

Vergaderjaar 2011–2012

32 887

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

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 3 februari 2012

Graag dank ik de leden van de fracties van de VVD, PvdA, PVV, CDA, SP en ChristenUnie voor hun reactie op het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel heeft tot doel de bestaande enquêteprocedure op onderdelen te verbeteren. Het wetsvoorstel wijzigt ondermeer de toegang tot de enquêteprocedure, en leidt tot processuele verbeteringen in verband met het treffen van onmiddellijke voorzieningen en de onderzoeksfase alsmede een beperking van het aansprakelijkheidsrisico van onderzoekers. Ik ga hierna graag in op de door de fracties gestelde vragen, in de volgorde waarin zij zijn gesteld.

Algemeen

De leden van de VVD-fractie vragen of de mening van Cools en Kroeze¹ wordt gedeeld dat er weinig misbruik van het enquêterecht wordt gemaakt.

De heren Cools, Kroeze, Geerts en Pijls hebben een empirisch onderzoek verricht naar het functioneren van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad in enquêteprocedures. Dankzij dit onderzoek is inzicht verkregen in de duur van enquêteprocedures en de onderzoeken die in dat verband zijn verricht, het aantal enquêteverzoeken 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), de vaststelling van wanbeleid en het treffen van onmiddellijke en definitieve voorzieningen. Uit de resultaten van dit onderzoek kan ik niet afleiden dat er vaak misbruik wordt gemaakt van de enquêteprocedure, maar de onderzoeksvraag was daar ook niet op gericht.

Deze leden vragen vervolgens of de Ondernemingskamer in geval van een concernenquête bij moeder en dochter ook voorzieningen bij die dochter

¹ Prof. dr. K. Cools, mr. dr. P.G.F.A. Geerts, prof. mr. dr. M.J. Kroeze en mr. drs. A.C.W. Pijls, Het recht van enquête, Een empirisch onderzoek, Rijksuniversiteit Groningen en Erasmus Universiteit Rotterdam, februari 2009.

kan treffen. Zij vragen of ik kan bevestigen dat de Ondernemingskamer hierover al heeft beslist voor wat betreft onmiddellijke voorzieningen en verwijzen in dat verband naar de uitspraak inzake Knapen Trailers¹. Zij vragen of het kabinet uitsluitend kan geven nu de Hoge Raad zich hierover nog niet heeft uitgelaten. De leden van de VVD-fractie verwijzen voorts naar de uitspraak inzake Gucci en vragen of de Ondernemingskamer artikel 356-voorzieningen kan treffen zonder dat een onderzoek heeft plaatsgevonden als er sprake is van evident wanbeleid.

De wet houdt rekening met concernverhoudingen in artikel 2:351 lid 2 BW. De Ondernemingskamer kan de onderzoekers machtigen tot het inzien van boeken en bescheiden en het zich doen tonen van de bezittingen van een rechtspersoon die nauw verbonden is met de rechtspersoon die wordt onderzocht, indien dat voor de juiste vervulling van de taak van de onderzoekers nodig is. Anders gezegd, de onderzoeker wordt in staat gesteld om kennis te nemen van gegevens die betrekking hebben op het beleid van de rechtspersoon waartegen de enquête zich richt, ook als die gegevens zich bevinden bij andere rechtspersonen die nauw zijn verbonden met de onderzochte rechtspersoon.

Daarnaast is de Ondernemingskamer in verschillende beschikkingen ingegaan op de vraag of een enquête kan worden verzocht bij een moedervereniging indien de leden van een vakorganisatie werkzaam zijn bij de dochtervereniging. Uit de verschillende uitspraken volgt dat vakorganisaties waarvan de leden werkzaam zijn bij een dochtervereniging, 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.

Voorts heeft de Hoge Raad inzake Gucci (Hoge Raad 27 september 2000, JOR 2000/217) beslist dat de Ondernemingskamer uitsluitend op basis van een enquêteverslag, in een procedure op de voet van artikel 2:355 BW, kan oordelen dat sprake is van wanbeleid en voorzieningen kan treffen in de zin van artikel 2:356 BW. Er moet dus een onderzoek hebben plaatsgevonden voordat de conclusie kan worden getrokken dat sprake is van wanbeleid bij een bepaalde rechtspersoon. Dat is in een concernverhouding niet anders.

In de zaak Knapen Trailers heeft de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen getroffen ten aanzien van verschillende verenigingen. De Ondernemingskamer heeft in die zaak de beslissing over het instellen van een onderzoek aangehouden. Indien partijen het niet eens waren met deze uitspraak, had het op hun pad gelegen om cassatie in te stellen bij de Hoge Raad, zodat deze een uitspraak had kunnen doen over de juistheid van de beslissing en de onderbouwing daarvan. Dat hebben zij echter niet gedaan. Het is niet aan de Minister van Veiligheid en Justitie om uitspraken te doen over de merites van een uitspraak van de Ondernemingskamer in plaats van de Hoge Raad.

De leden van de PVV-fractie vragen op welke wijze de verhoudingen binnen de vereniging verbeterd kunnen worden anders dan door een enquêteprocedure.

Goede verhoudingen binnen de vereniging zijn van groot belang voor het goed functioneren van de vereniging. Goede verhoudingen vereisen een goed bestuur, dat het vertrouwen geniet van de algemene vergadering en, voor zover aanwezig, de raad van commissarissen. Teneinde handen en voeten te geven aan de relatie van het bestuur met de algemene vergadering en de raad van commissarissen geldt de wettelijke verplichting om periodiek informatie te verstrekken over het beleid en de strategie van het bestuur en om daarover verantwoording af te leggen (vgl. de artikelen 2:107–108, 141 217–218 en 251 BW). Goede verhoudingen zijn ook van belang in relatie tot de werknemers. Een bedrijf

¹ Ondernemingskamer 21 juni 2005, ARO 2005, 98.

kan op de langere termijn niet goed functioneren indien de werknemers geen vertrouwen hebben in de leiding van de onderneming. Ook in relatie tot de werknemers bestaat een wettelijke plicht om periodiek informatie te verstrekken (in dat geval aan de ondernemingsraad) en periodiek te overleggen. Daarnaast hebben werknemers via de ondernemingsraad adviesrecht c.q. instemmingsrecht ten aanzien van besluiten die hen in het bijzonder raken (Wet op de ondernemingsraden). Ik meen dat het bestaande wettelijke kader volstaat.

Deze leden vragen voorts een reactie op de stelling dat slechts in het geval een individuele aandeelhouder alleen of met steun van andere aandeelhouders een beslissende stem heeft in de algemene vergadering, een enquêteprocedure gestart kan worden.

Een enquêteprocedure kan worden gestart wanneer een aandeelhouder alleen of met steun van anderen een beslissende stem heeft gehad in de algemene vergadering, onder de voorwaarde dat het aldus genomen besluit aanleiding geeft tot de conclusie dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twifelen. Dat zou het geval kunnen zijn wanneer de algemene vergadering een hoge dividenduitkering eist van het bestuur, die dit in strijd acht met het belang van de vennootschap. Op advies van de Commissie vennootschapsrecht is voorts opgenomen dat het gedrag van een aandeelhouder buiten de algemene vergadering ook aanleiding kan zijn voor de start van een enquête. Het moet dan gaan om het handelen van de persoon in zijn hoedanigheid van aandeelhouder.

Vanzelfsprekend moet de Ondernemingskamer beoordelen of de feiten en omstandigheden zodanig zijn dat zij een onderzoek rechtvaardigen.

Daarvoor is op zichzelf onvoldoende aanleiding wanneer een individuele aandeelhouder uitsluitend aangeeft dat hij het niet eens is met het beleid van het bestuur. Wanneer een of meerdere aandeelhouders echter buiten de algemene vergadering om gedrag vertonen dat zeer schadelijk is voor de vennootschap – bijvoorbeeld doordat zij de media onjuist informeren – zou sprake kunnen zijn van gegronde redenen om aan een juiste gang van zaken bij de vennootschap te twifelen (vgl. artikel 2:350 lid 1 BW). Het voorstel voorkomt dat de vennootschap slechts beroep kan doen op de Ondernemingskamer nadat een algemene vergadering is georganiseerd en daar besluitvorming heeft plaatsgevonden. Dat is onpraktisch en kostbaar, nu zo'n algemene vergadering in beginsel slechts eenmaal per jaar plaatsvindt en aan wettelijke termijnen is gebonden.

Consultatie voorontwerp en advies Commissie vennootschapsrecht

Voor zover de leden van de VVD-fractie niet op onderdelen daarvan apart een reactie van de regering vragen, verzoeken zij om een reactie op het advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van 3 november 2011 en de inbreng van VNO-NCW en MKB Nederland van 4 november 2011.

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht suggereert een aantal technische verbeterpunten. Op het overgrote deel van deze punten wordt ingegaan in deze nota naar aanleiding van het verslag en nota van wijziging. Ik verwijs graag daarnaar. Daarnaast stelt de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht dat niet alleen voor de onderzoekers maar ook voor door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen een bijzonder criterium zou moeten gelden voor hun aansprakelijkheid. Dat betekent dat de Commissie bepleit om voor die bestuurders en anderen te bepalen dat hun aansprakelijkheid wordt beperkt tot gevallen waarin zij met opzet of daaraan grenzende roekeloosheid schade hebben veroorzaakt. Zo'n beperking is naar mijn mening niet gepast. Wanneer een persoon tijdelijk bestuurder wordt van een vennootschap, behoort hij te vallen onder hetzelfde aansprakelijkheidsregime als de andere bestuurders. Ik zie geen

reden voor een verschillend regime, nu die bestuurders op basis van hetzelfde beginsel – handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming – moeten optreden. Ook de Commissie vennootschapsrecht heeft in een advies van 10 oktober 2010 aangegeven dat een beperking van aansprakelijkheid niet op zijn plaats is voor door de Ondernemingskamer aangestelde bestuurders en commissarissen. VNO-NCW en MKB Nederland hebben verschillende opmerkingen gemaakt die in deze nota naar aanleiding van het verslag en nota van wijziging aan de orde komen. In aanvulling daarop wil ik nog ingaan op de volgende punten. VNO-NCW bepleit een nadere wettelijke inkadering van de beoordelingsruimte van de Ondernemingskamer. VNO-NCW onderkent dat de Hoge Raad al heeft geoordeeld dat de Ondernemingskamer niet behoort te treden in de merites van bestuurlijke beslissingen als daaraan een behoorlijke besluitvorming met afweging van voor- en nadelen ten grondslag ligt. Toch wil VNO-NCW dat de wet aangeeft dat een enquête-verzoek moet worden afgewezen wanneer wordt aangetoond dat bestuurders en commissarissen «handelden binnen de hen bij of krachtens wet en statuten opgedragen taken en bevoegdheden en op basis van adequate, op het moment van besluitvorming beschikbare, informatie en afweging van betrokken belangen redelijkerwijs mochten aannemen te handelen in het belang van de vennootschap». Ik meen dat de Hoge Raad voldoende duidelijk heeft gemaakt dat de Ondernemingskamer niet mag gaan zitten op de stoel van het bestuur of de raad van commissarissen. Met een nieuwe wettelijke formulering dreigt de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad zijn waarde te verliezen, terwijl een nieuwe wettelijke regeling zal leiden tot nieuwe discussies over de betekenis daarvan, zodat rechtsonzekerheid kan ontstaan. Daarnaast heeft het voorstel van VNO-NCW tot gevolg dat het enquêterecht als middel om geschillen te beslechten ernstig wordt uitgehold. Er wordt een ontvankelijkheidseis voorgesteld, die tot gevolg heeft dat de Ondernemingskamer geen oordeel mag vellen over het beleid van de rechtspersoon. Het risico bestaat dat geschillen langer voortduren en de vennootschap daardoor wordt geschaad. Overigens lijkt een consequentie van de formulering van het voorstel van VNO-NCW dat een enquête-verzoek ook dan moet worden afgewezen wanneer er aanwijsbaar een patstelling bestaat tussen verschillende bestuurders en daardoor noodzakelijke besluitvorming uitblijft. Zolang de bestuurders stellen dat zij handelden in het belang van de vennootschap, lijkt de Ondernemingskamer buiten spel gezet. Datzelfde geldt wanneer er een verschil van mening zou zijn tussen het bestuur en de algemene vergadering, bijvoorbeeld over de opsplitsing van de onderneming. De voorgestelde tekst lijkt ook dan tot gevolg te hebben dat de Ondernemingskamer geen rol kan spelen, zelfs niet wanneer de rechtspersoon het enquêteverzoek zou willen indienen teneinde het beleid van de algemene vergadering aan de kaak te stellen (ervan uitgaand dat de bestuurders en commissarissen handelen in het belang van de vennootschap). Dat lijkt mij ongewenst. VNO-NCW heeft voorts opgemerkt dat het wetsvoorstel ten onrechte niet bepaalt dat beleggers uitsluitend toegang hebben tot het enquêterecht wanneer zij aandelen voor eigen rekening houden. Terecht is opgemerkt dat ik hiermee het advies van de Commissie vennootschapsrecht volg, die heeft aangegeven dat de invoering van het criterium «houden voor eigen rekening» tot gevolg heeft dat er bij voortduring discussie zal bestaan over de ontvankelijkheid van aandeelhouders omdat moet worden bezien hoe de verkrijging van hun aandelen is gefinancierd. Het voorstel van VNO-NCW zal een grote belemmering opleveren voor aandeelhouders en certificaathouders om beroep te doen op het enquêterecht. Daarvoor is geen aanleiding. Zoals ik ook elders in deze nota naar aanleiding van het verslag opmerk, vertrouw ik er mede gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad op dat de Ondernemingskamer zorgvuldig zal omgaan met haar bevoegdheden op grond van het enquêterecht.

Afsluitend pleit VNO-NCW nogmaals voor de invoering van twee feitelijke instanties in de enquêteprocedure. In de memorie van toelichting heb ik opgemerkt dat uit het empirische onderzoek geen gegevens naar voren komen die pleiten voor een ingrijpende aanpassing van de enquêteprocedure. De Ondernemingskamer heeft bewezen snel te kunnen handelen, terwijl het aantal keren dat een beslissing van de Ondernemingskamer is gecasseerd niet opmerkelijk groot is. Het wetsvoorstel bevat voorts verschillende voorstellen om de processuele kant van een enquête te verbeteren. Die aanpassingen, het ontbreken van grote problemen met de huidige regeling en de snelheid waarmee de Ondernemingskamer geschillen kan beslechten, leiden bij mij tot de conclusie dat er geen aanleiding is voor een procedure in twee feitelijke instanties.

De leden van de VVD-fractie vragen of het openbaar ministerie te weinig gebruik maakt van de bevoegdheid om op grond van het algemeen belang een enquêteverzoek in te dienen (artikel 2:345 lid 2 BW) en zo ja, wat wordt gedaan om daar verandering in te brengen. Verwezen wordt naar een onderzoek van Schmieman.

Artikel 3:345 lid 2 BW bepaalt dat een enquêteverzoek kan worden ingediend door de advocaat-generaal bij het gerechtshof Amsterdam om redenen van algemeen belang. Ter voorbereiding van een dergelijk verzoek kan de advocaat-generaal één of meer personen belasten met het inwinnen van inlichtingen over het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon (artikel 2:345 lid 2 BW). Uit het eerdergenoemde empirische onderzoek volgt dat de advocaat-generaal in de periode 1971–2007 in vijf zaken heeft verzocht om een enquête. Daarnaast heeft de advocaat-generaal één verzoek tot het instellen van een nader onderzoek gedaan en zeven verzoeken tot het vaststellen van wanbeleid en het treffen van voorzieningen op grond van artikel 2:356 BW.

