

4 Het enquêterecht

Inleiding

In de vennootschappelijke verhoudingen heeft het bestuur een centrale positie: het bepaalt de strategie en dient zich daarbij te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur dient daartoe een afweging te maken van de belangen van alle bij de vennootschap betrokkenen¹. Het bestuur van de vennootschap moet voldoende speelruimte hebben en houden om goed beleid te voeren. Dat is ook in het belang van de werknemers en de aandeelhouders: de positie van alle stakeholders is immers mede afhankelijk van de ruimte die het bestuur heeft om met succes een strategie te bepalen en uit te voeren.

Vanuit deze gedachten gaat de raad in dit hoofdstuk in op de ondernemingsrechtelijke geschilbeslechting, in het bijzonder het enquêterecht². In paragraaf 4.1 geeft hij zijn visie op de enquêteprocedure. In paragraaf 4.2 bespreekt hij de toegang tot het enquêterecht. Daarmee komt hij tevens tegemoet aan het verzoek van het kabinet aan de raad aandacht te besteden aan ‘de toegang tot het enquêterecht’.

4.1 De enquêteprocedure

4.1.1 *Bestaande regeling en praktijk*

Geschillen over het beleid van de vennootschap (en daarmee over de beleidsruimte voor het bestuur) worden steeds vaker beslecht via de route van het enquêterecht. Voorafgaand aan het weergeven van zijn bevindingen schetst de raad kort enkele relevante hoofdlijnen van de huidige wettelijke regeling van het enquêterecht en de enquêteprocedure. De betreffende wettelijke bepalingen zijn opgenomen in bijlage 4.

Wettelijke regeling enquêterecht

Op schriftelijk verzoek kan de Ondernemingskamer (OK) van het Gerechtshof te Amsterdam een of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon.

De Ondernemingskamer wijst het verzoek slechts toe, wanneer blijkt van *gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen*.

Indien uit het verslag van de onderzoekers is gebleken dat er sprake is van *wanbeleid*, kan de OK een of meer van de volgende voorzieningen treffen:

1 Rapport commissie-Frijns d.d. 30 mei 2007, p. 7.

2 De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen zien geen aanleiding in het kader van de beantwoording van de adviesaanvraag in te gaan op het enquêterecht. Zij beperken zich in dit hoofdstuk tot een weergave van hun opvattingen.

- schorsing of vernietiging van een besluit van de bestuurders, van commissarissen, van de algemene vergadering of van enig ander orgaan van de rechtspersoon;
- schorsing of ontslag van een of meer bestuurders of commissarissen;
- tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen;
- tijdelijke afwijking van de door de Ondernemingskamer aangegeven bepalingen van de statuten;
- tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer;
- ontbinding van de rechtspersoon.

Sinds 1994 bepaalt de wet, conform een daartoe strekkende aanbeveling van de SER³, dat de OK in elke stand van het geding op verzoek van de indiener van een enquêteverzoek *onmiddellijke voorzieningen* kan treffen als de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek dat vereist. Voor het verkrijgen van onmiddellijke voorzieningen is noodzakelijk dat er een enquêteverzoek is ingediend.

Dit wil niet zeggen dat in alle gevallen waarin in het kader van een enquêteverzoek een onmiddellijke voorziening wordt gevraagd, ook op het enquêteverzoek zelf wordt beslist. De OK legt bij het gebruik van haar bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen de bepaling waarop die bevoegdheid berust zo uit, dat zij het mogelijk acht om op dat verzoek te beslissen onder aanhouding van de behandeling van het enquêteverzoek zelf totdat een van de partijen verzoekt om voortzetting van de behandeling van het enquêteverzoek. Blijft zo'n verzoek uit, dan besluit de OK in dergelijke gevallen, na het horen van partijen, het geding te beëindigen^a.

a Vergelijk omtrent deze praktijk de vordering van de PG bij de Hoge Raad tot cassatie in het belang der wet d.d. 17 september 2007, LJN BB3523, overweging 3.68. De Hoge Raad heeft in de hiervoor bedoelde zaak (DSM) beslist dat voorafgaand aan het treffen van een onmiddellijke voorziening in beginsel eerst moet worden beoordeeld of gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twijfelen. Van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen vóórdat een onderzoek wordt gelast, kan slechts gebruik worden gemaakt indien daartoe in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek voldoende zwaarwegende redenen bestaan. HR 14 december 2007 (LJN BB3523, overweging 3.6).

