

Vergaderjaar 2010–2011

**32 887**

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

**Nr. 4**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 13 juli 2011 en het nader rapport d.d. 2 september 2011, aangeboden aan de Koningin door de minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 12 mei 2011, no. 11.001151, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête, met memorie van toelichting.*

*Het wetsvoorstel strekt ertoe het functioneren van de enquêteprocedure te verbeteren. Zo wordt voorgesteld de toegang tot de enquêteprocedure te wijzigen voor grote vennootschappen en wordt voorgesteld om het mogelijk te maken dat de rechtspersoon zelf een enquêteverzoek indient. Voorts wordt voorgesteld de belangenafweging voor de toewijzing van onmiddellijke voorzieningen te regelen en de aansprakelijkheid voor onderzoekers te beperken.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 12 mei 2011, nr. 11.001151, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 13 juli 2011, nr. W03.11.0163/II, bied ik U hierbij aan.

Op de opmerkingen van de Afdeling advisering wordt hierna ingegaan.

*De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel maar maakt opmerkingen over het enquêterecht dat aan andere instanties dan ondernemingsraden, bijvoorbeeld cliëntenraden is toegekend, over de uitsluiting van de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) van het recht om gehoord te worden, en over het ontbreken van een evaluatiebepaling. Zij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

## 1. Enquêterecht medezeggenschapsorganen

*Het wetsvoorstel brengt geen verandering aan in de positie van de ondernemingsraad en kent hem geen enquêterecht toe. Volgens de toelichting zou de overlapping met de bevoegdheden van de ondernemingsraad op grond van de Wet op de Ondernemingsraden kunnen leiden tot een dubbele rechtsgang. Dit leidt tot een dubbele belasting van de rechtspersoon en komt de rechtszekerheid niet ten goede. Daarnaast wijst de toelichting er op dat een ondernemingsraad niet in de proceskosten kan worden veroordeeld en dus geen aansprakelijkheid draagt vanwege een niet op redelijke gronden gedaan verzoek. De Afdeling vindt deze redenen om geen enquêterecht aan de ondernemingsraad toe te kennen overtuigend.*

*De toelichting vermeldt dat aan cliëntenvertegenwoordigingen van zorginstellingen het enquêterecht toekomt.<sup>1</sup> Cliëntenraden krijgen op grond van het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg dezelfde adviserende bevoegdheden als een ondernemingsraad en meer instemmingsrechten dan een ondernemingsraad.<sup>2</sup> Als een advies niet wordt opgevolgd, kunnen zij zich wenden tot een vertrouwenscommissie. Ook hier geldt het argument van een dubbele rechtsgang (beroep bij vertrouwenscommissie en enquêterecht), hetgeen de rechtszekerheid niet ten goede komt. Zij kunnen evenmin in de proceskosten worden veroordeeld en dragen daarom geen aansprakelijkheid voor een niet op redelijke gronden gedaan enquêteverzoek.*

*De Afdeling geeft daarom in overweging om de keuze om een ondernemingsraad geen enquêterecht toe te kennen, eveneens door te voeren ten aanzien van cliëntenraden.*

## 1. Enquêterecht medezeggenschapsorganen

Het advies van de Afdeling refereert aan het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg, op grond waarvan bijzondere bevoegdheden worden toegekend aan cliëntenraden van zorginstellingen. De Wet toelating zorginstellingen (WTZi) die op 1 januari 2006 in werking is getreden, voorziet in een enquêterecht voor cliëntvertegenwoordigende organisaties in de zorg. In het voorstel voor de Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) wordt het enquête-recht toegekend aan cliëntenraden in plaats van cliëntvertegenwoordigende organisaties. Dit past bij de sterkere positie die cliëntenraden in de Wcz krijgen. In zijn advies over het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg (nr. W13.09.0255/I d.d. 8 december 2009) heeft de Raad van State geen aanleiding gezien om opmerkingen te maken over het enquêterecht voor cliëntenraden (art. 41 derde lid Wcz).

Het kabinet ziet in het onderhavige advies voor het wetsvoorstel houdende wijziging van boek 2 BW geen aanleiding om het enquêterecht voor cliëntenraden te heroverwegen. Het kabinet ziet het enquêterecht voor cliëntenraden als een nuttig instrument voor cliënten die van zorg afhankelijk zijn. De belangen van cliënten kunnen door wanbeleid binnen een zorginstelling ernstig worden geschaad. Waar de belangen van personeelsleden in zo'n geval op grond van het enquêterecht kunnen worden behartigd door een vakvereniging, bestaat er geen vergelijkbare mogelijkheid voor cliënten. Daarom voorziet het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg in een enquêtebevoegdheid voor de cliëntenraad. Cliëntvertegenwoordigende organisaties hebben voornamelijk slechts spaarzaam gebruik gemaakt van het huidige enquêterecht. Het instrument lijkt vooral waardevol voor situaties waarin het bestuur geen besluiten neemt ter oplossing van geconstateerde problemen. In die gevallen komen cliëntenraden niet toe aan gebruikmaking van hun advies- en instemmingsbevoegdheden.