De advocaat-generaal heeft op grond van het enquêterecht een eigen taak ter bescherming van het openbaar belang, die hij onafhankelijk van andere enquêtegerechtigden kan uitvoeren. Er behoeft geen verband te zijn met een strafzaak (Hoge Raad 15 januari 1997, JOR 1997/30 (Vie d'Or) en Hoge Raad 1 februari 2002, JOR 2002/30 (De Vries Robbé)). Ook kan hij een enquêteverzoek indienen onafhankelijk van de vraag of een andere partij een dergelijk verzoek heeft ingediend. Uit de jurisprudentie die Schmieman noemt in zijn onderzoek (De bevoegdheden van de advocaat-generaal bij het Gerechtshof Amsterdam in het enquêterecht, in: G. van Solinge en M. Holtzer, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003–2004*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 75, p. 359–392), volgt dat van een openbaar belang ondermeer sprake kan zijn wanneer het gaat om een rechtspersoon met veel aandeelhouders, wanneer het vertrouwen in een bedrijfstak of kapitaalmarkt wordt geschaad, wanneer het maatschappelijk belang wordt geraakt of wanneer het belang van de rechtsvorming is gebaat bij een enquête. Het openbaar ministerie beslist zelf of er voldoende aanleiding is voor gebruikmaking van de bevoegdheid om een enquête te verzoeken. Indien reeds door een andere partij om een enquête is verzocht, kan ik mij voorstellen dat de advocaat-generaal minder aanleiding ziet om ook zelf een verzoek in te dienen. De mogelijkheid om een vooronderzoek in te stellen kan behulpzaam zijn bij de beoordeling van de noodzaak van optreden. Indien en voor zover belanghebbenden menen dat het openbaar belang in het geding is en actie van de advocaat-generaal gewenst is, staat het hen natuurlijk ook vrij om dit kenbaar te maken aan de advocaat-generaal en hem te vragen een enquêteverzoek in te dienen.

De leden van de VVD-fractie vragen naar het proefschrift van mw. mr. C.D.J. Bulten «De geschillenregeling ten gronde» in verband met de definitieve overdracht van aandelen als voorziening na enquête en de vereiste processuele waarborgen op grond van artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Zij vragen of het wenselijk is te bepalen dat de

Ondernemingskamer de overdracht van aandelen kan gelasten en zo ja, hoe de waardebepaling van de aandelen moet plaatsvinden. Artikel 2:356 BW voorziet al in de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer. Deze voorziening kan worden opgelegd nadat de Ondernemingskamer heeft geoordeeld dat sprake is van wanbeleid (artikel 2:356 BW). De tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer kan een oplossing bieden in gevallen waarin wanbeleid voortvloeit uit een patstelling tussen (groepen van) aandeelhouders. Indien het geschil van aandeelhouders niet wordt opgelost in de periode waarin de aandelen tijdelijk zijn overgedragen, blijft een definitieve oplossing van het geschil wellicht uit. Vandaar dat door enkele auteurs is bepleit te bepalen dat de Ondernemingskamer de mogelijkheid krijgt om bij wege van eindvoorziening te bepalen dat aandelen definitief moeten worden overgedragen. Een verplichting tot definitieve overdracht van aandelen moet worden beschouwd als een vorm van onteigening. De overgedragen aandelen komen in andere handen (vgl. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 808). Een dergelijke definitieve voorziening is zeer ingrijpend, temeer omdat zij niet alleen een minderheidsaandeelhouder kan treffen, maar ook kan leiden tot een verplichte aandelenoverdracht door een 50%-aandeelhouder.

Het «fair trial»-beginsel van artikel 6 EVRM en het beginsel van ongestoord genot van eigendom van artikel 1, Eerste protocol bij het EVRM eisen voor onteigening een procedure die met voldoende proces-suele waarborgen is omkleed. Een belangrijk onderdeel daarvan is dat de aandeelhouder die wordt verplicht om zijn aandelen over te dragen, in de procedure is betrokken en zichzelf in rechte kan verdedigen. In de huidige procedure is niet vanzelfsprekend dat de aandeelhouder partij is in de procedure. Het enquêteverzoek richt zich tot de rechtspersoon. De Commissie vennootschap heeft geoordeeld dat een gedwongen definitieve overdracht van aandelen als voorziening na een enquêteprocedure binnen het huidige systeem niet verenigbaar is met artikel 6 EVRM. Ook Bulten gaat er in haar proefschrift vanuit dat de enquêteprocedure moet worden «aangekleed» met extra procedurele waarborgen om te voorkomen dat sprake is van schending van artikel 6 EVRM. Zij formuleert daarvoor uitgangspunten. In de aanloop naar het onderhavige wetsvoorstel is eerder met de Commissie vennootschapsrecht gesproken over de mogelijkheid om de definitieve aandelenoverdracht uit te werken in het onderhavige wetsvoorstel. De Commissie vennootschapsrecht oordeelde dat er nog geen voldragen voorstel is voor een wettelijke regeling en de verhouding met het EVRM nadere bestudering vergt. De Commissie vennootschapsrecht wees ook op de geschillenregeling, waarin aandeelhouders als procespartij betrokken zijn (artikel 2:335–343 BW). Ik wil graag bezien of een oordeel van wanbeleid in de enquêteprocedure tot gevolg kan hebben dat toegang bestaat tot een vereenvoudigde geschillenregeling, die leidt tot een definitieve aandelenoverdracht. Die gedachte zal ik betrekken bij de voorbereiding van een wetsvoorstel tot herziening van de geschillenregeling, dat ik reeds heb toegezegd.

De leden van de PVV-fractie vragen of de mogelijkheid van de rechtspersoon om een enquêteverzoek te starten ten aanzien van aandeelhouders moet worden beperkt tot het geval dat de aandeelhoudersvergadering door het nemen van besluiten in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid of met andere wettelijke of statutaire bepalingen. Bij het opstellen van het wetsvoorstel is overwogen om de mogelijkheid van de rechtspersoon om een enquêteverzoek te doen in verband met het beleid of de gang van zaken van de aandeelhouders, te beperken tot de besluitvorming van de algemene vergadering. Die beperking is ontraden door de Commissie vennootschapsrecht. De Commissie vennootschapsrecht heeft aangegeven dat het niet verstandig is om onderscheid te maken tussen gedrag van aandeelhouders in de algemene vergadering en

buiten de algemene vergadering. De algemene vergadering betreft een momentopname die in beginsel slechts eenmaal per jaar wordt gemaakt. Ook wanneer een of meerdere aandeelhouders buiten de algemene vergadering gedrag vertonen dat zodanig onwenselijk is dat sprake is van gegronde redenen om aan een juiste gang van zaken bij de vennootschap te twifelen (vgl. artikel 2:350 lid 1 BW), moet de gang naar de rechter open staan. Het is aan de Ondernemingskamer om vervolgens te beoordelen of de feiten en omstandigheden zodanig zijn dat zij een onderzoek rechtvaardigen.

Toegang tot de enquêteprocedure

De leden van de PvdA-fractie vragen waarom geen enquêterecht wordt toegekend aan de OR en of de bij eerdere gelegenheden gehanteerde argumenten niet kloppen of inmiddels achterhaald zijn. Zij vragen ook waarop de vrees is gebaseerd dat de OR lichtvaardig naar het middel van de enquête zal grijpen. Zij willen weten of hier onderzoek naar is gedaan en vragen hoe vaak er door een vakbond een enquêteverzoek is gedaan. Voorts vragen zij of uit onderzoek blijkt dat, in die gevallen waarin in de statuten is geregeld dat de OR enquêterecht heeft, er lichtvaardig mee om wordt gegaan.

De SER heeft in 1988 geadviseerd over de vraag of aan de OR het recht van enquête moet worden toegekend. In 1988 adviseerde de SER negatief. De argumenten voor afwijzing van een eigen recht van enquête waren a) dat de OR als zeer nauw betrokken bij de onderneming mogelijk snel naar het enquêtemiddel zou grijpen en b) dat de OR bij gebrek aan eigen middelen niet tot schadevergoeding kan worden veroordeeld bij een lichtvaardig gebruik van het enquêtemiddel. In 2001 heeft de SER opnieuw geadviseerd. Ditmaal was het advies verdeeld. Een deel van de Raad heeft aangevoerd dat er niet behoeft te worden gevreesd voor een lichtvaardig gebruik van het enquêterecht door de OR, mede in het licht van de wettelijke eisen voor ontvankelijkheid en toewijzing van een enquêteverzoek. Dit deel van de Raad voerde voorts aan dat de OR behoefte zou kunnen hebben aan een enquêtebevoegdheid voor andere gevallen dan die waarvoor een advies- en beroepsrecht geldt. Gewezen is op situaties waarin het er niet om gaat dat de OR het niet eens is met concrete voorgenomen besluiten van de ondernemer, maar constateert dat zich binnen de onderneming ernstige tekortkomingen in de gang van zaken of misstanden in het management voordoen die verdere besluitvorming kunnen blokkeren. Het SER-advies noemt als voorbeeld het geval dat er een impasse is tussen of binnen de organen van de rechtspersoon. Teneinde samenloop met het adviesrecht c.q. beroepsrecht van de OR op grond van de WOR te voorkomen (artikel 25–26 WOR), zou de wetgever kunnen bepalen dat de OR niet ontvankelijk is wanneer de OR bezwaren heeft ten aanzien van een besluit van de ondernemer waarvoor de OR adviesrecht heeft op grond van artikel 25 WOR en/of een beroepsrecht heeft op grond van artikel 26 WOR, aldus dit deel van de Raad in het advies uit 2001.

Een ander deel van de Raad heeft in 2001, overeenkomstig het advies uit 1988, aangevoerd dat toekenning van enquêterecht aan de OR bezwaarlijk is omdat er geen reële verhaalsmogelijkheden zijn indien een enquêteverzoek van de OR achteraf lichtvaardig blijkt. Dit deel van de Raad vindt de toekenning van enquêterecht aan de OR ook niet nodig omdat de OR voor een enquête beroep kan doen op de advocaat-generaal bij het gerechtshof Amsterdam of een vakbond, die wel enquêterecht heeft. Dit deel van de Raad vreest samenloopproblemen met de artikelen 26 en 36 WOR. Ook vreest dit deel van de Raad voor oneigenlijk gebruik van het enquêterecht door de OR omdat reeds de dreiging met het instellen van een enquêteverzoek kan worden gebruikt als drukmiddel tegenover de ondernemer, die beducht zal zijn voor een schadelijke golf van publiciteit.

Afsluitend vreest dit deel van de Raad voor enquêtes op verzoek van de OR, waarbij de OR dit doet op aandringen van een partij die zelf wel een enquête zou kunnen instellen, maar daarvan afzien omdat hij het risico van schadeplechtigheid te hoog acht (en de OR dat risico niet loopt). In 2008 adviseerde de SER opnieuw. De SER was nog steeds verdeeld en verwees voor de verschillende standpunten naar het advies uit 2001. Ik meen dat in elk geval samenloop tussen de WOR en de enquêteprocedure moet worden voorkomen. Samenloop treedt op wanneer de OR beroep kan doen op het enquêterecht nadat dezelfde kwestie al eerder is voorgelegd aan de rechter op grond van de Wet op de ondernemingsraden en die rechter kwam tot een afwijzing. Ook de Commissie vennootschapsrecht adviseerde een dubbele rechtsingang te voorkomen. Vervolgens rijst de vraag of enquêterecht kan worden toegekend voor andere kwesties dan die waarvoor de OR adviesrecht en/of beroepsrecht heeft. Dat acht ik niet nodig. Het voorbeeld waaraan een deel van de SER refereert in het advies uit 2001 is het geval dat er een patstelling is tussen of binnen de organen van de rechtspersoon en daardoor een besluit niet tot stand komt dat volgens de OR wenselijk is. Voor patstellingen houdt het wetsvoorstel echter al een oplossing in, te weten de mogelijkheid om een enquête te laten instellen door de rechtspersoon zelf. Wanneer de algemene vergadering van een vennootschap zou willen dat een deel van de onderneming wordt verkocht en het bestuur daar niet voor is, zou het bestuur in de toekomst een enquête kunnen starten. Voor dergelijke kwesties is een enquêterecht van de OR dus niet nodig. Een optreden van het bestuur of de raad van commissarissen is ook het meest voor de hand liggend, omdat zij moeten handelen in het belang van de vennootschap. Overigens wil ik er op wijzen dat het niet de bedoeling is dat de Ondernemingskamer het beleid van een vennootschap voor de toekomst gaat bepalen. De rechter hoort niet thuis op de stoel van de ondernemer. Het middel van het enquêterecht moet dan ook niet worden overschat. Zo kan van de Ondernemingskamer worden gevraagd om een voorgenomen handeling (tijdelijk) te schorsen, maar verwacht ik van de Ondernemingskamer geen uitspraak met de strekking dat een vennootschap niet onderdeel A, maar wel onderdeel B moet verkopen. Zou het enquêterecht worden toegekend aan de OR, dan zal de OR daarmee dus niet een bepaald beleid kunnen afdwingen. Die gedachte lijkt wel ten grondslag te liggen aan het advies van het deel van de SER dat pleit voor toekenning van enquêterecht aan de OR. Ook merk ik op dat het toekennen van enquêterecht voor andere gevallen dan die gedekt door de artikelen 25–26 WOR zou leiden tot een belangrijke wijziging van de positie van de OR, terwijl de SER in 2008 geen aanleiding zag voor een fundamentele herziening van het Nederlandse medezeggenschapsrecht. Ik heb in een expert meeting aan de orde gesteld of het enquêterecht ongeclausuleerd kan worden toegekend aan de OR, nu de OR niet het risico loopt van een proceskostenveroordeling en ook niet het risico loopt van aansprakelijkheid als het enquêteverzoek niet op redelijke gronden is gedaan. Ik heb die vraag gesteld omdat er rekening mee moet worden gehouden dat de OR onder omstandigheden zou kunnen worden verleid tot het indienen van een enquêteverzoek, omdat er voor hem geen sancties gelden, zelfs niet wanneer het verzoek ten onrechte is gedaan. Dat risico moet worden afgewogen tegen de negatieve gevolgen van een onterecht enquêteverzoek voor de onderneming, waaronder negatieve publiciteit. Tijdens de expert meeting bleek dat geen van de experts voorstander was van een ongeclausuleerde toegang. In de memorie van toelichting heb ik aangegeven waarom ik geen mogelijkheden zie om een waarborg in te bouwen die een lichtvaardig enquêteverzoek kan voorkomen, dan wel bewerkstelligt dat een derde de kosten c.q. een schadevergoeding bij lichtvaardig gebruik voor zijn rekening neemt (vgl. Kamerstukken 32 887, nr. 3, p. 12–13).