Gerechtigden tot het indienen van een enquêteverzoek

Het recht om bij de OK een verzoek in te dienen om een onderzoek naar de gang van zaken van de vennootschap is in de wettelijke regeling voorbehouden aan:

- de advocaat-generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam, om redenen van openbaar belang;
- aandeelhouders/certificaathouders die 10 procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op aandelen of certificaten tot een nominale waarde van € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen;

3 SER (1988) Advies *Wijziging enquêterecht*, publicatienr. 88/14, Den Haag, par. 4.

- vakbonden die leden hebben in de onderneming van de vennootschap, mits de vakbond tevoren de OR in de gelegenheid heeft gesteld schriftelijk van zijn gevoelen te doen blijken.
- degenen, aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend.

4.1.2 *Bevindingen van de raad*

De raad⁴ stelt vast dat het gebruik van het enquêterecht in het afgelopen decennium sterk is toegenomen.

Het enquêterecht biedt een relatief laagdrempelig instrument om een onderzoek te laten instellen naar de gang van zaken van de vennootschap. Het onderzoek kan worden toegewezen als blijkt van ‘gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen’. Bij gebleken ‘wanbeleid’ kan de OK vergaande voorzieningen treffen. In de literatuur en in het onderzoek van Van der Elst c.s. zijn recent kanttekeningen geplaatst bij de beoordeling van bestuursbeleid door de rechter. De raad heeft kennis genomen van voorstellen en aanbevelingen die in dat kader zijn gedaan⁵.

De in 1994 geopende mogelijkheid voor de OK om *in elke stand van het geding* onmiddellijke voorzieningen te treffen, heeft een hoge vlucht genomen. Weliswaar kunnen ook de rechtbanken onmiddellijke voorzieningen treffen, maar deze zijn in het algemeen niet snel bereid daartoe over te gaan. Daardoor wordt sneller een beroep gedaan op de OK om onmiddellijke voorzieningen te verkrijgen. Dat kan niet los van een enquêteverzoek. Formeel is sprake van een koppeling tussen onmiddellijke voorzieningen en enquêteverzoek, maar materieel heeft deze nauwelijks betekenis. De hierboven in het kader op p. 48 geschetste praktijk leidt bovendien in sommige gevallen tot vergaande ingrepen zonder dat voldoende is vastgesteld dat de betrokken belangen deze ingrepen rechtvaardigen.

De raad stelt verder vast dat de enquêteprocedure als verzoekschriftprocedure niet de gebruikelijke rechtswaarborgen kent die eigen zijn aan de normale civiele dagvaardingsprocedure. Voorts is de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam rechter in eerste aanleg én eerste en enige feitenrechter. Van de beschikking van de OK staat uitsluitend cassatieberoep open bij de Hoge Raad, die zich niet meer over de feiten buigt, maar uitsluitend over de vraag of de wet juist is toegepast.

4 De opvatting van de adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen is verwoord aan het slot van deze paragraaf.

5 Zie hierover Assink, B.F. (2007) *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag (binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware)*, Kluwer, Deventer. Zie ook de rapportage van C.F. van der Elst, A. de Jong en M.J.G.C. Raaijmakers over de kwetsbaarheid van Nederlandse beursvennootschappen vanuit economisch en juridisch perspectief.

De raad komt tot de volgende aanbevelingen.

Wijze van berechting van enquêtegedingen

Het enquêterecht is sinds een aantal jaren in belang toegenomen en de (financiële) belangen van partijen die in enquêteprocedures zijn betrokken zijn vaak groot. De enquêtegeschillen zijn in de loop van de tijd ook complexer geworden. Tegen die achtergrond dienen enquêtegeschillen in twee feitelijke instanties (bijvoorbeeld door een gespecialiseerde ondernemingskamer bij een van de rechtbanken en door de Ondernemingskamer bij het Hof te Amsterdam) te worden berecht. Het hoger beroep van elke beslissing ten principale dient verder in beginsel schorsende werking te hebben; dit is alleen anders, wanneer de rechter expliciet beslist dat, en zo ja: op grond van welke omstandigheden, er reden is om af te wijken van deze schorsende werking hangende het hoger beroep⁶. Dit betekent dat de rechtswaarborgen in de enquêteprocedure worden versterkt en meer op die van een gewone civiele procedure gaan lijken. De wet moet de instructie bevatten dat de appèlrechter hoger-beroepszaken met de meeste spoed en voortvarendheid behandelt, aangezien anders het hoger beroep de functie van het enquêterecht zou kunnen frustreren.

