of commissaris. In de praktijk worden tijdelijke bestuurders en commissarissen ook vaak aangesteld op basis van een onmiddellijke voorziening (artikel 2:349a BW). Daarbij kan de Ondernemingskamer – analoog aan het nieuwe artikel 2:357 lid 4 BW – bepalen dat de rechtspersoon de redelijke kosten van verweer tegen aansprakelijkheid draagt.

#### *Artikel 358 lid 3*

De AFM heeft op grond van dit artikel recht op een afschrift van de beschikkingen van de Ondernemingskamer. Ik verwijs overigens naar de toelichting op artikel 2:348 BW.

#### ARTIKEL II

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft geadviseerd een evaluatiebepaling op te nemen, nu het wetsvoorstel de toegang tot de enquêteprocedure wijzigt. De SER heeft een evaluatie na drie jaar na inwerkingtreding van de wet voorgesteld (08/01, p. 60). Artikel II sluit hierbij aan.

#### ARTIKEL III

In Artikel III is bepaald dat deze wet alleen van toepassing is in zaken waarin het verzoek als bedoeld in artikel 345 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is ingediend op of na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet. Voor alle «oude» zaken blijft het recht gelden zoals dat gold voor de datum van inwerkingtreding van de wet.

Ten aanzien van onderzoeken naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon die zijn ingesteld voor de inwerkingtreding van deze wet, geldt dat het recht van toepassing blijft zoals dat gold voor die datum. Aan die beslissing ligt de overweging ten grondslag dat de rechtszekerheid er niet mee is gediend wanneer de voorschriften die op de enquêteprocedure van toepassing zijn, hangende de procedure veranderen. Ingeval van een onderzoek dat door de Ondernemingskamer is gelast voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel, zal bijvoorbeeld geen raadsheer-commissaris zijn benoemd terwijl dit wetsvoorstel wel in zo'n benoeming voorziet (vgl. het voorgestelde artikel 350 lid 4). Indien ervoor zou worden gekozen de in dit wetsvoorstel vervatte wijzigingen van toepassing te doen zijn op alle reeds ingestelde onderzoeken, zou voorts bijvoorbeeld onduidelijk zijn wat rechtens is indien de onderzoekers in een bepaalde zaak hun onderzoek al hebben afgerond en het verslag van het onderzoek reeds bij de Ondernemingskamer hebben gedeponereerd zonder dat degenen die in het onderzoek worden genoemd in de gelegenheid zijn gesteld om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen uit het onderzoek die henzelf betreffen (vgl. het voorgestelde artikel 351 lid 4).

Ook ten aanzien van verzoeken tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon die op de datum van inwerkingtreding van deze wet zijn ingediend, blijft het recht van toepassing zoals het gold voor de datum van inwerkingtreding van deze wet. Daarmee wordt onduidelijkheid ten aanzien van de gevolgen van de gewijzigde criteria voor ontvankelijkheid van een enquêteverzoek voorkomen (vgl. het voorgestelde artikel 346 lid 1 sub b).

#### *ARTIKEL IV*

Dit artikel betreft de inwerkingtreding van de wet. De datum van inwerkingtreding wordt bij koninklijk besluit bepaald, waarbij rekening zal worden gehouden met de zogenoemde vaste verandermomenten voor de inwerkingtreding van nieuwe wetgeving.

De minister van Veiligheid en Justitie,  
I. W. Opstelten