Op grond van het bestaande recht kan de OR wel een enquêteprocedure starten indien dat recht is toegekend via de statuten van de rechtspersoon of in een overeenkomst met de rechtspersoon (artikel 2:346 onder c BW). Uit het empirische onderzoek uit 2009 komt naar voren dat een dergelijk verzoek eenmaal is gedaan bij een niet-beursgenoteerde vennootschap in de periode 1994–1999 en driemaal is gedaan bij een niet-beursgenoteerde vennootschap in de periode 2000–2007. Bij beursvennootschappen is zo'n verzoek niet gedaan in de genoemde tijdvakken. Uit de genoemde cijfers kan ik overigens niet afleiden of het enquêterecht in die gevallen was toegekend via de statuten of via een overeenkomst met de rechtspersoon. In het empirische onderzoek is opgemerkt dat artikel 2:346 onder c BW kan worden gebruikt om tegemoet te komen aan het feit dat het enquêterecht niet is toegekend aan de OR en aan het feit dat de vennootschap vooralsnog niet bevoegd is om zelf een enquêteverzoek in te dienen dat betrekking heeft op haarzelf. Zou een enquête worden ingesteld vanwege een patstelling tussen het bestuur en de algemene vergadering, dan ligt de toekenning van het enquêterecht via een overeenkomst met de vennootschap meer voor de hand dan een toekenning via de statuten; via een overeenkomst kan het recht sneller en zonder instemming van de aandeelhouders worden toegekend. De toekenning van een enquêterecht op de voet van artikel 2:346 onder c BW is bij mijn weten zeldzaam, hetgeen verklaart waarom er ook weinig verzoeken zijn gedaan. Niet onderzocht is of de genoemde verzoeken lichtvaardig waren. Voor wat betreft enquêteverzoeken van een vakbond, blijkt uit het empirische onderzoek dat deze driemaal zijn gedaan in de periode 1994–1999 bij niet-beursgenoteerde vennootschappen. Hetzelfde geldt voor de periode 2000–2007. In de beide tijdvakken zijn geen enquêteverzoeken gedaan door een vakbond ten aanzien van een beursvennootschap.

De leden van de PVV-fractie vragen om een overzicht van de voor- en nadelen van het toekennen van een zelfstandig recht tot het indienen van een enquêteverzoek aan de OR.

Graag verwijs ik naar het voorgaande antwoord op een vergelijkbare vraag van de leden van de PvdA-fractie.

Voorts vragen deze leden wat het verschil is tussen een zelfstandig recht en een bevoegdheid die toekomt op grond van de statuten of een overeenkomst met de rechtspersoon.

Een zelfstandig recht houdt in dat de bevoegdheid om beroep te doen op de Ondernemingskamer rechtstreeks voortvloeit uit de wet; de wet geeft dan expliciet aan wie toegang heeft tot de Ondernemingskamer. Voor het bestaan van een bevoegdheid op grond van de statuten of een overeenkomst geldt dat men voor het ontstaan van de bevoegdheid afhankelijk is van de medewerking van de algemene vergadering respectievelijk de rechtspersoon om die bevoegdheid toe te kennen.

De leden van de PVV-fractie vragen voorts wat de voor- en nadelen zijn voor het al dan niet toekennen van het enquêterecht aan cliëntenraden. De belangen van cliënten kunnen door wanbeleid binnen een zorginstelling ernstig worden geschaad. De belangen van cliënten worden normaliter niet behartigd door de leden, de aandeelhouders of een vakvereniging. Daarom voorziet het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg in een enquêtebevoegdheid voor de cliëntenraad. Indien de Ondernemingskamer zou oordelen dat het verzoek niet op redelijke gronden is gedaan, dan kan zij beslissen dat de kosten van het onderzoek verhaald kunnen worden op de verzoekers (artikel 2:354 BW). Die kosten kunnen aanzienlijk zijn.

De leden van de SP-fractie vragen of er een dubbele rechtsingang zal bestaan voor andere personen/instanties/organen die toegang hebben tot het enquêterecht. Zij wijzen op de algemene vergadering (artikel 2:107a

BW) en de raad van commissarissen wanneer de structuurregeling van toepassing is (artikel 2:164 BW) in relatie tot artikel 2:15 BW. Zij vragen waarom voor de OR een uitzondering wordt gemaakt.

Zoals ik hiervoor heb aangegeven is samenloop van procedures onwenselijk omdat dat betekent dat eenzelfde kwestie, na afwijzing door de ene rechter, opnieuw aan de orde zou kunnen worden gesteld bij een andere rechter (zonder dat van een hoger beroep sprake is). Ook het deel van de SER dat toegang tot het enquêterecht voor de OR heeft bepleit in het advies van 2001, heeft aangegeven dat de wetgever samenloop van procedures behoort te voorkomen (vgl. bijlage 5 van het advies Evenwichtig ondernemingsbestuur uit 2008, p. 99–91). Samenloop treedt in elk geval op wanneer de ondernemingsraad beroep kan instellen bij de Ondernemingskamer tegen een besluit van de ondernemer op grond van artikel 26 Wet op de ondernemingsraden en daarnaast beroep zou kunnen doen op het enquêterecht. De Ondernemingskamer kan op verzoek van de OR (artikel 26 lid 5 Wor): a) aan de ondernemer de verplichting opleggen om een besluit geheel of gedeeltelijk in te trekken en om bepaalde gevolgen van het besluit ongedaan te maken en b) een verbod opleggen aan de ondernemer om handelingen te verrichten of te doen verrichten ter uitvoering van het besluit of een onderdeel daarvan. Deze maatregelen zijn vergelijkbaar met de (een deel van) de maatregelen die in een enquêteprocedure kunnen worden getroffen, zodat sprake is van samenloop wanneer beide rechtsingangen openstaan.

Voor de artikelen 2:107a en 164 BW is expliciet bepaald dat het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering respectievelijk de raad van commissarissen, geen gevolgen heeft voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de het bestuur of de bestuurders (vgl. lid 2 van beide artikelen). Het gevolg daarvan is dat het besluit, vanwege schending van deze bepalingen, aantastbaar kan zijn op de voet van artikel 2:15 BW, maar dat heeft geen gevolgen voor de uitvoering van het besluit. Wil men de uitvoering van het besluit tegengaan, dan zou beroep kunnen worden gedaan op het enquêterecht, mits aan de overige voorwaarden voor de toepassing van die procedure is voldaan. Ik zie in dat geval geen samenloop.

De leden van de SP-fractie vragen waarom de enquêteprocedure niet wordt opengesteld voor de OR in verband met de gedragingen van andere organen van de rechtspersoon dan het bestuur, nu daar geen adviesrecht geldt.

Het bestuur van een onderneming is de gesprekspartner van de OR. In die relatie kan de OR de belangen van de werknemers voldoende behartigen. Ik zie geen aanleiding om de positie van de OR te verbreden tot de relatie met andere organen van de vennootschap. Dat zou ook niet passen gezien het SER advies evenwichtig ondernemingsbestuur uit 2008 dat aangeeft dat er geen reden is voor een fundamentele herziening van het Nederlandse medezeggenschapsrecht. Op basis van onderzoek van externe deskundigen heeft de raad geconcludeerd dat het geheel van Nederlandse medezeggenschapsregelingen in vergelijking met regelingen voor medezeggenschap in een aantal omringende landen substantieel is (p. 7). In het geval dat het bestuur van de vennootschap een conflict heeft met de algemene vergadering of de raad van commissarissen, kan het bestuur op grond van de voorgestelde regeling zelf beroep doen op het enquêterecht; het enquêterecht wordt immers toegekend aan de rechtspersoon. Daardoor kan de rechtspersoon zijn eigen belangen behartigen. Een rol voor de OR in dat verband is niet nodig.

De leden van de SP-fractie hebben een vraag over het begrip wanbeleid: hoe verhoudt het begrip wanbeleid zich tot de adviesrechten van de OR? Zij vragen of er nooit sprake kan zijn van wanbeleid wanneer het bestuur zich heeft gehouden aan de Wet op de ondernemingsraden.

De Wet op de ondernemingsraden houdt een adviesrecht in voor de ondernemingsraad ten aanzien van voorgenomen bestuursbesluiten die

in het bijzonder de positie van werknemers raken. Een voorbeeld is een voorgenomen besluit tot een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (artikel 25 lid 1, onderdeel d, Wor). Wanneer het bestuur van een vennootschap het advies niet op een zodanig tijdstip vraagt dat het advies van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit, kan de ondernemingsraad beroep instellen tegen het besluit bij de Ondernemingskamer (artikel 26 Wor). In de beroepsprocedure moet dan worden aangevoerd dat de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Naleving van de Wet op de ondernemingsraden sluit niet uit dat de Ondernemingskamer onder omstandigheden toch kan oordelen dat sprake is van wanbeleid van het bestuur. De aanleiding voor dat oordeel zal dan uit andere omstandigheden moeten bestaan.

De leden van de SP-fractie vragen hoe de start van een enquêteprocedure door de rechtspersoon zich verhoudt tot het aansprakelijkheidsrisico wanneer het verzoek niet op redelijke gronden is gedaan. Zij willen vernemen of de algemene vergadering of een individuele aandeelhouder een schadevergoeding van de rechtspersoon kan eisen, wanneer de rechtspersoon het verzoek tot de enquêteprocedure doet.

Voor het antwoord op deze vraag zijn allereerst de artikelen 2:354 lid 1 BW (aansprakelijkheidsrisico) en 350 lid 1 BW (de rechtspersoon betaalt de kosten van het onderzoek) van belang. De Ondernemingskamer kan na kennisneming van het onderzoeksverslag en op verzoek van de rechtspersoon beslissen dat de rechtspersoon de door hem gemaakte kosten van het onderzoek kan verhalen op de verzoekers van het onderzoek. Deze mogelijkheid bestaat wanneer uit het onderzoeksverslag blijkt dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan. Deze regeling is logisch omdat de kosten van het onderzoek anders ten onrechte blijven drukken op de rechtspersoon. Omdat de kosten van het onderzoek niet rechtstreeks rusten op de algemene vergadering of een individuele aandeelhouder, biedt artikel 2:354 lid 1 BW voor hun geen grondslag voor een vordering op de rechtspersoon. Dat laat onverlet dat beroep van de rechtspersoon op het enquêterecht onrechtmatig kan zijn, bijvoorbeeld indien een enquête zou worden verzocht ten aanzien van een of meer individuele aandeelhouder(s) en dat verzoek primair is gedaan om die aandeelhouder(s) in een kwaad daglicht te stellen. In dat geval zou een schadevordering van individuele aandeelhouders kunnen worden gebaseerd op artikel 6:162 BW.

Overige vragen

De leden van de VVD-fractie vragen of belanghebbenden in de periode tussen de deponering van het verslag en de indiening van het wanbeleidverzoek om een onmiddellijke voorziening kunnen verzoeken als hiertoe in spoedeisende gevallen aanleiding bestaat.

Het bestaande artikel 2:349a lid 2 BW houdt in dat degene die om een enquête heeft verzocht, ook kan verzoeken om onmiddellijke voorzieningen. Voor de toewijzing van het verzoek moet de Ondernemingskamer bezien of de onmiddellijke voorzieningen vereist zijn in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek. Voor belanghebbenden – die zelf geen enquêteverzoek hebben ingediend – geldt dat zij een tegenverzoek kunnen doen indien in een verzoekschrift is verzocht om onmiddellijke voorzieningen. Ik zie geen aanleiding om het bestaande recht te wijzigen gezien het ingrijpende karakter van onmiddellijke voorzieningen. Ik vind het passend dat een verzoek om onmiddellijke voorzieningen kan worden gedaan door een partij die daadwerkelijk een enquêteverzoek heeft ingediend. Ik verwijs overigens naar mijn antwoord op een vergelijkbare vraag in verband met artikel 2:349a lid 2 BW.

De praktijk heeft, aldus deze leden, verschillende vragen over de toepassing van het bestaande enquêterecht. Zij vragen hoe lang de onmiddellijke voorzieningen van kracht blijven. Zij vragen of een in de eerste fase getroffen onmiddellijke voorziening van kracht blijft in de tweede fase, wanneer die tweede fase eindigt, of onmiddellijke voorzieningen ook doorlopen als de zaak niet tot een tweede fase komt omdat de Ondernemingskamer het verzoek om een onderzoek afwijst en tegen die beslissing beroep in cassatie wordt ingesteld en voorts of een onmiddellijke voorziening mag afwijken van dwingend recht. Deze leden verwijzen naar de uitspraken van de Hoge Raad inzake Versatel II (14 september 2007, NJ 2007, 611) en Zwagerman II (1 maart 2002, NJ 2002, 296). Inzake Zwagerman II heeft de Hoge Raad beslist dat een tijdelijke commissaris, die benoemd is op de voet van artikel 2:356 BW, bevoegdheden kan hebben die afwijken van de statuten. In dat geval moet de Ondernemingskamer bepaaldelijk aangeven om welke bevoegdheden het gaat en van welke statutaire bepaling wordt afgeweken. Wanneer de Ondernemingskamer een commissaris benoemt bij een niet-structuurvennootschap, kunnen aan hem niet onverkort de bevoegdheden worden toegekend die een commissaris van een structuurvennootschap heeft, aldus de Hoge Raad. Inzake Versatel II oordeelde de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer iedere voorziening mag treffen, mits deze van voorlopige aard is en een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en van de noodzaak van de voorziening voldoende is gebleken. Er moet een proportionaliteitstoets plaatsvinden. Voor de vraag of en wanneer in een concreet geval afwijking van dwingend recht mogelijk is, moet een nadere duiding van de Hoge Raad worden afgewacht.

Uit de wet volgt dat onmiddellijke voorzieningen gelden voor ten hoogste de duur van het geding (artikel 2:349a lid 2 BW). Ik meen dat met het geding wordt bedoeld op de gehele enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer, zodat deze ook de tweede fase van de procedure omvat. Een uitspraak van de Hoge Raad in dit verband is mij niet bekend.

De leden van de CDA-fractie vragen of er bereidheid bestaat om op een later moment de introductie van een onmiddellijke voorzieningenprocedure naast de huidige enquêteprocedure in overweging te nemen. Op dit moment bestaat reeds een algemene procedure voor spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen, behoefte bestaat aan een onmiddellijke voorziening bij voorraad (artikel 254 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering). Daarnaast bestaat de mogelijkheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen in het kader van een enquêteprocedure, indien dat in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek nodig is (artikel 2:349a BW). Mij is niet gebleken dat deze mogelijkheden niet zouden volstaan. Mocht op termijn blijken dat de bestaande mogelijkheden onvoldoende zijn, dan zal voorts moeten worden bezien of de invoering van een nieuwe variant de voorkeur heeft boven de eventuele aanpassing van de bestaande regels. Uiteraard ben ik het met deze leden eens dat er voldoende mogelijkheden moeten zijn om onmiddellijke voorzieningen te treffen in spoedeisende gevallen.

Artikelen

Artikel 346

De leden van de PvdA-fractie vragen of het klopt dat in kleine vennootschappen (geplaatst kapitaal van minder dan 22,5 miljoen) in de statuten naar beneden kan worden afgeweken van de drempel van € 225 000. Ook vragen zij of in de statuten kan worden afgeweken van de drempel van 10%.

Het bestaande artikel 346 lid 1, onderdeel b, BW houdt in dat de statuten van NV's en BV's een lagere grens mogen inhouden dan de grens van 10% van het geplaatst kapitaal en de grens van € 225 000 nominale waarde. Met zo'n statutaire regeling wordt de toegang tot de enquête rechter verruimd. Het is niet toegestaan om de toegang tot de enquête rechter te beperken door in de statuten een hogere grens op te nemen dan de wettelijke grenzen. Deze regeling blijft bestaan voor NV's en BV's met een geplaatst kapitaal van maximaal € 22,5 miljoen.

Ook vragen deze leden of in grote vennootschappen (geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen) in de statuten kan worden afgeweken van de drempel van 1%. Zij vragen waarom de aanvullende drempel van 20 miljoen euro alleen geldt voor beursvennootschappen en waarom niet van de drempel van 20 miljoen kan worden afgeweken in de statuten. Daarnaast vragen zij waarom de aanvullende drempel niet geldt voor niet-beursgenoteerde vennootschappen en waarom de drempel zo hoog is.