De inhoudelijke begrippen uit het enquêtegeding

Onmiddellijke voorzieningen

De bevoegdheid tot het opleggen van onmiddellijke voorzieningen moet in overeenstemming worden gebracht met de bevoegdheid van de gewone voorzieningenrechter om voorlopige voorzieningen te treffen. Artikel 2:349a BW legt nu alleen een toets aan die is gekoppeld aan “de toestand van de rechtspersoon”, maar schrijft niet tevens een afweging van de belangen van de betrokken partijen voor. Om dit aan te scherpen zou naast het huidige criterium van artikel 2:349a BW (“de toestand van de rechtspersoon”), ook het criterium van artikel 254, lid 1 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, dat van de rechter een redelijke afweging van de belangen van partijen vraagt, in artikel 2:349a BW moeten worden opgenomen. Het effect van een dergelijke aanpassing is dat bij het treffen van de onmiddellijke voorzieningen van artikel 2:349a BW meer rechtswaarborgen voor partijen worden geboden. Verder dient de rechter die in het kader van artikel 2:349a BW een verzoek om onmiddellijke voorzieningen krijgt voorgelegd, bij zijn beoordeling van de vraag of de toestand van de vennootschap een onmiddellijke voorziening rechtvaardigt, ook de hierna nader te bespreken business judgment rule in acht te nemen.

6 Hoger beroep van onmiddellijke voorzieningen heeft, zoals het wettelijk systeem in algemene zin voor korte gedingen bepaalt, dus geen schorsende werking.

Business judgment rule

Internationaal wordt de in de Verenigde Staten door de rechter ontwikkelde business judgment rule steeds meer als de standaard gezien voor de beoordeling door de rechter van ondernemingsbeleid. Bij het toepassen van de business judgment rule toetst de rechter of objectief bezien het aangevallen bestuurlijk gedrag geen rationeel zakelijk doel heeft. De wetgever dient de begrippen “gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen” en “wanbeleid” ongewijzigd te laten, maar wel expliciet – in het kader van de hiervoor aanbevolen wijzigingen van het enquêterecht – toe te lichten dat de rechter zijn toetsingsbeleid afstemt op de business judgment rule. De sterke kant van de business judgment rule is dat zij de rechter door verschillende soorten toetsen die in uiteenlopende gevallen gevolgd dienen te worden, dwingt om zijn oordeel dieper te motiveren. Dit lijkt in de Verenigde Staten tot een terughoudende beoordeling van het bestuurlijk gedrag te leiden. Hiermee wordt bereikt dat het enquêterecht meer wordt toegepast in overeenstemming met het oorspronkelijke doel.

De business judgment rule is een door rechters uit de Amerikaanse staat Delaware ontwikkelde methode van rechterlijke toetsing van het beleid van het bestuur. Zij is een instructienorm voor de rechter en wordt daar voornamelijk gehanteerd bij de berechting van gevallen waarin de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders aan de orde is. Het leerstuk van de business judgment rule is in vele honderden rechterlijke uitspraken ontwikkeld^a. De kern van de business judgment rule komt – los van allerlei processuele en bewijsrechtelijke complicaties die de regel oproept^b – op het volgende neer: bij het beoordelen van een bestuurlijk gedrag gaat de Amerikaanse rechter na of objectief bezien het aangevallen bestuurlijk gedrag geen rationeel zakelijk doel heeft. Blijkt dat wel het geval, dan is de bestuurder niet aansprakelijk. Deze toets is zeer terughoudend. Wel is er op die terughoudende toets een aantal uitzonderingen aanvaard. Zo wordt, als blijkt dat het bestuur zijn beleid niet zorgvuldig heeft voorbereid, het bestuursbeleid vol op ‘entire fairness’ getoetst.

- a Het meest bekende Amerikaanse handboek over de business judgment rule beslaat meer dan 2500 pagina's. In Nederland verscheen in september 2007 een proefschrift over de business judgment rule dat meer dan 700 pagina's telt. Zie: Assink, B.F. (2007) *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag (binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware)*, Deventer, Kluwer.
- b Deze zijn in de context van het Nederlandse enquêterecht niet relevant, omdat de feiten uit het onderzoeksverslag blijken.