<sup>1</sup> Memorie van toelichting, Toegang tot de enquêteprocedure, onder de kop «sectorspecifieke regelgeving». Zorginstellingen zijn op grond van artikel 6.2 van het Besluit toelating zorginstellingen verplicht in hun statuten toegang tot het enquêterecht toe te kennen aan cliëntenraden.

<sup>2</sup> Artikel 36 en 37 van het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg (Kamerstukken II 2009/10, 32 402).

## 2. Hoorrecht

*In het voorstel wordt aan de AFM dezelfde informatiepositie toegekend als De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) heeft. Er is echter van afgezien om de AFM het recht te geven haar standpunt ten aanzien van een verzoek tot voorzieningen in geval van wanbeleid aan de Ondernemingskamer kenbaar te maken. Volgens de toelichting voorkomt deze uitsluiting een cumulatie van bevoegdheden van de AFM en DNB en is dit evenmin noodzakelijk voor het toezicht van de AFM op de jaarrekening en het omgaan met koersgevoelige informatie.*

*De Afdeling ziet niet in waarom de AFM en DNB wel dezelfde informatie ontvangen over het enquêteverzoek, maar ten aanzien van het horen een ongelijke positie krijgen. Het kan voor het gedragstoezicht van de AFM, evenals dat het geval is voor het prudentiële toezicht van DNB van belang zijn dat zij in de gelegenheid wordt gesteld haar visie ten overstaan van de rechter kenbaar te maken.*

*De Afdeling adviseert de AFM hoorrecht toe te kennen.*

## 2. Hoorrecht

Het huidige recht houdt in dat De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) in de gelegenheid wordt gesteld om zijn standpunt kenbaar te maken ten aanzien van een verzoek om voorzieningen ten aanzien van een rechtspersoon die onder zijn toezicht staat (artikel 2:348 jo. 355 lid 4 BW). Daardoor kan de Ondernemingskamer het standpunt van DNB meewegen voor wat betreft de vraag of een bepaalde voorziening gepast is, bijvoorbeeld met het oog op de soliditeit van financiële ondernemingen (vgl. artikel 1:24 Wft).

De Autoriteit Financiële Markten oefent gedragstoezicht uit op de financiële markten en beslist omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot die markten (artikel 1:25 lid 2 Wft). Het gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, 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.

Een en ander laat onverlet dat het wel zinvol is dat de AFM wordt geïnformeerd over het verloop van een enquêteprocedure, met name omdat sprake kan zijn van koersgevoelige informatie. Met het wetsvoorstel wordt geregeld dat de informatievoorziening van de AFM gelijk wordt gesteld aan de informatievoorziening van DNB.

## 3. Informatieplicht

*De voorgestelde toevoeging aan artikel 2:349 lid 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de raad van commissarissen onderscheidenlijk het bestuur zo snel mogelijk op de hoogte wordt gesteld van het verzoek, indien het verzoek is gedaan door de rechtspersoon. Anders dan de toelichting stelt, is het naar het oordeel van de Afdeling steeds in het belang van de rechtspersoon dat de raad van commissarissen onderscheidenlijk het bestuur elkaar niet slechts van een enquêteverzoek dat zij hebben gedaan, op de hoogte stellen, maar ook van het voornemen daartoe.<sup>1</sup> De Afdeling adviseert daarom de tekst van de voorgestelde toevoeging van artikel 2:349 lid 1 Burgerlijk Wetboek aan te passen.*

<sup>1</sup> Artikelsgewijze toelichting bij artikel 349, tweede alinea.

### *3. Informatieplicht*

Overeenkomstig het advies van de Afdeling is in artikel 2:349 lid 1 BW bepaald dat – indien het enquêteverzoek wordt gedaan door de rechtspersoon – de raad van commissarissen onderscheidenlijk het bestuur en de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk op de hoogte moeten worden gesteld van het voornemen om het verzoek in te dienen onderscheidenlijk het indienen van het verzoek.

### *4. Evaluatiebepaling*

*Overeenkomstig de aanbeveling van de SER in zijn advies «Evenwichtig ondernemingsbestuur» adviseert de Afdeling het voorstel te voorzien van een evaluatiebepaling, nu het de toegang tot de enquêteprocedure wijzigt.<sup>1</sup>*

### *4. Evaluatiebepaling*

Het advies om een evaluatiebepaling op te nemen nu het wetsvoorstel de toegang tot de enquêteprocedure wijzigt, is overgenomen.

*5. Voor een redactionele kanttekening verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.*

5. De redactionele suggestie van de Afdeling is overgenomen.

*De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De vice-president van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

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

---

<sup>1</sup> Evenwichtig ondernemingsbestuur, 2008, blz. 60.

**Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W03.11 0163/II met een redactionele kanttekening die de Afdeling in overweging geeft**

- Artikel II als volgt formuleren: Het recht zoals dat gold vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet blijft van toepassing ten aanzien van zaken waarin het verzoek als bedoeld in artikel 345 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is ingediend voor dat tijdstip.