Het wetsvoorstel zoals ingediend maakt het in artikel 2:346 lid 1 onderdeel c BW – in tegenstelling tot het bestaande onderdeel b – niet uitdrukkelijk mogelijk om in de statuten een lagere grens te bepalen. Bij nader inzien is er geen reden om die mogelijkheid wel te openen in onderdeel b voor de kleinere NV's en BV's, maar niet voor de grote NV's en BV's. Datzelfde geldt overigens voor het bestaande onderdeel a voor verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Weliswaar kan beroep worden gedaan op onderdeel e (op grond waarvan bij de statuten of bij overeenkomst kan worden bepaald wie verder een enquêteprocedure kunnen entameren), maar dat kan een onderscheid tussen de onderdelen a, b en c niet goed verklaren. Ik zal daarom in een nota van wijziging de mogelijkheid van een neerwaartse afwijking via de statuten opnemen.

Voor de aandeelhouders en certificaathouders van beursvennootschappen geldt dat zij ook toegang tot de Ondernemingskamer hebben wanneer hun aandelen en/of certificaten een beurswaarde van € 20 miljoen vertegenwoordigen. Deze alternatieve drempel komt – ook qua hoogte – overeen met de wens van de adviserende leden (de vertegenwoordigers van aandeelhoudersorganisaties) zoals verwoord in het SER-advies Evenwichtig ondernemingsbestuur. Ik heb deze drempel overgenomen omdat ik het gerechtvaardigd acht dat aandeelhouders en certificaathouders die zo'n grote investering hebben gedaan in een vennootschap, maar nog geen 1% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, zich tot de Ondernemingskamer kunnen wenden wanneer zij menen dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen. Omdat de drempel is gekoppeld aan de beurswaarde van de aandelen, is toepassing bij niet-beursvennootschappen niet passend.

De leden van de PvdA-fractie merken op dat de toegang tot de enquêteprocedure wordt beperkt door de nieuwe drempels en vragen met welk percentage het aantal enquêteverzoeken zal afnemen. Zij vragen of het echt nodig is om de toegang te beperken, gezien het beperkte aantal enquêteverzoeken per week.

De toegang tot de enquêteprocedure wordt inderdaad beperkt voor de aandeelhouders en certificaathouders van zeer grote vennootschappen. Aan die beperking ligt een afweging van de belangen van de aandeelhouders en certificaathouders ten opzichte van de belangen van de vennootschap ten grondslag. Enerzijds moeten investeerders beroep kunnen doen op de Ondernemingskamer wanneer zij menen dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen en zij een voldoende grote investering hebben gedaan. Anderzijds moet er rekening mee worden gehouden dat een enquêteprocedure zeer ingrijpend is voor de rechtspersoon. De publicitaire gevolgen kunnen met name voor beursvennootschappen groot zijn en de kosten van een enquêteonderzoek komen voor rekening van de rechtspersoon. De afweging van de

verschillende belangen en de omstandigheid dat op dit moment bij zeer grote vennootschappen kan worden verzocht om een onderzoek door aandeelhouders en certificaathouders die een relatief kleine investering hebben gedaan, leiden tot de conclusie dat de toegang tot de Ondernemingskamer thans te ruim is. Dat wil zeggen te ruim voor aandeelhouders en certificaathouders van die zeer grote vennootschappen. Daaraan doet niet af dat het aantal verzoeken per week klein is. Voor mij is doorslaggevend of de belangen van de verzoekers rechtvaardigen dat de rechtspersoon met een enquêteverzoek wordt geconfronteerd. Ik meen dat het wetsvoorstel de belangen van aandeelhouders en certificaathouders in verhouding tot de belangen van de vennootschap, beter in balans brengt.

Artikel 346, eerste lid, onderdeel c

De leden van de VVD-fractie vragen een toelichting op het doel van artikel 346 lid 1, onderdeel c.

Het voorstel om een nieuwe grens te bepalen voor de toegang tot de enquêteprocedure ten aanzien van zeer grote vennootschappen is ingegeven door de wens te bereiken dat de omvang van het belang van de aandeelhouders/certificaathouders die een onderzoek willen laten verrichten, in een redelijke verhouding moet staan tot de grootte van de vennootschap. Oftewel, een heel kleine investering in een zeer grote vennootschap rechtvaardigt geen toegang tot de Ondernemingskamer, omdat ook rekening moet worden gehouden met de negatieve publiciteit die een enquêteverzoek kan opleveren voor de vennootschap en de kosten van het onderzoek die voor rekening van de vennootschap komen (vgl. memorie van toelichting p. 6–7). Ik verwijs overigens naar mijn antwoord op de vorige vraag (van de leden van de PvdA-fractie). In verband met het criterium «toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt waarvoor een vergunning als bedoeld in artikel 5:26 lid 1 van de Wet op het financieel toezicht is verleend» vragen zij of de regeling ten onrechte slechts ziet op de toelating tot een gereguleerde markt in Nederland en niet op een gereguleerde markt buiten Nederland of verhandeling op een multilaterale handelsfaciliteit.

Deze leden hebben gelijk. De bedoeling van de regeling is uitsluitend om aan te geven dat bij beursvennootschappen met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen een alternatief criterium geldt, gekoppeld aan de beurswaarde van de aandelen of certificaten van de verzoekers. Daarvoor is niet relevant of de beurshandel plaatsvindt in Nederland of daarbuiten. Ik zal de regeling aanpassen bij nota van wijziging en daarbij aansluiten bij de bestaande formulering voor beursvennootschappen in artikel 2:86c lid 1 BW. Daarin wordt rekening gehouden met gereguleerde markten en multilaterale handelsfaciliteiten, ook indien zij buiten Nederland en de Europese Unie zijn gevestigd.

De leden van de VVD-fractie vragen waarom beursvennootschappen niet mogen kiezen voor een ruimere openstelling van het enquêterecht; in artikel 346 lid 1, onderdeel c is na «ten minste een waarde vertegenwoordigen van € 20 miljoen» niet opgenomen «of zoveel minder als de statuten bepalen».

Een vergelijkbare vraag is gesteld door de leden van de PvdA-fractie. Zoals ik naar aanleiding van die vraag heb aangegeven, zal ik een statutaire verruiming van de regeling mogelijk maken bij nota van wijziging.

Onder verwijzing naar artikel 346 lid 1, onderdeel a, vragen deze leden ook waarom een statutaire uitbreidingsmogelijkheid ontbreekt voor de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij.

Hiervoor heb ik naar aanleiding van een vergelijkbare vraag van de leden van de PvdA-fractie aangegeven dat een statutaire uitbreidingsmogelijkheid wordt toegevoegd aan onderdeel a (en onderdeel c) via een nota van wijziging.

De leden van de VVD-fractie vragen de gekozen drempels nog eens te onderbouwen in het licht van de tegengestelde standpunten van VNO-NCW en MKB Nederland enerzijds en de Vereniging van Effectenbezitters anderzijds.

Het wetsvoorstel houdt één nieuwe drempel in, te weten de drempel voor aandeelhouders en certificaathouders van NV's en BV's met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen euro (artikel 2:346 lid 1, onderdeel c BW). Deze aandeelhouders/certificaathouders dienen 1% van het geplaatste kapitaal te vertegenwoordigen. De SER adviseerde de drempel van 1% en de grens van € 22,5 miljoen euro geplaatst kapitaal in het advies Evenwichtig ondernemingsbestuur (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 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 wetsvoorstel sluit aan bij het desbetreffende advies van de SER en zijn adviserende leden. VNO-NCW/MKB meent dat de drempel van 1% moet worden omgezet in een drempel van 3% wanneer de grens voor het agenderingsrecht (nu nog 1%, voorgesteld is 3% met wetsvoorstel 32 014)) wordt gewijzigd. Zo'n koppeling van het agenderingsrecht en het enquêterecht houdt echter geen rekening met de omstandigheid dat de verschillende rechten anders van aard zijn en een ander doel hebben. Het enquêterecht is onder meer bedoeld ter bescherming van de belangen van minderheidsaandeelhouders. Zij kunnen met het enquêterecht openheid van zaken krijgen indien er sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Daarvoor moeten de aandeelhouders dan wel tenminste 1% vertegenwoordigen in vennootschappen met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen. Het vergt derhalve altijd een stevige investering voordat de gang naar de Ondernemingskamer openstaat. Ik heb er vertrouwen in dat de rechterlijke toets in het kader van een enquêteprocedure (zijn er «gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen»?) voorkomt dat ten onrechte onmiddellijke voorzieningen of een onderzoek worden toegewezen. Daartoe is een verdere verhoging van de voorgestelde drempel niet nodig. De aandeelhouders kunnen voorts de besluitvorming van de algemene vergadering beïnvloeden via het agenderingsrecht. Voor het agenderingsrecht geldt echter een hogere drempel dan voor het enquêterecht. Dat is logisch omdat er geen rechterlijke toetsing van het verzoek om agendering plaatsvindt, terwijl die toetsing wel plaatsvindt bij een verzoek om een enquête.

VNO-NCW/MKB voeren nog aan dat een activistische aandeelhouder die onvoldoende aandelen heeft voor het afdwingen van de agendering van zijn wensen voor een algemene vergadering, deze wensen wel kan afdwingen via een onmiddellijke voorziening in een enquêteprocedure. Deze vrees deel ik niet. De onmiddellijke voorzieningen hebben het karakter van ordemaatregelen en zijn in zoverre vergelijkbaar met maatregelen die in kort geding kunnen worden getroffen. Een voorbeeld van een ordemaatregel is de benoeming van een bestuurder of commissaris. Wanneer een activistische aandeelhouder aandringt op een beleidswijziging van het bestuur, zal in het kader van een enquêteprocedure het oude beleid kunnen worden getoetst, maar zal de Ondernemingskamer niet kunnen oordelen welk nieuw beleid moet worden ingezet. Dat laatste zal niet kwalificeren als een ordemaatregel; de Ondernemingskamer mag niet plaatsnemen op de stoel van de ondernemer. De vrees van VNO-NCW/MKB acht ik derhalve ongegrond. Een en

ander wordt ondersteund door de resultaten van het empirische onderzoek. Bij beursgenoteerde vennootschappen zijn in de periode 2000–2007 12 zaken geweest waarin onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen. Het meest frequent zijn de volgende maatregelen getroffen: benoeming van een commissaris, verbod tot besluitvorming van de algemene vergadering, schorsing van een bestuurder, benoeming van een bestuurder en schorsing stemrecht van een aandeelhouder (p. 87). Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van onmiddellijke voorzieningen volgt overigens dat deze voorzieningen met terughoudendheid en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel moeten worden getroffen. 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). 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.

Ook voeren VNO-NCW/MKB aan dat de drempel van € 20 miljoen beurswaarde ongelukkig is omdat een vergelijkbaar (maar hoger) criterium voor het agenderingsrecht wordt afgeschaft. De afschaffing bij het agenderingsrecht heeft echter een eigen achtergrond. Bij het agenderingsrecht is het de bedoeling dat de grens van 1% van het geplaatste kapitaal wordt verhoogd naar 3%. Die grens van 3% is bedoeld als absolute ondergrens. De regeling die nu nog bestaat voor het agenderingsrecht, dat een aandeelhouder die *mind*er dan 1% van het aandelenkapitaal vertegenwoordigt toch een agenderingsrecht heeft wanneer zijn aandelen een bepaalde beurswaarde hebben, kan niet in stand blijven wanneer voortaan een absolute ondergrens geldt van 3%. Dat zou met die grens niet verenigbaar zijn. Dit doet zich niet voor bij de criteria voor tot toegang het enquêterecht.

De Vereniging van effectenbezitters heeft ten tijde van de consultatie over een voorontwerp van het wetsvoorstel aangegeven dat zij tegen een verhoging van de drempel bij zeer grote vennootschappen is. Gesteld wordt dat de bestaande regeling niet is misbruikt en dat er dus geen reden is voor een aanpassing. Ik meen dat de vereniging hiermee voorbij gaat aan het feit dat het de taak is van de wetgever om een afweging te maken tussen de belangen van relatief kleine aandeelhouders en de belangen van de vennootschap, om de hiervoor al genoemde redenen. Ook wanneer er geen apert misbruik is gemaakt van de procedure, kunnen de maatschappelijke en andere kosten voor de vennootschap onevenredig zijn.

Ik meen dat het wetsvoorstel een goed compromis is tussen de tegengestelde wensen van VNO-NCW/MKB en de Vereniging van effectenbezitters en het SER-advies voldoende reflecteert. Voor de volledigheid merk ik nog op dat Eumedion de nieuwe grenzen bij de zeer grote vennootschappen steunt.

Artikel 346, eerste lid, onderdeel d, jo 349, eerste lid

De leden van de CDA-fractie vragen of de omstandigheid dat een enquêterecht ook zal gelden voor dochtervennootschappen binnen een concern, joint ventures en andere besloten ondernemingen een nadelige invloed zal hebben op het Nederlandse investeringsklimaat. Deze leden vragen of concerns onbedoeld en ongegrond onder druk komen te staan om hun inrichting grondig te reorganiseren met alle kosten, complicaties, lasten en tijdsbeslag van dien. Zij menen dat deze bezwaren ook gelden voor grote geïncorporeerde eenmansbedrijven, joint ventures en samenwerking tussen beroepsbeoefenaren. De leden vragen of ik de

regeling wil beperken tot beurs- en moedermaatschappijen, terwijl concernondernemingen en besloten ondernemingen worden uitgesloten van de bevoegdheid om een enquête te verzoeken die gericht is tegen de moeder en/of controlerende aandeelhouders.

Voor het bestuur en de raad van commissarissen van elke Nederlandse NV/BV geldt de opdracht te handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming (artikel 2:140/250 BW). Daarbij zal het beleid en de strategie van de vennootschap, zoals door de vennootschapsleiding vastgesteld, moeten zijn gericht op creëren van aandeelhouderswaarde op lange termijn. Om dit doel te bereiken moeten het bestuur en de raad van commissarissen een afweging maken tussen de verschillende belangen die in de vennootschap zijn verenigd. Het gaat dan bijvoorbeeld om de belangen van de aandeelhouders, werknemers en de crediteuren. Dit Nederlandse systeem leidt er onder meer toe dat het (korte termijn) belang van de aandeelhouders niet automatisch voorrang krijgt boven het langetermijnbelang van de vennootschap. Zouden aandeelhouders hun eigen belang boven het belang van de vennootschap (met continuïteit op de lange termijn) willen plaatsen, dan kan dat leiden tot een patstelling tussen de aandeelhouders en het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap. In dat geval kunnen de aandeelhouders dreigen met het ontslag van bestuurders en commissarissen, maar kunnen deze laatsten een beroep doen op de enquêteprocedure in het belang van de vennootschap. Het bestuur en de raad van commissarissen kunnen dan bijvoorbeeld aanvoeren dat een besluit van de algemene vergadering moet worden geschorst.