De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen, zien geen aanleiding het enquêterecht in het kader van de beantwoording van de adviesaanvraag aan de orde te stellen⁷. Zij achten het ongewenst dat anno 2008 een herformulering zou plaatsvinden van het enquêterecht. Het Nederlandse enquêterecht functioneert in principe goed, waarbij de Ondernemingskamer in de literatuur als innovator van het Neder-

7 Zie ook de zienswijze van de adviserende leden aan het slot van par. 2.3.

landse vennootschapsrecht wordt aangemerkt⁸, die zich kenmerkt door snelheid, creativiteit, flexibiliteit, bereikbaarheid en besluitvaardigheid⁹. De adviserende leden zien daarom weinig in een grondige herziening van het enquêterecht. Een eventuele aanpassing van het enquêterecht (o.a. wijze van berechting en inhoudelijke toetsing) dient daarom pas aan de orde te zijn na een grondige evaluatie van de toepassing van dit instrument. Hierbij dient te worden aangetoond dat ten gevolge van de toepassing van het enquêterecht bestuurders van beursvennootschappen onvoldoende ruimte hebben om hun taken naar behoren te vervullen.

Wel zijn de adviserende leden het met de raad eens dat rechterlijke uitspraken goed gemotiveerd dienen te worden en dat er voldoende waarborgen dienen te zijn binnen de rechterlijke macht. De uitwerking van het enquêterecht wordt echter niet gedeeld door de adviserende leden. Bovendien worden de rechten van zowel aandeelhouders als ook de werknemers door deze voorstellen naar de mening van de adviserende leden ernstig ingeperkt. De adviserende leden hebben belangrijke bezwaren bij de wens tot invoering van de zogenoemde business judgment rule. In de eerste plaats past deze business judgment rule niet in de Europese context, waarbij getracht wordt een machtsevenwicht binnen de vennootschap te bewerkstelligen door verdeling van bevoegdheden tussen bestuur, raad van commissarissen en aandeelhouders. Dit is anders in de Verenigde Staten waar bestuurders belangrijke bevoegdheden hebben en aandeelhouders het handelen van bestuurders slechts ter discussie kunnen stellen door middel van juridische procedures. In de tweede plaats werkt deze business judgment rule in de Verenigde Staten als een beschermingsconstructie en beperkt hij de mogelijkheden van aandeelhouders om effectief op te treden tegen mismanagement. De adviserende leden zouden het daarom zeer ongewenst vinden als een dergelijke regel in Nederland wordt geïmporteerd. Bovendien zijn de adviserende leden niet voor het overnemen van slechts één aspect van corporate governance in de VS, zonder te kijken naar het geheel.

Het enquêterecht is naar zijn strekking niet beperkt tot structurele misstanden en de redressering daarvan. Het gaat om gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid, om een onderzoek naar wanbeleid (handelen in strijd met de beginselen van verantwoord ondernemerschap) en om het treffen van maatregelen (onmiddellijke voorzieningen) indien de situatie dat vergt. Deze formuleringen maken al duidelijk dat er geen sprake is van strikte, absolute normen¹⁰. De adviserende leden delen niet de visie dat er sprake is van een verregaande ontkoppeling van het enquêteverzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen en (in sommige gevallen) van vergaande ingrepen zonder dat voldoende zou zijn vastgesteld dat de betrokken belangen tot deze ingrepen nopen. Het moet immers gaan om *gegronde redenen* om aan een juist beleid te twijfelen, waarbij

8 Timmerman, L. (2002) Kroniek van het vennootschapsrecht, *Nederlands Juristenblad*, 2002-77 (31), pp. 1541-1546.

9 Josephus Jitta, M.W. (2004) Enkele gedachten over het formele enquêterecht; is het efficiënt wanneer de dienstmaagd moeder wordt? in: *Het recht van enquête onderzocht*, Preadvisie Vereniging Handelsrecht 2004, pp. 1-42, Deventer.

10 In de Verto-zaak bijvoorbeeld werd het niet doen van due diligence-onderzoek bij de acquisitie van De Regt niet als wanbeleid gekwalificeerd.

het om een zware toets gaat. De mogelijkheid van onmiddellijke voorzieningen biedt partijen bovendien snel zekerheid en de nodige flexibiliteit die van de rechter ook verwacht wordt. Aangezien er geen rechtstreeks verband is aangetoond tussen de toepassing van het enquêterecht en het gebrek aan ruimte voor bestuurders om hun taken uit te oefenen, zien de adviserende leden geen reden om de toetsingsgronden van het enquêterecht te verzwaren.