Op grond van het geldende recht staat het vennootschappelijk belang 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. Oftewel, het bestuur van een Nederlandse dochtervennootschap die deel uitmaakt van een (inter)nationaal concern moet telkens een afweging maken tussen het belang van haar aandeelhouder (moedervernootschap) en het belang van anderen. Ik zie geen aanleiding om op deze bestaande situatie een uitzondering te maken in het kader van het enquêterecht. Als de Ondernemingskamer opdrachten van de algemene vergadering aan het bestuur niet – op verzoek van dat bestuur – mag toetsen aan de vraag of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen c.q. wanbeleid, dan betekent dat feitelijk dat het belang van de aandeelhouders boven alle andere (lange termijn) belangen van de vennootschap worden geplaatst. Het bestuur van dochtervennootschappen wordt het dan erg moeilijk gemaakt om het vennootschappelijke belang te behartigen. Dat is overigens niet anders in meer besloten verhoudingen. In de praktijk zal dat er ook toe leiden dat het bestuur – teneinde het vennootschappelijke belang te behartigen – gebruik moet blijven maken van een omweg wanneer het de vennootschap wil beschermen tegen onwenselijke plannen van een grootaandeelhouder tot bijvoorbeeld sluiting of verplaatsing van de onderneming; het bestuur moet dan bijvoorbeeld aansturen op een enquêteprocedure op verzoek van een ondernemingsraad (op basis van een overeenkomst met de vennootschap). Het lijkt mij goed om omwegen te voorkomen en de vennootschap in staat te stellen zich te verdedigen tegen ongewenst beleid van een grootaandeelhouder/moedervernootschap. Aangezien het voorstel aansluit bij het bestaande uitgangspunt dat het bestuur van een dochtervennootschap zich niet klakkeloos mag onderwerpen aan het concernbeleid, zie ik niet dat het voorstel aanleiding geeft tot reorganisatie van concerns of leidt tot een verslechtering van het Nederlandse investeringsklimaat.

Artikel 346, tweede lid

De leden van de VVD-fractie vragen ten aanzien van artikel 346 lid 2 of de zinsnede «indien toepassing is gegeven aan artikel 129a» zowel slaat op de niet uitvoerende bestuurders, als op de raad van commissarissen. Zij vragen of de bepaling kan worden verduidelijkt met de formulering: «door de raad van commissarissen of, indien toepassing is gegeven aan artikel 129a, de niet uitvoerende bestuurders».

Wanneer toepassing is gegeven aan artikel 2:129a BW ontbreekt een raad van commissarissen. De verwijzing naar artikel 129a kan dus geen betrekking hebben op de raad van commissarissen. In een monistisch bestuursstelsel wordt toezicht gehouden door de niet uitvoerende bestuurders. Ik zie geen aanleiding voor aanpassing van het wetsvoorstel. Ook vragen deze leden of de raad van commissarissen een besluit tot het starten van een enquêteprocedure met een gewone meerderheid van stemmen kan nemen. Zij vragen of een besluit van een gewone meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders nodig is indien is gekozen voor een monistisch bestuursmodel. Ook vragen zij of een enquêteverzoek van het bestuur door de raad van commissarissen kan worden ingetrokken en andersom.

De Commissie vennootschapsrecht adviseerde om expliciet te bepalen dat de rechtspersoon, vertegenwoordigd door de raad van commissarissen, een enquêteverzoek kan indienen. Dat moet het voor de raad van commissarissen mogelijk maken om een procedure te starten in het belang van de rechtspersoon, onafhankelijk van de vraag of het bestuur daarmee instemt en onafhankelijk van de vraag of het bestuur een regenstrijdig belang heeft. De bevoegdheid is toegekend aan de raad van commissarissen als orgaan, teneinde in die hoedanigheid te kunnen optreden in rechte. Hetzelfde geldt voor de gezamenlijke niet uitvoerende bestuurders. Dat betekent in de huidige formulering dat een enquêteverzoek moet worden gedragen door alle commissarissen c.q. alle niet uitvoerende bestuurders. Een gewone meerderheid van de commissarissen c.q. niet uitvoerende bestuurders is niet voldoende. Een verzoek kan uitsluitend worden ingetrokken door degene die het ook heeft ingediend. Zo kan de raad van commissarissen zijn eigen verzoek intrekken, maar niet dat van het bestuur en omgekeerd. Dat is ook logisch omdat een verzoek van de raad van commissarissen bijvoorbeeld voor de hand ligt wanneer de raad het niet eens is met het bestuur en meent dat hij in het belang van de vennootschap beroep moet doen op de Ondernemingskamer teneinde het beleid van het bestuur te laten toetsen.

De leden van de CDA-fractie vragen naar de mogelijke doorwerking van een enquêteprocedure in een latere aansprakelijkheidsprocedure, met name wanneer het verzoek is gedaan door de curator indien de rechtspersoon failliet is. Zij verwijzen naar de Laurus-beschikking (HR 8 april 2005, NJ 2006, 443). Deze leden vragen of de gang van zaken in een latere aansprakelijkheidsprocedure te rijmen is met het bepaalde in artikel 19 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en artikel 6 EVRM. In de Laurus-zaak heeft de Hoge Raad aangegeven dat in het geval dat bestuurders of commissarissen aansprakelijk worden gesteld door derden die door wanbeleid schade hebben geleden, de vaststelling van dat wanbeleid door de Ondernemingskamer – behoudens cassatie – bindend is voor degenen die in de tweede fase van de enquêteprocedure (verzoek tot vaststelling van wanbeleid en voorzieningen) zijn verschenen (en hebben geconcludeerd tot toewijzing van hetgeen is verzocht of daartegen verweer hebben gevoerd). Dat impliceert echter niet dat bestuurders en commissarissen voor dat wanbeleid persoonlijk aansprakelijk zijn. Volgens de Hoge Raad staan de door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten niet op voorhand vast in een aansprakelijkheidsprocedure, zelfs niet behoudens tegenbewijs. Het oordeel van de Ondernemingskamer

mingskamer dat er wanbeleid is geweest, kan onder omstandigheden tot gevolg hebben dat de rechter in een aansprakelijkheidsprocedure, mede gelet op de inhoud van het onderzoeksverslag en het debat in de tweede fase van de enquêteprocedure, voorshands bewezen acht dat de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon zijn taak niet heeft vervuld op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen. Ik begrijp deze uitspraak zo, dat de rechter in een aansprakelijkheidsprocedure niet standaard kan overgaan tot een omkering van de bewijslast om de enkele reden dat in een enquêteprocedure is geoordeeld dat er sprake is geweest van wanbeleid. Of een omkering van de bewijslast opportuun is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Ik zie dan ook geen strijd met artikel 19 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en artikel 6 EVRM, die er samengevat ondermeer vanuit gaan dat een gedaagde in een procedure de kans krijgt om zich behoorlijk te verdedigen tegen hetgeen hem wordt verweten.

Artikel 349

De leden van de VVD-fractie vragen om verduidelijking van de nieuw voorgestelde laatste zin van artikel 349, eerste lid. Ook vragen zij of het bestuur van een structuurvennootschap kan worden geschorst of ontslagen door de raad van commissarissen enkel en alleen omdat het bestuur kenbaar heeft gemaakt het voornemen te hebben een enquêteprocedure te starten.

Artikel 2:349 lid 1 BW geeft aan dat in geval van een enquêteverzoek van de rechtspersoon, verschillende partijen zo spoedig mogelijk van het voornemen van het verzoek danwel het verzoek zelf op de hoogte moeten worden gesteld. Wordt het verzoek ingediend door het bestuur, dan ligt het voor de hand dat de raad van commissarissen vooraf op de hoogte wordt gesteld. Onder normale omstandigheden leidt de plicht om «zo spoedig mogelijk» te informeren ertoe dat die informatie wordt verstrekt voordat het verzoek is ingediend. De regeling zou echter star worden wanneer niet met bijzondere omstandigheden rekening wordt gehouden, waarin in redelijkheid niet van het verzoekende orgaan kan worden verlangd dat anderen worden ingelicht voordat het verzoek is ingediend. In het bijzondere geval dat het bestuur bijvoorbeeld weet dat de raad van commissarissen het niet eens is met een enquêteverzoek en dreigt met schorsing of ontslag van bestuurders, ligt het in afwijking van de hoofdregel voor de hand dat het verzoek eerst wordt ingediend en de raad van commissarissen zo spoedig mogelijk daarna op de hoogte wordt gesteld. Dan is het aan de Ondernemingskamer om te bezien of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen en derhalve voldoende reden bestaat om te enquêteprocedure te starten. Overigens kan ik mij voorstellen dat de rechter een besluit tot ontslag van bestuurders enkel en alleen om te voorkomen dat zij een enquêteprocedure starten, in strijd acht met de redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 BW). Teneinde tot een oordeel te komen, zal de rechter echter alle relevante omstandigheden van het geval moeten bezien.

De leden van de VVD-fractie vragen waarom in artikel 349 lid 1 niet ook de Europese ondernemingsraad en de personeelsvertegenwoordiging worden genoemd.

In de vennootschappelijke verhouding is de ondernemingsraad de gebruikelijke gesprekspartner van het bestuur (zie bijvoorbeeld het spreekrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van het bezoldigingsbeleid, artikel 2:135 BW). Dat geldt niet voor de personeelsvertegenwoordiging. Ik zie verder geen aanleiding voor een uitbreiding van de informatieplicht tot een vertegenwoordigingsorgaan zoals de Europese ondernemingsraad dat gericht is op de vertegenwoordiging van werknemers in verschillende ondernemingen die gevestigd zijn in

verschillende Europese landen. Ik meen dat het vooral gewenst is dat de belangen van de werknemers van de Nederlandse vennootschap waar de enquête plaatsvindt worden meegewogen voor de vraag of het bestuur en de raad van commissarissen handelen in het belang van de vennootschap.

Deze leden vragen hoe de informatieplicht van het bestuur jegens de raad van commissarissen – waarbij de informatieverstrekking onder bijzondere omstandigheden ook achteraf kan plaatsvinden – zich verhoudt tot de mogelijkheid om met behulp van moderne communicatiemiddelen aan de informatieplicht te voldoen. Ook vragen de leden van de VVD-fractie of het bestuur (onderscheidenlijk de raad van commissarissen) de OR voorafgaand aan het indienen van een enquêteverzoek op de hoogte moet stellen teneinde overleg met de OR mogelijk te maken.

Het bestaan van moderne communicatiemiddelen heeft tot gevolg dat de informatieverstrekking normaliter zal kunnen plaatsvinden voordat het enquêteverzoek is ingediend. Voor het overige verwijs ik naar mijn antwoord op de hiervoor gestelde vragen over de informatieplicht.

Wanneer het bestuur de raad van commissarissen informeert over het voornemen om een enquêteprocedure te starten, kan het bestuur deze informatie ook verstrekken aan de ondernemingsraad. Zou het bestuur in een bijzonder geval aanleiding zien om de raad van commissarissen pas na de indiening van het verzoek te informeren, dan is er wellicht ook aanleiding om de informatieverstrekking aan de ondernemingsraad later te laten plaatsvinden. Of de informatie in een bepaald geval te laat is verstrekt, dient door de rechter te worden beoordeeld met inachtneming van de omstandigheden van het geval.

De leden van de VVD-fractie vragen wat onder het begrip «bijzondere omstandigheden» moet worden verstaan. Zij menen dat de bijzondere omstandigheden een zware toets moet zijn, omdat zich hier de bijzondere situatie voordoet dat de vennootschap zelf om een enquête verzoekt. Zij vragen of de bijzondere omstandigheden in de wet moeten worden omschreven. Ook vragen zij of het bestuur dat een enquêteverzoek wenst in te stellen dat zich de facto richt tegen de (opstelling van de) raad van commissarissen, zich op de bijzondere omstandigheden kan beroepen nu het vooraf informeren van de raad van commissarissen kan betekenen dat het bestuur wordt geschorst of ontslagen.

Ik ben het met deze leden eens dat het gaat om een zware toets. Zoals ik hiervoor ook heb aangegeven, is er onder normale omstandigheden geen aanleiding te wachten tot het moment dat het enquêteverzoek is ingediend. Wanneer de informatie pas na de indiening wordt verstrekt, moet het bestuur in feite kunnen aangeven dat die gang van zaken in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming is. Een sluitende definitie van de bijzondere omstandigheden is niet bij voorbaat te geven en kan dus ook niet in de wet worden opgenomen. Voorkomen moet worden dat gekozen wordt voor een opsomming die in een bepaald geval te beperkt blijkt te zijn. Op de specifieke casus die deze leden beschrijven, is hiervoor al ingegaan.

Deze leden vragen voorts hoe gehandeld moet worden door de curator van de vennootschap die een enquêteprocedure instelt. Wie moet hij informeren en onder welke bijzondere omstandigheden kan de curator daarvan afwijken?

De curator dient een enquêteverzoek in indien hij meent dat dat in het belang is van de gezamenlijke crediteuren. Hij kan bijvoorbeeld van mening zijn dat het faillissement voortvloeit uit wanbeleid. In zo'n geval wordt het enquêteverzoek niet ingegeven door de wens tot sanering en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard. De curator zal daarentegen opening van zaken willen en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid rust voor mogelijk wanbeleid. Het enquêteverzoek van de curator is een verzoek dat hij in die hoedanigheid indient. Het gaat in dat geval niet om een verzoek van de

rechtspersoon. Dat betekent dat de tweede en derde zin die met het wetsvoorstel worden toegevoegd aan artikel 2:349 lid 1 BW, niet van toepassing zijn. Tegelijkertijd heeft het niet veel zin om de curator te behandelen zoals de aandeelhouders of een vakorganisatie die als verzoekers kunnen optreden. Zij moeten hun bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken melden aan het bestuur en de raad van commissarissen, voordat zij ontvankelijk zijn in hun verzoek (vgl. artikel 2:349 lid 1, eerste zin, BW). Dat moet het bestuur en de raad van commissarissen in de gelegenheid stellen om de bezwaren te onderzoeken en maatregelen te nemen. Dat treffen van maatregelen door het bestuur en de raad van commissarissen, nadat de vennootschap failliet is verklaard, heeft geen zin meer. De curator is immers bezig met de vereffening van de boedel en doet het verzoek in het kader daarvan. Op grond van het voorgaande concludeer ik dat de toepassing van artikel 2:349 BW niet zinvol is wanneer het enquêteverzoek afkomstig is van de curator. Ik zal dat bij nota van wijziging verduidelijken in artikel 2:346 lid 3 BW.

Artikel 349a

In verband met het tijdstip dat de Ondernemingskamer moet bepalen waarop alle belanghebbenden uiterlijk een verweerschrift kunnen indienen, vragen de leden van de VVD-fractie wat onder spoedeisende gevallen moet worden verstaan. Zij vragen of beleidsvrijheid aan de Ondernemingskamer moeten worden gegund zodat het verweerschrift in voorkomend geval later kan worden ingediend dan het tijdstip van de aanvang van de behandeling.

Op grond van het bestaande recht is artikel 282 lid 1 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering van toepassing. Dat betekent dat verweerschriften kunnen worden ingediend tot de aanvang van de (mondelinge) behandeling of in de loop van de behandeling indien de rechter dat toelaat. In de praktijk heeft dat laatste geleid tot de klacht dat betrokkenen in enquêteprocedures in de situatie kunnen komen dat zij onvoldoende tijd hebben om zich te verweren. Dat risico doet zich voor wanneer men 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 onmiddellijke voorziening. Om die reden heeft de Commissie vennootschapsrecht geadviseerd om in de wet te bepalen dat de Ondernemingskamer een termijn moet stellen voor het indienen van verweerschriften. Het advies past in mijn streven om de enquêteprocedure met meer waarborgen te omkleden. Gezien het doel van de regeling moet de uiterste termijn altijd voor de (mondelinge) behandeling liggen. De regeling is flexibel voor wat betreft de duur van de termijn; de Ondernemingskamer bepaalt op welke termijn voor de behandeling verweerschriften moeten zijn ontvangen. Ik meen dat een termijn van een week normaliter voldoende voorbereidingstijd voor de betrokkenen oplevert. Ook de Commissie vennootschapsrecht ging uit van een week, maar gaf aan dat de Ondernemingskamer in spoedgevallen zou moeten kunnen kiezen voor een kortere termijn. Ik kan mij dat voorstellen, bijvoorbeeld wanneer twee dagen voor de behandeling een belanghebbende opduikt die een goede reden kan opgeven waarom hij niet op termijn van een week kon zorgdragen voor indiening van zijn verweerschrift. In dat geval moet de Ondernemingskamer afwegen of aanpassing van de termijn tot twee dagen voor de behandeling voldoende rekening houdt met de belangen van de overige betrokkenen.

De leden van de VVD-fractie vragen om een toelichting op de woorden «degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken» in het tweede lid van artikel 349a. Zij vragen wie onder dat begrip vallen. Zij vragen ook of de formulering moet worden veranderd in «krachtens de wet of de statuten» en wijzen op artikel 2:8 BW en de daarmee verband houdende rechtspraak.

De Ondernemingskamer moet zich ervan 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. Er moet dus een afweging van belangen plaatsvinden. Het gaat dan om de belangen van de rechtspersoon ten opzichte van de bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken partijen. Voor wat betreft de belangen van de rechtspersoon moet worden gedacht aan de verschillende belangen die in een rechtspersoon zijn verenigd. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met relevante externe belangen, zoals die van werknemers. Voor wat betreft de degenen die krachtens wet en statuten bij de organisatie zijn betrokken, kan worden gedacht aan de belangen van bestuurders, commissarissen en de aandeelhouders. Op grond van de gekozen formulering behoeft geen rekening te worden gehouden met het algemene belang. Voor de formulering van de zinsnede «die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken» is aangesloten bij de bestaande tekst van artikel 2:8 lid 1 BW. Ik meen dat de tekst in artikel 8 zo is bedoeld dat zowel degenen die krachtens de wet als degenen die krachtens de statuten zijn betrokken bij de organisatie van de rechtspersoon, zich jegens elkaar moeten gedragen overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid. Met de tekst van artikel 2:349a lid 2 BW wordt in aansluiting op artikel 2:8 BW aangegeven dat ondermeer moet worden gelet op de belangen van degenen die krachtens de wet zijn betrokken bij de organisatie, alsmede met degenen die daarbij krachtens de statuten zijn betrokken.

De leden van de VVD-fractie vragen of uit de handhaving van de woorden «op verzoek van de indieners van het in artikel 345 bedoelde verzoek» in het gewijzigde tweede lid moet worden opgemaakt dat een verzoek om een onmiddellijke voorziening uitsluitend door de indieners van het enquêteverzoek kan worden gedaan en niet door een belanghebbende. Zij vragen hoe belanghebbenden hun rechten en belangen kunnen laten meewegen door de Ondernemingskamer. Moet dat via een tweede enquête of een andere gerechtelijke procedure? Ook vragen zij naar de positie van de rechtspersoon.

Op basis van het bestaande artikel 2:349a lid 2 BW kan degene die om een enquête heeft verzocht, ook verzoeken om onmiddellijke voorzieningen. Belanghebbenden kunnen naar aanleiding van zo'n verzoek om onmiddellijke voorzieningen van een derde, vervolgens zelf een tegenverzoek doen. Dat tegenverzoek kan worden gedaan in dezelfde – lopende – procedure. Een voorbeeld is het volgende: aandeelhouder A vraagt de schorsing van bestuurder X, waarna X als belanghebbende vraagt om schorsing van bestuurder Y. Ik zie geen aanleiding om het bestaande recht te wijzigen gezien het ingrijpende karakter van onmiddellijke voorzieningen. Ik vind het passend om te eisen dat een verzoek daartoe kan worden gedaan door een partij die voldoet aan de criteria voor een enquêteverzoek en die dat verzoek ook daadwerkelijk heeft ingediend. Op basis van het wetsvoorstel zal de rechtspersoon in de toekomst desgewenst ook zelf een verzoek om onmiddellijke voorzieningen kunnen doen na de indiening van zijn enquêteverzoek.

Artikel 349a, tweede lid

De leden van de CDA-fractie vragen hoe de beoogde terughoudendheid van de Ondernemingskamer bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen zich verhoudt tot de situatie in het tweede lid, waarin het treffen van onmiddellijke voorzieningen vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek.

De grondslag voor onmiddellijke voorzieningen in een enquêteprocedure is het tweede lid van artikel 2:349a BW. Aan alle eisen van dat artikellid moet worden voldaan, voordat een verzoek om onmiddellijke voorzie-

ningen wordt toegewezen. De Ondernemingskamer moet beoordelen of onmiddellijke voorzieningen gerechtvaardigd zijn in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek. De Ondernemingskamer moet voorts de belangen van de rechtspersoon en de bij de rechtspersoon betrokken partijen behoorlijk afwegen, omdat een onmiddellijke voorziening niet disproportioneel mag zijn. Anders gezegd, de Ondernemingskamer moet zich ervan 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 leden van de CDA-fractie vragen of de memorie van toelichting aldus moet worden begrepen dat de Ondernemingskamer de criteria die de Hoge Raad in de DSM-beschikking heeft geformuleerd, óók moet toepassen ingeval het enquêteverzoek en het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen tegelijkertijd worden behandeld en zo ja, in welk opzicht moet dan terughoudendheid worden betracht. Zij verwijzen naar terughoudendheid voor wat betreft de aard van de voorzieningen en voor wat betreft het moment van toewijzen.

Het nieuwe artikel 2:349a lid 2 BW stelt de bij het vorige antwoord genoemde eisen aan de toewijzing van een verzoek om onmiddellijke voorzieningen. Daaraan doet het tijdstip waarop het verzoek wordt gedaan niet af. Ik meen dat de Ondernemingskamer in alle gevallen moet proberen te voorkomen dat onnodig of onnodig diep wordt ingegrepen in de bestaande verhoudingen via onmiddellijke voorzieningen.

Artikel 349a, derde lid

De leden van de VVD-fractie vragen of de formulering van artikel 349a lid 3 («naar het voorlopig oordeel van de ondernemingskamer toewijzing van het in artikel 345 bedoelde verzoek zal plaatsvinden») leidt tot een zwaardere toets dan die verwoord inzake DSM en de memorie van toelichting. Zij vragen of het woord «zal» door «kan» moet worden vervangen. Ook stellen deze leden voor het criterium te herformuleren in: «indien er naar het voorlopig oordeel van de ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen».

Ik zal het tekstvoorstel van deze leden overnemen in een nota van wijziging. Het tekstvoorstel heeft als voordeel dat duidelijker wordt verwoord dat de Ondernemingskamer geen onmiddellijke voorzieningen mag treffen, voordat voorlopig is getoetst aan de criteria van artikel 2:350 lid 1 BW.

De leden van de CDA-fractie vragen een toelichting op de woorden «ingeval nog geen onderzoek is gelast». Zij vragen of daar onder valt 1) het geval dat het enquêteverzoek wel inhoudelijk is behandeld (inclusief het debat ter terechtzitting), maar de Ondernemingskamer wacht met de benoeming van een onderzoeker, bijvoorbeeld omdat partijen mogelijk tot een minnelijke regeling komen, en 2) het geval dat de behandeling (inclusief het debat ter terechtzitting) wordt uitgesteld en de Ondernemingskamer alleen het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen behandelt en toewijst. Zij vragen in verband met het tweede voorbeeld op basis waarvan de Ondernemingskamer dan tot het voorlopige oordeel kan komen dat een toewijzing van het enquêteverzoek zal plaatsvinden.

Ik begrijp het eerstgenoemde voorbeeld zo, dat in dat geval al door de Ondernemingskamer is getoetst of aan het criterium van artikel 2:350 lid 1 BW wordt voldaan. Er is dus getoetst of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen. In dat geval behoeft niet ook artikel 2:349a lid 3 BW te worden nageleefd; een *voorlopig*

oordeel dat er gegronde redenen zijn is niet meer zinvol indien er al een eindoordeel over die gegronde redenen is geveld. Een en ander wordt bevestigd door de slotzin van het artikellid, waaruit volgt dat de voorlopige toetsing slechts plaatsvindt wanneer het enquêteverzoek nog niet inhoudelijk is beoordeeld. Het tweede voorbeeld van deze leden leidt wel tot toepassing van artikel 2:349a lid 3 BW. Op basis van de hiervoor genoemde, bij nota van wijziging aangepaste, formulering van dat artikellid, moet de Ondernemingskamer voorlopig oordelen of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen.

De leden van de CDA-fractie vragen hoe de slotzin van het derde lid zich verhoudt tot de eerste volzin van het eerste lid. Kan de Ondernemingskamer de behandeling van het enquêteverzoek simpelweg naar de toekomst verschuiven en volstaan met het treffen van onmiddellijke voorzieningen? Ook vragen zij op welke grond tot een gescheiden behandeling kan worden besloten.

Het eerste lid, eerste zin, van artikel 2:349a BW houdt in dat de Ondernemingskamer een enquêteverzoek met de meeste spoed moet behandelen. De achterliggende gedachte is dat een enquêteverzoek alleen op zijn plaats is wanneer er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid (of juiste gang van zaken). Daarom moet de behandeling van het verzoek niet op de lange baan kunnen worden geschoven. Wanneer een verzoeker vraagt om onmiddellijke voorzieningen (lid 2) is er ook alle reden om het verzoek met spoed te behandelen. Het wetsvoorstel laat de bestaande praktijk in stand dat onmiddellijke voorzieningen kunnen worden getroffen voordat de Ondernemingskamer het enquêteverzoek inhoudelijk heeft behandeld. Dat kan nuttig zijn wanneer er behoefte is aan onmiddellijk ingrijpen door de Ondernemingskamer (bijvoorbeeld omdat een tijdelijke bestuurder moet worden aangesteld) en de beslissing over het onderzoek wel wat langer kan wachten. Desalniettemin is het niet de bedoeling dat onmiddellijke voorzieningen kunnen worden opgelegd, zonder enige toetsing aan de criteria voor toepassing van het enquêterecht. Daarom stelt het wetsvoorstel de eis dat de Ondernemingskamer *voorlopig* moet oordelen dat er gegronde redenen zijn om – samengevat – aan een juist beleid te twijfelen, indien zij beslist tot onmiddellijke voorzieningen maar nog niet ten gronde beslist op het enquêteverzoek. De slotzin van artikel 2:349a lid 3 BW houdt in dat de Ondernemingskamer in dat geval wel verplicht is om binnen een redelijke termijn te beslissen op het enquêteverzoek. Dat moet voorkomen dat onmiddellijke voorzieningen kunnen voortbestaan, zonder dat op het enquêteverzoek wordt beslist. De Ondernemingskamer zal daarbij bijvoorbeeld mee kunnen wegen of voorzienbaar is dat partijen op afzienbare termijn zullen komen tot een schikking. Al met al kan de Ondernemingskamer de behandeling van het enquêteverzoek niet simpelweg naar de toekomst verschuiven, zo antwoord ik deze leden.

Artikel 350

De leden van PvdA-fractie vragen wat de reden is dat de raadsheer-commissaris aan de procedure wordt toegevoegd. Zij vragen of er concrete aanleidingen voor zijn en of er onduidelijkheid komt over de rolverdeling tussen de raadsheer-commissaris en de onderzoekers. In de literatuur is een pleidooi gehouden voor een met meer waarborgen omklede onderzoeksfase op basis van ervaringen in het verleden. In de memorie van toelichting heb ik in dat verband verwezen naar verschillende auteurs (p. 25). Ik meen bijvoorbeeld dat in de onderzoeksfase uitdrukkelijker aandacht moet worden gevraagd voor de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor. Ook moet het voor belanghebbenden mogelijk zijn om opmerkingen te maken over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd. Het verslag van de onderzoekers is van

wezenlijk belang voor het oordeel van de Ondernemingskamer of sprake is van wanbeleid. Ik wil daarom het risico op onjuiste informatie in het verslag van de onderzoekers zo klein mogelijk maken. De Commissie vennootschapsrecht adviseerde vervolgens een raadsheer-commissaris aan te wijzen voor de onderzoeksfase. Dat advies heb ik overgenomen. Ik ben niet bevreesd voor onduidelijkheid over de rolverdeling tussen de raadsheer-commissaris en de onderzoekers. De onderzoekers – en dus niet de raadsheer-commissaris – blijven 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 raadsheer-commissaris kan aanwijzingen geven over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd. Dergelijke aanwijzingen betreffen de procesmatige kant van het onderzoek en niet de inhoud.

De leden van de CDA-fractie vragen in verband met het criterium voor de toewijzing van een enquêteverzoek of de woorden «of juiste gang van zaken» het effect van het nieuwe artikel 2:349a, derde lid, deels teniet doen, omdat het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer een veel bredere grondslag krijgt. Zij vragen of de toevoeging nodig is, nu uit jurisprudentie blijkt dat het beleid van een ander orgaan dan het bestuur van de rechtspersoon onderwerp van een enquête kan zijn. Zij vragen voorts of met de toevoeging alle omstandigheden (ook externe omstandigheden) bij het verzoek kunnen worden betrokken. Het nieuwe artikel 2:349 lid 3 BW heeft tot gevolg dat de Ondernemingskamer moet toetsen of naar haar voorlopig oordeel toewijzing van het verzoek om een onderzoek kan plaatsvinden voordat zij onmiddellijke voorzieningen treft. Daaraan doet het nieuwe artikel 2:350 lid 1 BW niet af. Op grond van het nieuwe artikel 2:346 lid 1 onder d BW zal de rechtspersoon een enquêteverzoek kunnen doen, niet alleen in verband met het beleid van de algemene vergadering, maar ook in verband met mogelijk onacceptabel gedrag van individuele aandeelhouders. Wanneer de Ondernemingskamer het gedrag van individuele aandeelhouders moet beoordelen, kan zij niet uit de voeten met de norm «gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen» in artikel 2:350 lid 1 BW. De reden daarvoor is dat het gedrag van individuele aandeelhouders niet kwalificeert als het «beleid van (een orgaan van) de rechtspersoon», tenzij het gedrag op enig moment wordt vertaald in een besluit van de algemene vergadering. Teneinde het enquêterecht te laten uitstrekken tot het gedrag van individuele aandeelhouders moet naar mijn mening artikel 350 worden aangevuld. Daartoe is bepaald dat de Ondernemingskamer ook kan toetsen of er een juiste gang van zaken is. Ik wil graag benadrukken dat de Ondernemingskamer voor de vraag of sprake is van gegronde redenen om aan een juiste gang van zaken te twijfelen, slechts het gedrag van een individuele aandeelhouder kan betrekken waarmee hij het reilen en zeilen en/of het aanzien van de rechtspersoon raakt. De Ondernemingskamer mag dus niet alle mogelijke omstandigheden die niet de relatie tussen de aandeelhouder en de rechtspersoon raken, bij het verzoek betrekken. De verwijzing naar het «beleid en de gang van zaken» is voorts niet nieuw. Indien de Ondernemingskamer een onderzoek gelast bij een rechtspersoon, raakt dat zowel het beleid als de gang van zaken.

Artikel 350, tweede lid

De leden van de VVD-fractie vragen in verband met artikel 2:350 lid 2 of de rechtspersoon de door hem betaalde kosten van verweer van de onderzoeker kan verhalen op diezelfde onderzoeker indien deze in de aansprakelijkheidsprocedure wordt veroordeeld, nu zo'n veroordeling er niet op hoeft te wijzen dat de onderzoeker de kosten niet in redelijkheid heeft gemaakt. Ook vragen zij of dit in de wet moet worden neergelegd.