4.2 De toegang tot het enquêterecht

4.2.1 De adviesaanvraag

In de adviesaanvraag verzoekt het kabinet de SER aandacht te schenken aan *de toegang tot het enquêterecht in het kader van de versterking van de positie van werknemers*.

4.2.2 Bevindingen van de raad

De raad¹¹ heeft in paragraaf 4.1 aanbevelingen gedaan voor een door hem wenselijk geachte verbeterde wettelijke regeling voor ondernemingsrechtelijke geschillen. Hij neemt hierna een overeenkomstig zijn voorstel aangepaste enquêteprocedure als uitgangspunt voor zijn aanbevelingen. Bij het verzoek van het kabinet “aandacht te schenken aan de toegang tot het enquêterecht in het kader van de versterking van de positie van werknemers”, merkt hij verder het volgende op.

Het recht om bij de OK een verzoek in te dienen om een onderzoek naar de gang van zaken van de vennootschap is in de huidige wettelijke regeling voorbehouden aan:

- de advocaat-generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam, om redenen van openbaar belang;
- aandeelhouders/certificaathouders die ten minste 10 procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op aandelen of certificaten ad € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen;
- vakbonden die leden hebben in de onderneming van de vennootschap, mits de vakbond tevoren de OR in de gelegenheid heeft gesteld schriftelijk van zijn gevoelen te doen blijken;
- degenen, aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend.

Een vakbond is niet ontvankelijk, indien zij niet tevoren de OR die verbonden is aan een onderneming die de vennootschap in stand houdt, in de gelegenheid heeft gesteld schriftelijk van zijn gevoelen te doen blijken.

11 Zoals eerder aangegeven worden die aanbevelingen niet gedeeld door de adviserende leden. Zie voor hun opvattingen over de toegang tot het enquêterecht het slot van deze paragraaf.

In tegenstelling tot de vakbonden heeft de OR niet het recht om een enquête te verzoeken (tenzij dit recht hem bij de statuten of bij overeenkomst is toegekend). Evenmin komt het recht om een enquête te verzoeken toe aan de vennootschap zelf. De raad komt tot de volgende bevindingen.

– 1. *Recht van vakbonden een enquête te verzoeken op topholding-niveau*

Een vakbond kan volgens de wet uitsluitend een verzoek om een enquête doen, indien hij in de onderneming van de rechtspersoon werkzame personen onder zijn leden telt en ten minste twee jaar volledige rechtsbevoegdheid bezit, mits hij krachtens zijn statuten ten doel heeft de belangen van zijn leden als werknemers te behartigen en als zodanig in de bedrijfstak of onderneming werkzaam is (artikel 2:347 BW). Dit is veelal wel het geval op het niveau van de werkmaatschappijen, maar hoeft niet het geval te zijn op het niveau van de beursgenoteerde naamloze vennootschap.

De wet bevat geen regeling voor een recht van vakbonden met leden bij een dochter om een enquête te vragen op het niveau van de beursgenoteerde naamloze vennootschap. Onder omstandigheden kent de rechter aan vakbonden die geen leden hebben bij de moeder maar wel bij dochtermaatschappijen, het recht toe een enquêteverzoek te doen ten aanzien van de gang van zaken van de moeder. Onder het huidige recht zijn de omstandigheden van het geval bepalend voor de vraag of een enquête van vakbonden op holdingniveau mogelijk is¹². Deze omstandigheden zijn, kort gezegd, het medeondernemerschap van de moeder ten opzichte van de dochter.

Over de wenselijkheid om aan een vakbond een additioneel recht van enquête toe te kennen ten aanzien van de gang van zaken bij een naamloze of besloten vennootschap die aan het hoofd staat van een concern (de ‘moeder’) als die vakbond bij de moeder geen leden heeft, bestaat binnen de raad verschil van mening.