De regeling beoogt te voorkomen dat het onmogelijk of zeer moeilijk wordt om personen bereid te vinden om als onderzoeker op te treden. Daarom moet het voor de onderzoeker duidelijk zijn dat hij redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer niet hoeft te dragen of voor te schieten. Dat betekent voorts dat die kosten niet voor rekening van de onderzoeker komen, ook niet wanneer hij later alsnog wordt veroordeeld. Er is geen sprake van een voorschot door de rechtspersoon; de desbetreffende redelijke kosten komen steeds voor rekening van de rechtspersoon. Ik verwacht dat dit in de praktijk ertoe zal leiden dat de rechtspersoon de kosten van een aansprakelijkheidsverzekering (ter dekking van de kosten van verweer) ten behoeve van de onderzoeker draagt. Ik zie geen aanleiding voor aanpassing van het wetsvoorstel. Voor de volledigheid merk ik nog op dat het niet nodig is om het verzoek van de onderzoeker juridisch zwaar op te tuigen. De verzoekschriftprocedure is niet verder van toepassing dan nodig is voor dit bevel; een informele procedure is gerechtvaardigd nu het geen beslissing is ten aanzien van een geschilpunt.

Ook vragen de leden van de VVD-fractie wat de reikwijdte is van de «kosten van verweer». Zij vragen in dat verband naar de proceskostenveroordeling door de rechter.

De kosten van verweer betreffen in elk geval de kosten die de onderzoeker maakt om zich te (kunnen) verweren. Tot die kosten behoren zijn eigen griffierechten en een eventuele proceskostenveroordeling. Veroordeling van een onderzoeker zal niet snel plaatsvinden, omdat hij niet aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van het verslag van de uitkomst van het onderzoek, tenzij hij met betrekking tot de in het verslag neergelegde bevindingen of met betrekking tot het onderzoek opzettelijk onbehoorlijk heeft gehandeld dan wel met kennelijk grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. In dat geval zou de onderzoeker ook kunnen worden veroordeeld tot betaling van de proceskosten van de wederpartij. Dat risico treedt automatisch op zodra de onderzoeker zich verweert in de aansprakelijkheidsprocedure. Ik meen dat van de onderzoeker niet kan worden verlangd dat hij zich niet verweert tegen de aansprakelijkstelling. Als hij zich niet verweert, kan hij immers ten onrechte tot een te hoge schadevergoeding worden veroordeeld. Wanneer een eiser € 100 000 schadevergoeding eist, maar de rechter slechts € 5 000 toekent en de onderzoeker voorts wordt veroordeeld in de totale (substantiële) proceskosten van de eiser, is een deel van die proceskosten veroorzaakt doordat de onderzoeker zich heeft verweerd. Als hij zich echter niet had verweerd, dan had hij ten onrechte tot een schadevergoeding van € 100 000 veroordeeld kunnen worden. Overigens doet zich dit laatste probleem niet of in veel mindere mate voor wanneer de rechter de proceskosten compenseert omdat partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk worden gesteld (artikel 237 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering). Het risico om veroordeeld te worden in de proceskosten van de eiser, hangt zodanig samen met het voeren van verweer door de onderzoeker, dat ook deze kosten voor rekening van de rechtspersoon moeten komen. De desbetreffende kosten reken ik tot de «kosten van verweer».

Deze leden vragen voorts of onderzoekers die hun werkzaamheden in opdracht van de Ondernemingskamer hebben verricht, de daarvoor met hen afgesproken vergoeding dienen te ontvangen, ook indien een opdracht tot het doen van onderzoek wordt vernietigd. Mag de vennootschap de betaalde kosten van de onderzoeker terugvorderen wegens onverschuldigde betaling?

Wanneer de Ondernemingskamer een enquêteonderzoek heeft gelast, de onderzoeker zijn werk heeft gedaan en vervolgens in cassatie zou worden beslist dat het enquêteverzoek ten onrechte is toegewezen, zou de grondslag onder het inmiddels verrichte onderzoek wegvallen. Dat zou kunnen wanneer er geen gegronde redenen waren om aan een juist

beleid te twijfelen. Gezien de ervaringen tot op heden, zal zich dit in de praktijk niet vaak voordoen. Ik meen dat het redelijk is dat de vennootschap ook in een dergelijk geval de werkzaamheden van de onderzoeker betaalt. Het onderzoek is in het belang van de vennootschap verricht. Ik zal bij nota van wijziging aan artikel 2:359 BW toevoegen dat cassatie van de toewijzing van het enquêteverzoek niet tot gevolg heeft dat de betaling van de onderzoeker onverschuldigd wordt.

De leden vragen ook of de Staat de kosten van verweer van de onderzoekers en door de Ondernemingskamer aangestelde commissarissen en bestuurders moet betalen als zij ten onrechte worden aangesproken, zodat de prikkel om een procedure tegen de betrokkenen te beginnen om de onderneming verder onder druk te zetten weg valt.

De aanstelling van tijdelijke bestuurders en/of commissarissen door de Ondernemingskamer geschiedt in het belang van de rechtspersoon. Hetzelfde geldt voor de aanstelling van onderzoekers. Wanneer deze personen aansprakelijk worden gesteld vanwege de rol die zij vervullen binnen de vennootschap c.q. in het belang van de vennootschap, ligt het voor de hand dat de daarmee gepaard gaande kosten van verweer worden gedragen door de vennootschap. Dat de overheid die kosten zou moeten dragen ligt daarentegen niet voor de hand, aangezien de kosten niet in het algemeen belang worden gemaakt. Ik zie geen reden om daarvoor algemene middelen aan te wenden.

Artikel 350, vierde lid

De leden van de VVD-fractie vragen hoe tegen de rol van de raadsheer-commissaris wordt aangekeken. De vraag is allereerst of hij actief of passief toezicht houdt.

De raadsheer-commissaris treedt op wanneer een belanghebbende daarom vraagt. Zijn rol is dus niet vergelijkbaar met die van een toezichthouder, die uit eigen beweging zou moeten nagaan of het onderzoek naar behoren verloopt. Vanzelfsprekend wordt een actieve houding van de raadsheer-commissaris verwacht zodra een belanghebbende hem verzoekt aanwijzingen te geven met het oog op een goede gang van zaken bij het onderzoek.

Ook vragen deze leden welke belanghebbenden zich tot de raadsheer-commissaris mogen wenden. Zijn dat ook de verzoekers? Zo ja, dan stellen de leden voor te bepalen: «De rechtspersoon, de verzoekers en andere belanghebbenden kunnen zich wenden tot de raadsheercommissaris met het verzoek om een beslissing te nemen met het oog op de goede gang van zaken van het onderzoek.»

Ik ben het met de leden van de VVD-fractie eens dat ook de verzoekers in staat moeten zijn om een beroep te doen op de raadsheer-commissaris, naast de belanghebbenden. Tot die belanghebbenden behoort overigens ook de rechtspersoon, indien hij het verzoek niet zelf heeft ingediend. Ik zal de verzoekers bij nota van wijziging toevoegen aan de tekst van artikel 2:350 lid 4 BW.

Deze leden vragen voorts naar de positie van concern- en andere vennootschappen die met de onderzochte vennootschap(en) verbonden zijn. De vraag is of zij zich tot de raadsheercommissaris kunnen wenden. Wie belanghebbend is bij het goede verloop van het onderzoek in een enquêteprocedure, moet zich kunnen wenden tot de raadsheer-commissaris. Dat zullen in elk geval de verzoekers zijn en degenen die zich als belanghebbende hebben gevoegd in de procedure. Daarnaast kan ik mij in een concernverhouding voorstellen dat een nauw verbonden rechtspersoon beroep doet op de raadsheer-commissaris wanneer de Ondernemingskamer de onderzoekers heeft gemachtigd tot het inzien van boeken en bescheiden ten behoeve van het onderzoek (artikel 2:351 lid 2 BW) en de nauw verbonden rechtspersoon problemen heeft met de wijze waarop de onderzoeker te werk gaat.

De leden van de VVD-fractie vragen hoe de belanghebbenden zich tot de raadsheercommissaris kunnen wenden. Zij vragen of het een verzoekschrift of een aparte procedure vergt, danwel dat de raadsheercommissaris informeel per brief of anderszins kan worden benaderd door de belanghebbenden.

De voorgestelde regeling heeft als uitgangspunt dat de raadsheercommissaris informeel kan worden benaderd door de belanghebbenden. Het lijkt mij niet gewenst dat voor vragen of klachten over het onderzoek een juridische procedure moet worden gevolgd. Dat zou de gang naar de raadsheercommissaris onnodig verzwaren.

De leden van de VVD-fractie vragen of de omstandigheid dat de raadsheercommissaris beslist of en aan wie een afschrift van het verzoek wordt verstrekt, tot gevolg heeft dat de onderzoekers vanwege hun geheimhoudingsgebod niet bevoegd zijn een verzoek om aanwijzingen in te dienen. Deze leden vragen of bedoeld is dat informatie over het verzoek in beginsel vertrouwelijk dient te zijn en zo ja, of aan die gedachte afbreuk wordt gedaan doordat alle belanghebbenden een verzoek als bedoeld in artikel 350, vierde lid kunnen indienen.

Ik zie niet in waarom de verplichting van de onderzoekers, om hetgeen zij bij hun onderzoek ontdekken niet verder bekend te maken dan hun opdracht vereist (artikel 2:351 lid 1 BW), in de weg staat aan een verzoek van de onderzoeker op grond van artikel 2:350 lid 4 BW. De aanwijzingen van de raadsheercommissaris hebben steeds betrekking op de procesmatige kant van het onderzoek, bijvoorbeeld naar aanleiding van de vraag of iemand zich tijdens zijn verhoor mag laten vergezellen van een advocaat. Daarvoor behoeft geen inhoudelijke of vertrouwelijke onderzoeksinformatie te worden verstrekt in het verzoek. Het verzoek als zodanig is niet vertrouwelijk. De omstandigheid dat de raadsheercommissaris kan beslissen aan wie een afschrift van het verzoek wordt verstrekt, is ingegeven door de wens om geen onnodig ingewikkelde papierstroom op gang te brengen. De raadsheercommissaris beoordeelt wiens standpunt hij nodig heeft, voordat hij tot een beslissing komt. Hij hoeft niet elke belanghebbende bij de enquête te benaderen als dat voor de gevraagde aanwijzing niet zinvol is.

De leden van de VVD-fractie vragen of er aanleiding is voor een uitzondering op de verplichte procesvertegenwoordiging ten behoeve van onderzoekers.

Hiervoor heb ik aangegeven dat verzoeken om een aanwijzing van de raadsheercommissaris op de voet van artikel 2:350 lid 4 BW informeel kunnen worden ingediend. Er is geen sprake van een formele procedure en evenmin van een verplichte procesvertegenwoordiging.

Artikel 351

De leden van de PvdA-fractie vragen naar de concrete aanleiding voor het beperken van de aansprakelijkheid van de onderzoekers. Zij vragen of onderzoekers in het verleden aansprakelijk zijn gesteld en zo ja, hoe dat is afgelopen.

In het empirische onderzoek uit 2009 naar het gebruik van het enquête-recht is opgemerkt dat het aanzienlijk moeilijker lijkt te zijn geworden om mensen bereid te vinden een onderzoek te verrichten bij een beursvennootschap. In de periode 1994–1999 konden de toewijzing van het verzoek tot enquête en de benoeming van de onderzoekers bij beursvennootschappen nog op dezelfde dag plaatsvinden, terwijl er in de periode 2000–2007 tussen de toewijzing van het verzoek en de benoeming een gemiddelde termijn van 43 dagen zat. Het aansprakelijkheidsrisico van de onderzoeker bij het doen van onderzoek bij beursvennootschappen is daarbij genoemd als een van de mogelijke oorzaken van deze ontwikkelingen. Hoewel aansprakelijkheid van de onderzoeker in de praktijk zeer uitzonderlijk is, is het relatief eenvoudig om onderzoekers aansprakelijk te

stellen. Vooralsnog moet de onderzoeker dan rekening houden met het uit eigen vermogen voldoen van de kosten van verweer. Die kosten maakt hij zolang de eis nog niet is afgewezen. Artikel 2:351 lid 5 moet voorkomen dat het zeer moeilijk wordt om personen bereid te vinden om als onderzoeker aan de slag te gaan.

Artikel 351, vierde lid

De leden van de VVD-fractie vragen waarom artikel 351 lid 4 niet is aangepast naar aanleiding van de consultatiereacties. Deze leden vragen ook of het «in de gelegenheid [stellen] om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben» voldoet aan artikel 6 EVRM en de eisen waaraan een zorgvuldig onderzoek dient te voldoen. Zij vragen of een verdergaande rechtsbescherming op zijn plaats is.

Artikel 2:351 lid 4 BW houdt in dat de onderzoekers degenen die in hun onderzoeksverslag worden genoemd, in de gelegenheid moeten stellen om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben. Deze verplichting is opgenomen teneinde foutieve bevindingen in het onderzoeksverslag zoveel mogelijk te voorkomen. Dat is van belang voor de beoordeling van de zaak door de Ondernemingskamer, maar ook omdat het verslag ter inzage wordt gelegd bij de griffie van het Gerechtshof te Amsterdam en – afhankelijk van het oordeel van de Ondernemingskamer – ook voor een ieder inzichtelijk kan worden. Het verslag houdt in het laatste geval een risico in van aantasting van de goede naam van de personen die in het verslag zijn genoemd en daarom is het van belang dat de desbetreffende persoon er nog op kan wijzen dat hij meent dat het verslag een onjuistheid inhoudt. Dat is overigens ook in het belang van de onderzoeker, omdat hij aansprakelijk kan zijn wanneer hij zijn onderzoek niet zorgvuldig heeft verricht. Zo zal de onderzoeker de belanghebbenden bij de procedure moeten horen. Ook behoort de onderzoeker zijn verslag te kunnen onderbouwen en ligt het op zijn pad om het beginsel van hoor en wederhoor toe te passen. Hij moet toetsen of het verslag een weerwoord oplevert dat aanleiding geeft tot aanpassing van het verslag. Een en ander geeft aan dat de verslaglegging van de resultaten van het onderzoek maar één facet is van de onderzoeksfase. Het voorstel doet derhalve geen afbreuk aan de uitgangspunten voor een zorgvuldig onderzoek van de Ondernemingskamer, zoals verwoord in de zaak *De Vries Robbé*. Voor de volledigheid wil ik er nog op wijzen dat een raadsheer-commissaris toezicht houdt op het verloop van het onderzoek en dat de Ondernemingskamer aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties heeft opgesteld voor de onderzoekers ten behoeve van de onderzoeksfase. Dit document van de Ondernemingskamer is in januari 2011 gepubliceerd. In het document wordt ondermeer ingegaan op de positie van de onderzoeker, de inrichting en de uitvoering van het onderzoek. In verband met de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor wordt aandacht gevraagd voor het horen van partijen en overige betrokkenen, het maken van een verslag van voor het onderzoeksverslag bepalende gesprekken met gehoorde personen, het voorleggen van die verslagen aan die personen en het rekening houden met eventueel gemaakt opmerkingen, het rekening houden met eventuele voorstellen tot het horen van bepaalde personen en het raadplegen van bepaalde documenten, het voorleggen van het conceptonderzoeksverslag, althans de feitelijke bevindingen, althans de relevante onderdelen van het conceptverslag aan partijen en/of degenen van wie belangrijke feiten worden vastgesteld en het rekening houden met eventuele opmerkingen (§ 3.5). De Ondernemingskamer heeft hierbij aangegeven dat de mate waarin deze suggesties van toepassing zijn, onder meer afhangt van de aard van de rechtspersoon, de te onderzoeken onderwerpen, de omvang en gewenste

diepgang van het onderzoek en de aard en gevoeligheid van bepaalde bevindingen. In verband met het onderzoeksverslag beveelt de Ondernemingskamer aan (§ 4.2) om in het verslag kenbaar te maken op welke wijze tijdens het onderzoek toepassing is gegeven aan hoor en wederhoor. Ook geeft de Ondernemingskamer aan dat het aanbeveling verdient om in het verslag onderscheid te maken tussen feitelijke bevindingen en de weergave van eventuele oordelen, meningen, conclusies en aanbevelingen.