Een deel van de raad¹³ acht het met het oog op de rechtszekerheid wenselijk dat de wet over de bevoegdheid van vakbonden op dit punt meer duidelijkheid biedt. De wet zou erin moeten voorzien dat een vakbond met leden onder de werknemers van een dochtervennootschap een enquête kan verzoeken ten aanzien van het beleid en de gang van zaken van de moedervenootschap, ook als hij bij deze vennootschap geen leden heeft, mits ten minste 25 procent van het totale aantal werknemers van de moeder en de dochters tezamen in Nederland werkzaam is. De vakbond zal daarnaast uiteraard moeten voldoen aan de overige bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvereisten als neergelegd in de artikelen 2:347 en 2:349, lid 2 BW. De voorgestelde regel zou onverlet moeten laten dat een vakbond zonder leden bij de moedervenootschap ingeval de drempel van 25 procent

12 De huidige rechtssituatie berust mede op het door de SER op 17 november 1989 uitgebrachte advies *Aanvullend advies wijziging enquêterecht* (89/21). Zie voor kernoverwegingen uit dat advies bijlage 6.

13 De werknemersleden en de kroonleden Brouwer, Goudswaard, Van der Heijden, Vliegthart en Wilke.

niet wordt gehaald niettemin op grond van de in de rechtspraak ontwikkelde criteria bevoegd kan zijn een enquêteverzoek ten aanzien van de moedervenootschap te doen.

Een ander deel van de raad¹⁴ is van mening dat de bestaande regeling van het enquête-recht afdoende mogelijkheden biedt om met het oog op de belangen van Nederlandse werk-nemers onderzoek te laten instellen naar bestuursbesluiten op internationaal concern-niveau die gevolgen hebben voor de Nederlandse werknemers. Van een lacune in het wettelijk systeem is geen sprake. Zowel door de wetgever (zie bijlage 6) als in de jurisprudentie is onderkend dat in geval van bestuursbesluiten op het niveau van de moeder met gevolgen voor de werknemers van de dochter, door de vakbonden een enquêteprocedure bij de moeder kan worden ingesteld, ook al heeft de vakbond geen leden bij de moeder. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit de recente beschikking van de OK in de PCM-zaak¹⁵. Daarnaast kan de advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam steeds om redenen van openbaar belang een enquêteverzoek doen. Ook deze bevoegdheid wordt in de praktijk ruim uitgelegd¹⁶.

De door het voorgaande deel van de raad voorgestelde nadere wettelijke regeling voor een enquête-recht voor vakbonden op internationaal concernniveau heeft daarnaast de volgende bezwaren. Een vakbond zou door toekenning van dat recht onder meer de bevoegdheid krijgen om een enquête te vragen over besluiten op internationaal-holdingniveau die geen gevolgen hebben voor de Nederlandse situatie. Bovendien zou een vakbond met dit voorstel de bevoegdheid krijgen tot een verzoek om een enquête in gevallen waarbij geen sprake is van enige relevante representatie van de vakbond in het internationale concern(deel) waarop het enquêteverzoek betrekking heeft¹⁷. Deze uitbreidingen van de toegang voor vakbonden tot het enquête-recht passen niet bij de door de raad onderschreven uitgangspunten van territorialiteit en legitimiteit en zullen derhalve negatieve gevolgen hebben voor de aantrekkelijkheid van het Nederlandse vestigingsklimaat.

-
- 14 De ondernemersleden en de kroonleden Bovens, Van Duyne, Linschoten en Teulings. Het kroonlid Rinnooy Kan onthoudt zich van stemming.
- 15 Beschikking van 10 januari 2008, LJN BC1657, overwegingen 3.29 en 3.30. De OK oordeelde dat een vakbond voldoende belang heeft bij een enquêteverzoek als dat verzoek ziet op de bedrijfsvoering van (de vennootschap waarin de door de bonden vertegenwoordigde werknemers werkzaam zijn) en de continuïteit daarvan. Ten aanzien van het verweer dat de vakbond in ieder geval niet ontvangen zou moeten worden in het tegen PCM holding gerichte verzoek, omdat daar geen leden van de verzoekende vakbond werkzaam zijn, overweegt de OK: “dat een werknemersorganisatie bevoegd is een onderzoek uit te lokken bij concernvennootschappen van de rechtspersoon in wier ondernemingen personen werkzaam zijn die bij haar als lid zijn aangesloten, zeker nu, zoals uit het vorenstaande blijkt, mede de positionering van holding in de in geding zijnde gebeurtenissen aanleiding geven tot de gerezen twijfel omtrent een juist beleid”.
- 16 Zie paragraaf 2.2.1, voetnoot 6.
- 17 Een vakbond met slechts één lid in een concern waarvan ten minste 25 procent van de werknemers in Nederland werkzaam is, zou in die opzet een enquêteverzoek kunnen indienen.