In de consultatieronde is door enkele respondenten gereageerd op de voorgestelde regeling. Een van de respondenten meent dat het onder omstandigheden wenselijk kan zijn dat de onderzoeker, indien hij in zijn definitieve verslag voorbij gaat aan opmerkingen van betrokkenen, motiveert waarom hij geen rekening houdt met die opmerkingen. Ik meen dat de bestaande regeling in combinatie met het wetsvoorstel daarvoor voldoende mogelijkheid biedt. Een andere respondent stelt voor te bepalen dat de onderzoekers het gehele conceptverslag voorleggen aan gehoorde personen, te samen met bronmateriaal en gespreksverslagen. Dit voorstel lijkt tot op zekere hoogte op het voorstel van weer een andere respondent om alle reacties op het conceptverslag te hechten aan het eindverslag. Ik meen dat het niet nodig is om het gehele verslag aan alle gehoorde personen voor te leggen; het is voldoende om personen in staat te stellen om te reageren op passages die hun aangaan. Daarnaast meen ik dat deze voorstellen onvoldoende rekening houden met de wens om eventueel gevoelige informatie niet verder te verspreiden dan noodzakelijk is voor het opstellen van het onderzoeksverslag. Artikel 6 EVRM schrijft voor: «Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (...) heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak (...)». Het onderzoeksverslag van de onderzoeker leidt niet tot dergelijke vaststellingen; zij geven geen eindoordeel over het bestaan van burgerlijke rechten en verplichtingen. De onderzoekers doen onderzoek en leveren materiaal aan op basis waarvan een rechter kan oordelen. De rechter is echter niet gebonden aan de bevindingen van het onderzoek. Mede in het licht van de hiervoor genoemde aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties van de Ondernemingskamer aan de onderzoekers, zie ik geen aanleiding voor een aanpassing van het voorstel.

Artikel 355, vierde lid

De leden van de VVD-fractie menen dat een onmiddellijke voorziening van de Ondernemingskamer kan leiden tot een doorkruising van bepaalde bevoegdheden van de AFM, hetgeen ervoor zou pleiten om een hoorrecht toe te kennen aan de AFM. Deze leden vragen of het gelet op de verschillende aard van de toezichttaken van de AFM wenselijk is de uitbreiding van de informatieplicht jegens de AFM te beperken en daar in ieder geval hoofdstuk 5.1a van de Wft en 5.5 niet onder te laten vallen. Zij stellen voor in artikel 355 lid 4 te verwijzen naar «De Nederlandsche Bank N.V.» «dan wel de Stichting Autoriteit Financiële Markten, ieder voor zover het betreft het door haar uitgeoefende toezicht» teneinde een dubbelrol zoveel mogelijk te vermijden.

De AFM heeft een toezichthoudende taak in verband met financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten. In dat verband kan de AFM ook maatregelen treffen. Ik heb geen aanleiding te veronderstellen dat de Ondernemingskamer (onmiddellijke) voorzieningen zal treffen ten aanzien van een vennootschap die onder toezicht staat van de AFM, waarmee eventueel reeds getroffen maatregelen van de AFM worden geblokkeerd. Wanneer de AFM vordert dat een onderneming bepaalde informatie naar buiten brengt in verband met zuivere verhoudingen tussen marktpartijen, ligt het niet op de weg van de Ondernemingskamer om daaraan voorbij te gaan. Iets anders is dat de niet-naleving van een door de AFM opgelegde

maatregel wel mee kan wegen voor de vraag of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Overigens zou de AFM zich als belanghebbende kunnen melden in de enquêteprocedure. De voorzieningen van de Ondernemingskamer zijn – in tegenstelling tot de maatregelen van de AFM – primair van vennootschapsrechtelijke aard. Dat betekent dat er onvoldoende reden is om een hoorrecht voor de AFM te introduceren. Ik zie geen aanleiding voor een aanpassing van de voorgestelde regeling.

Artikel 357, zesde lid

De leden van de VVD-fractie vragen artikel 2:357 lid 6 te wijzigen, zodat ook bij onmiddellijke voorziening aangestelde functionarissen worden gedekt.

Artikel 2:357 lid 6 BW houdt in dat de Ondernemingskamer kan bepalen dat de rechtspersoon de redelijke en in redelijkheid gemaakt kosten van verweer betaalt die een tijdelijk door de Ondernemingskamer aangestelde bestuurder, commissaris of beheerder van aandelen maakt terzake de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling. Verduidelijkt kan worden dat deze regel ook geldt indien een tijdelijke benoeming plaatsvindt als onmiddellijke voorziening. Ik zal bij nota van wijziging een verwijzing naar artikel 2:357 lid 6 BW opnemen in artikel 2:349a BW.

Deze leden vragen of de vennootschap haar door de Ondernemingskamer aangestelde functionarissen aansprakelijk kan stellen en of de Ondernemingskamer decharge kan verlenen aan iemand die zichzelf heeft aangesteld.

De Ondernemingskamer kan na de vaststelling van wanbeleid onder meer tijdelijk een of meer bestuurders of commissarissen aanstellen (artikel 2:356 BW). Wanneer een tijdelijke bestuurder of commissaris zijn taak onbehoorlijk vervult, kan de vennootschap waar hij is aangesteld schade leiden. In dat geval zou de vennootschap hem aansprakelijk kunnen stellen (vgl. artikel 2:9, 149, 259 BW). Ik meen dat decharge op basis van de bestaande wetgeving kan worden verleend door degene die de schade leidt, derhalve de vennootschap.

ARTIKEL II

De leden van de PvdA-fractie vragen of de evaluatie over drie jaar betrekking heeft op het onderhavige wetsvoorstel of op de artikelen 2:344–359 BW.

De evaluatie betreft alle wijzigingen die met dit wetsvoorstel tot stand komen.

ARTIKEL III

De leden van de VVD-fractie vragen in verband met de overgangsregeling of het beter is het wetsvoorstel onmiddellijke werking toe kennen ten aanzien van:

- de criteria voor de aansprakelijkheid van een onderzoeker;
- de regeling voor een vergoeding van de onderzoeker en door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen (artikel 2:351 lid 5 en 350 lid 2);
- de kosten van verweer voor enquêteprocedures (artikel 2:357 lid 6);
- het informeren van de AFM in lopende enquêteprocedures;
- het kunnen/moeten benoemen van een raadsheercommissaris in een lopende procedure.

Een belangrijk argument voor de beperking van aansprakelijkheid van de onderzoekers is dat onder de huidige regeling het aansprakelijk stellen van onderzoekers of het daarmee dreigen te zeer strategisch gebruikt zou

kunnen worden. Dit kan de aanvaarding van een benoeming tot onderzoeker onaantrekkelijk maken. Ook wanneer de onderzoeker uiteindelijk niet aansprakelijk blijkt te zijn, komen de kosten van verweer immers ten laste van zijn privé-vermogen. Dit wetsvoorstel voorziet erin dat de onderzoekers voortaan nog slechts aansprakelijk zijn wanneer zij opzettelijk onbehoorlijk hebben gehandeld dan wel met kennelijk grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Indien aan de nieuwe criteria voor aansprakelijkheid van de onderzoeker onmiddellijke werking zou worden toegekend, zou dat tot gevolg hebben dat deze criteria ook van toepassing zijn op onderzoekers die al benoemd zijn, op onderzoekers die al een aanvang hebben gemaakt met het onderzoek en zelfs op onderzoekers die hun taken al (bijna) hebben afgerond. Het argument dat de beperking van de aansprakelijkheid leidt tot minder problemen met het vinden van onderzoekers speelt in dat geval geen rol meer; de onderzoekers zijn immers al gevonden. Vervolgens hebben zij hun benoeming aanvaard onder de thans geldende voorwaarden. Wanneer de nieuwe regels van aansprakelijkheid onmiddellijke werking zouden krijgen, zou dat inhouden dat de regels van de enquêteprocedure tijdens het enquêteonderzoek veranderen. Dit is in het kader van de rechtszekerheid niet wenselijk.

Omdat het onderzoek in enquête in het belang van de rechtspersoon plaatsvindt, is voorgesteld de kosten van verweer van de onderzoeker door de rechtspersoon te laten dragen. Aan die verplichting zal de rechtspersoon in de praktijk vorm kunnen geven door een aansprakelijkheidsverzekering voor de onderzoeker te bekostigen. De Commissie Vennootschapsrecht verwachtte dat het afsluiten van een dergelijke verzekering eenvoudiger zou worden als gevolg van de in dit wetsvoorstel voorziene beperking van de aansprakelijkheid van de onderzoeker. Dit kan ik mij goed voorstellen. Het lijkt mij evenwel minder waarschijnlijk dat er gemakkelijk een verzekeraar te vinden is die bereid is risico's te verzekeren die zich hebben voorgedaan in samenhang met gebeurtenissen die in het verleden hebben plaatsgevonden. Ten aanzien van de onderzoeker en de door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen geldt bovendien dat zij hun benoeming hebben aanvaard onder de thans geldende voorwaarden. Om die reden zie ik geen aanleiding het overgangsrecht ten aanzien van de vergoeding van de onderzoeker en de door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen zo in te richten dat deze regels ook van toepassing zijn op al benoemde personen.

Ten aanzien van de vraag van deze leden of het wenselijk is dat de AFM geïnformeerd wordt in lopende enquêteprocedures wil ik het volgende opmerken. Het wetsvoorstel voorziet in een wijziging van artikel 2:348 BW die met zich brengt dat voortaan naast de De Nederlandsche Bank («DNB») ook de AFM een afschrift krijgt van een enquêteverzoek, indien de betreffende rechtspersoon aan haar toezicht is onderworpen. De informatiepositie van de AFM wordt daarmee gelijkgesteld aan die van DNB. Ten aanzien van enquêteverzoeken die al zijn ingediend op het moment dat in de dit wetsvoorstel voorziene aanpassingen in werking treden, heeft het weinig zin om de AFM nog achteraf op de hoogte te stellen dat een enquêteprocedure loopt. De AFM zal overigens normaal gesproken al over deze informatie beschikken. Dit is anders ten aanzien van de voorziene wijziging van artikel 2:353 lid 2 BW, die inhoudt dat voortaan ook de AFM een exemplaar van het onderzoeksverslag ontvangt. Ik zie geen reden waarom dit niet zou kunnen in lopende zaken. Ik meen dat dit de AFM behulpzaam kan zijn bij het uitoefenen van haar taak. Hetzelfde geldt voor de voorziene wijziging van artikel 2:358 lid 3, die inhoudt dat de AFM voortaan ook een afschrift krijgt van beschikkingen in de tweede fase. In de nota van wijziging is het overgangsrecht dan ook zodanig aangepast dat de AFM na inwerkingtreding van dit voorstel standaard een exemplaar van het onderzoeksverslag krijgt alsmede een afschrift van beschikkingen in de tweede fase.

Ten aanzien van het benoemen van een raadsheercommissaris geldt dat in de nieuwe regeling niets verandert aan het uitgangspunt dat de onderzoeker zelf verantwoordelijk is voor de wijze waarop hij het onderzoek verricht en de wijze waarop hij rapporteert over de onderzoeksresultaten. De raadsheercommissaris houdt toezicht op de procesmatige kant van het onderzoek. Indien het overgangsrecht zo gewijzigd zou worden dat ook in lopende zaken een raadsheer-commissaris moet worden benoemd, zou dat tot onrust in het onderzoek kunnen leiden in die zin dat de in een laat stadium van het onderzoek benoemde raadsheercommissaris zich zal moeten uitspreken over allerlei kwesties die zich in een eerder stadium van het onderzoek hebben voorgedaan. De voortgang van het onderzoek is daar niet bij gebaat. Om die reden acht ik het niet aangewezen het overgangsrecht zo in te richten dat ook in lopende zaken een raadsheer-commissaris moet worden benoemd.

De leden van de VVD-fractie vragen in verband met de overgangsbepaling een toelichting op het begrip «zaken» die voorafgaand aan de inwerkingtreding zijn ingediend. Zij vragen of de tweede fase van de enquêteprocedure dezelfde zaak is als de eerste fase.

De eerste en tweede fase van de enquêteprocedure moeten worden beschouwd als twee afzonderlijke procedures. Zij eindigen immers ieder met een eindbeschikking. Dat neemt niet weg dat de twee procedures zeer nauw met elkaar samenhangen. Dat blijkt als eerste uit de omstandigheid dat op grond van artikel 2:355 lid 1 BW alleen om voorzieningen in de zin van artikel 2:356 BW kan worden verzocht door de oorspronkelijke verzoekers en anderen die daar op grond van artikel 2:346 en 2:347 BW toe gerechtigd zijn en voor wie het verslag ter inzage ligt. Dat de procedure in de eerste fase en de procedure in de tweede fase zeer nauw met elkaar samenhangen blijkt ook uit de omstandigheid dat eenmaal door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorzieningen gedurende het hele geding van kracht kunnen blijven. In het geval na de nederlegging van het verslag niet op grond van artikel 2:350 lid 1 BW een verzoek om het treffen van voorzieningen wordt gedaan, moet als einde van het geding het moment worden beschouwd het moment waarop de beschikking in de eerste fase onherroepelijk wordt. In het geval wel op grond van artikel 2:355 lid 1 BW een verzoek om het treffen van voorzieningen wordt gedaan, moet als moment van het einde van het geding worden beschouwd het moment waarop de beschikking in de tweede fase onherroepelijk wordt (vgl. Ondernemingskamer 16 april 2004, JOR 2004/163 (NIBO)). Deze samenhang uit zich er bij de Ondernemingskamer in dat zaken zowel in de eerste als de tweede fase van de enquêteprocedure hetzelfde zaaknummer houden.

De vraag van de leden van de VVD-fractie of de tweede fase van de enquêteprocedure dezelfde zaak is als de eerste beantwoord ik bevestigend. In dat licht geldt dat ik het niet aangewezen acht de regels van de procedure gedurende een lopende zaak te wijzigen. De voorgestelde wijzigingen zullen dan ook slechts gelden voor nieuwe enquêtezaken dat wil zeggen voor die enquêtezaken die zijn ingeleid met een verzoek dat is ingediend na inwerkingtreding van de in dit wetsvoorstel voorziene aanpassingen. Dit brengt met zich dat op alle enquêtezaken die zijn aangevangen met een verzoek dat is ingediend voor de inwerkingtreding, de oude regels van toepassing blijven ten aanzien van de ontvanke-lijkheid. Aandeelhouders die niet aan de nieuwe vereisten van artikel 2:346 lid 1 onderdeel c BW voldoen, maar een enquêteverzoek hebben gedaan voor het inwerkingtreden van de in dit wetsvoorstel voorziene wijzigingen, blijven dus bevoegd tot het doen van een verzoek op grond van artikel 2:355 lid 1 BW. Ten aanzien van bestuurders, commissarissen en de faillissementscurator geldt dat indien het enquête-

verzoek is ingediend voordat deze wet in werking treedt, zij niet bevoegd zijn tot het verzoeken van voorzieningen op de voet van artikel 2:355 lid 1 BW.

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