– 2. *Enquêterecht voor de OR?*

De vraag of aan de OR het enquêterecht zou moeten worden toegekend is aan de orde geweest in het SER-advies over *Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden* uit 2003 (03/12). De raad was hierover verdeeld. De verdeelde standpunten van destijds zijn weer gegeven in bijlage 5 bij dit advies.

– 3. *Enquêterecht voor de vennootschap zelf*

Het kabinet vraagt de raad aandacht te schenken aan “de toegang tot het enquêterecht in het kader van de versterking van de positie van werknemers”. De adviesvraag is niet beperkt tot de toegang tot het enquêterecht voor werknemers/vakbonden/de OR zelf. Het is wenselijk dat ook de vennootschap zelf kan verzoeken om een onderzoek naar de gang van zaken van de vennootschap¹⁸. Ook voor een enquêteverzoek van de vennootschap geldt dat het verzoek slechts wordt toegewezen wanneer blijkt van ‘gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen’ en dat de rechter in de tweede fase van de procedure toetst of sprake is van ‘wanbeleid’. De in paragraaf 4.1 genoemde afstemming van het toetsingsbeleid op de business judgment rule kan bij een enquêteverzoek van de vennootschap niet onverkort gelden.

– 4. *Enquêterecht voor aandeelhouders*

Volgens de huidige wettelijke regeling komt het recht de OK om een enquête te verzoeken toe aan aandeelhouders/certificaathouders die ten minste 10 procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op aandelen of certificaten tot een nominale waarde van € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen.

Door de naast het vereiste van 10 procent van het geplaatste kapitaal als alternatief opgenomen eis van bezit van € 225.000 aan nominaal kapitaal, heeft het relatieve criterium van 10 procent van het geplaatste kapitaal inmiddels nog slechts betekenis voor kleine ondernemingen, met een aandelenkapitaal van minder dan € 2,25 miljoen. Voor alle andere ondernemingen, tot en met de grootste, geldt feitelijk het vaste drempelbedrag dat nooit aan de economische groei en inflatie is aangepast. Daardoor kan thans een relatief gering aandelenbezit reeds toegang geven tot het enquêterecht.

Naar het oordeel van de raad ligt het in de rede op dit punt aansluiting te zoeken bij de drempel voor het agenderingsrecht voor aandeelhouders. Deze ligt nu op 1 procent van het geplaatste kapitaal. De raad stelt voor de drempel van 1 procent van het geplaatste kapitaal ook te laten gelden voor het enquêterecht van aandeelhouders. Door de voorwaarde van 1 procent van het geplaatste kapitaal te laten ingaan bij een aandelenkapitaal van meer dan € 22,5 miljoen blijft bij kleinere ondernemingen de huidige regeling van de toegang tot het enquêterecht ongewijzigd van kracht.

De commissie-Frijns heeft in haar advies van 30 mei 2007 aan het kabinet aanbevolen de drempel voor het agenderingsrecht te verhogen naar 3 procent van het geplaatste kapi-

18 Binnen concernverband dient alleen de moeder zelf te kunnen besluiten tot een enquêteverzoek ten aanzien van haarzelf of een dochter.

taal. Indien het kabinet besluit een wetsvoorstel in te dienen tot verhoging van de huidige drempel voor het agenderingsrecht, is er aanleiding om ook de bovengenoemde 1-procentsdrempel voor het enquêterecht te heroverwegen. In die afweging zou het totaal van de waarborgen voor een goede corporate governance moeten worden betrokken.

De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen merken het volgende op. Volgens de huidige wettelijke regeling komt het recht de OK om een enquête te verzoeken toe aan aandeelhouders en certificaathouders die ten minste 10 procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op aandelen of certificaten tot een nominale waarde van € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen. Deze criteria gelden sinds 1970, toen op aanbeveling van de commissie-Verdam en na advies van de SER het in 1929 ingevoerde enquêterecht werd gewijzigd. Tussen 1929 en 1970 kon een enquêteverzoek worden gedaan door aandeelhouders en certificaathouders die ten minste een vijfde van het geplaatste kapitaal uitmaakten. De commissie-Verdam vond deze eis te zwaar: “Vooral bij grote vennootschappen, waarvan de aandelen aan toonder luiden en het aandelenbezit zeer gespreid is, zal het immers moeilijk, en in verschillende gevallen praktisch onmogelijk, zijn het door de wet gestelde minimum bijeen te krijgen. Daarom is er naar de mening van de raad reden toe het gestelde minimum te halveren en daarnaast een absoluut minimum van f 500.000 te stellen, dit laatste met het oog op de grote naamloze vennootschappen”¹⁹. De toenmalige minister van Justitie was met betrekking tot dit laatste criterium in dit verband van opvatting dat “dit criterium enigermate willekeurig is, maar het verhindert in elk geval dat [bij grote naamloze vennootschappen] het enquêterecht praktisch illusoir zou worden”²⁰. De SER kon hier in zijn advies uit 1967 mee instemmen. De stijging van de marktkapitalisatie van de beursgenoteerde vennootschappen kan aanleiding zijn om de criteria uit 1970 te heroverwegen. Het criterium van 10 procent van het geplaatste kapitaal blijkt voor veel vennootschappen te hoog te zijn (voor een aantal grote beursgenoteerde vennootschappen betekent dit dat miljarden moeten zijn geïnvesteerd voordat een enquêteverzoek kan worden ingediend), terwijl het criterium van – nu – € 225.000 nominaal aandelenkapitaal weinig zegt over de daadwerkelijke investering van een belegger in de betreffende beursgenoteerde vennootschap. Bij het formuleren van een eventuele nieuwe drempel blijven de achterliggende overwegingen van de wijziging van het enquêterecht in 1970 onverminderd gelden; namelijk dat het enquêterecht juist ook is bedoeld voor de bescherming van de positie van minderheidsaandeelhouders bij de grote beursgenoteerde vennootschappen. De adviserende leden vinden een drempel van 1 procent voor beursgenoteerde vennootschappen een evenwichtige oplossing, met daarbij de vervanging van het ‘nominale waarde’-criterium door een ‘marktwaarde’-criterium, waarbij de adviserende leden denken aan een bedrag van € 20 miljoen (beurswaarde op het moment van indienen van een verzoekschrift en op het moment van het indienen van

19 Kamerstukken II 1967/68, 9596, nr. 3, p. 5.

20 Kamerstukken II 1967/68, 9596, nr. 3, p. 10.

het verzoek tot vaststellen van wanbeleid). De adviserende leden verwerpen een koppeling met het agenderingsrecht. Het agenderingsrecht ziet toe op het feit dat een aandeelhouder met een bepaald belang een punt op de agenda kan zetten, waarna de aandeelhoudersvergadering met een meerderheid nog moet instemmen met het voorstel van die aandeelhouder. Dit in tegenstelling met het enquêterecht, dat juist tot doel heeft om mede ten behoeve van minderheidsaandeelhouders inzicht te geven in de gang van zaken bij een onderneming en bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk wanbeleid. Als er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid zouden er lage drempels moeten gelden om dit bij de rechter aanhangig te maken, teneinde een enquête te verzoeken. De adviserende leden zijn van mening dat een wijziging van de drempel om een enquêteverzoek in te stellen alleen dan acceptabel is, als niet tevens de toelatingsvoorwaarden van het enquêterecht en de toetsing worden verzwaard door onder andere de introductie van de business judgment rule.

Het onderwerp 'enquêterecht voor de vennootschap zelf' valt buiten de adviesaanvraag van het kabinet en het versterkt de positie van werknemers niet, aangezien deze al zelf om een enquête kunnen verzoeken. De adviserende leden zijn op voorhand niet tegen een enquêterecht voor de vennootschap zelf. In ieder geval zou bij de uitwerking voldoende aandacht moeten worden geschonken aan de formulering van de criteria waarop het bestuur een verzoek mag indienen tot het instellen van een enquête naar de gang van zaken van de vennootschap en het gedrag van organen van de vennootschap die de gang van zaken (kunnen) beïnvloeden. Misbruik van deze bevoegdheid door het bestuur dient te worden voorkomen. Tot slot merken zij bij het enquêterecht op dat de toegang voor minderheidsaandeelhouders niet buitenproportioneel mag worden belemmerd en dat de financiering van toegewezen onderzoeken door de rechter adequaat wordt geregeld.

Afronding

De raad beveelt aan een overeenkomstig zijn aanbevelingen in paragraaf 4.1.2 en 4.2.2 geïntroduceerde wijziging van het enquêterecht drie jaar na de inwerkingtreding van een wettelijke regeling daarover te evalueren. Hij gaat ervan uit dat de evaluatie ter kennis wordt gebracht van de SER opdat deze kan overwegen of hij zich daarover zal uitspreken.