

Modernisering van het enquêterecht

Mr. J. S. Polderman *

Inleiding

Op 29 oktober 2009 is door de minister van Justitie het conceptwetsvoorstel houdende de wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in verband met de aanpassing van het recht van enquête voor consultatie openbaar gemaakt.¹ Het conceptwetsvoorstel vormt de uitkomst van een evaluatie van het enquêterecht, die door de minister werd aangekondigd bij brief van 12 november 2007.²

In het kader van deze evaluatie heeft er een aantal rondetafelgesprekken plaatsgevonden met vertegenwoordigers van het bedrijfsleven, de advocatuur, de rechterlijke macht en de wetenschap. Voorts is met instemming van de minister een empirisch onderzoek verricht naar uitspraken in enquêteprocedures. De resultaten van dit onderzoek, dat is verricht onder verantwoordelijkheid van het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen en de Erasmus Universiteit Rotterdam, zijn op 2 maart 2009 aangeboden aan de Tweede Kamer.³ Naast de resultaten van de rondetafelgesprekken en het empirisch onderzoek zijn ook de adviezen van de SER over het enquêterecht uit het rapport 'Evenwichtig ondernemingsbestuur' van 15 februari 2008 betrokken bij de gedachtevorming over eventuele wijzigingen van het enquêterecht.

De evaluatie van het enquêterecht leidde tot de conclusie dat er geen fundamentele problemen zijn met het huidige systeem die een ingrijpende wijziging noodzakelijk maken, maar dat het enquêterecht op onderdelen verbetering behoeft.⁴ Het conceptwetsvoorstel bevat de volgende wijzigingen:

- De criteria voor toegang van aandeelhouders en certificaathouders van NV's en BV's tot de enquêteprocedure worden aangepast.
- De rechtspersoon zelf krijgt het recht om een enquêteprocedure te verzoeken.
- De plicht van de Ondernemingskamer om de betrokken belangen af te wegen voor de toewijzing van onmiddellijke voorzieningen wordt in de wet vastgelegd.
- De Ondernemingskamer moet binnen een redelijke termijn beslissen over een enquêteverzoek nadat de onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen.
- De onderzoekers dienen de in hun onderzoeksverslag genoemde personen in de gelegenheid te stellen om opmer-

kingen te maken over wezenlijke bevindingen ten aanzien van deze personen.

- Het aansprakelijkheidsrisico van de onderzoekers en tijdelijk aangestelde bestuurders en commissarissen wordt beperkt.
- De positie van de AFM in de enquêteprocedure wordt gelijkgetrokken met die van DNB.

In deze bijdrage zal ik nader ingaan op de voorstelde wijzigingen uit het conceptwetsvoorstel.

Voorgestelde aanpassingen ten aanzien van de huidige kring van enquêtegerechtigden

De minister heeft gezien of er aanleiding is de regeling over de enquêtegerechtigden in Boek 2 BW aan te passen. De bestaande regeling ten aanzien van de leden van een vereniging, een coöperatie en een onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:346 sub a BW) voldoet en er zijn geen aanpassingen nodig.⁵ De minister neemt hetzelfde standpunt in over de gerechtigden op grond van de statuten of overeenkomst met de rechtspersoon (art. 2:346 sub c BW),⁶ de advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam (art. 2:345 lid 2 BW)⁷ en de vereniging van werknemers (art. 2:347 BW).⁸

Ten aanzien van de enquêtegerechtigden bij een BV of NV ziet de minister van Justitie wel aanleiding de huidige regeling aan te scherpen;⁹ de bestaande regeling garandeert onvoldoende dat de aandeelhouders en certificaathouders van grote vennootschappen een voldoende substantieel belang in de vennootschap vertegenwoordigen om een enquêteverzoek te rechtvaardigen.

Thans zijn bevoegd tot het entameren van een enquêteprocedure aandeel- en certificaathouders, die alleen of gezamenlijk ten minste een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbende zijn op een bedrag van aandelen of certificaten daarvan tot een nominale waarde van EUR 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen (art. 2:346 sub b BW).

In de praktijk blijkt dat de 10%-grens slechts betekenis heeft voor relatief kleine ondernemingen. Voor kapitaalverschaffers van grote (beurs)vennootschappen is deze grens nauwelijks haalbaar. Voor kapitaalverschaffers van deze laatste categorie is het dan ook eenvoudiger een beroep te doen op het alternatieve cri-

* Mr. J.S. Polderman is advocaat bij NautaDutilh.

1. www.justitie.nl/actueel/persberichten/archief-2009/91029enquete-recht-verandert-voor-aandeelhouder-van-grote-nv-en-bv.aspx.
2. Kamerstukken II 2007/08, 29 752, nr. 5.
3. Kamerstukken II 2008/09, 29 752, nr. 8.
4. Zie de concepttoelichting bij het conceptwetsvoorstel, p. 3.

5. Concepttoelichting, p. 5.

6. Concepttoelichting, p. 7.

7. Concepttoelichting, p. 7.

8. Concepttoelichting, p. 7-9.

9. Concepttoelichting, p. 5, 6 en 27-29.

terium, dat de nominale waarde van hun aandelen of certificaten ten minste EUR 225.000 bedraagt. Deze grens houdt echter geen rekening met de economische groei en inflatie in het verleden. Sinds 1971 is de kapitaalgrens niet meer aangepast, op de omzetting in euro's na. Een relatief klein nominaal belang geeft derhalve toegang tot het enquêterecht.

In het conceptwetsvoorstel wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds vennootschappen met een geplaatst kapitaal van maximaal EUR 22,5 miljoen en anderzijds vennootschappen met een groter geplaatst kapitaal. Voor de eerste categorie, 'kleine' vennootschappen, verandert de bestaande regeling inhoudelijk niet (art. 2:346 onderdeel b BW). Voor de tweede categorie vennootschappen worden de eisen aangescherpt (art. 2:346 onderdeel c BW). Enquêteregchtigden zijn aandeelhouders en certificaathouders die ten minste 1% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen van een vennootschap waarvan het geplaatste kapitaal nominaal meer dan EUR 22,5 miljoen bedraagt. Indien zij de 1%-grens niet halen, kunnen zij zich toch tot de Ondernemingskamer wenden wanneer hun belang een beurswaarde van ten minste EUR 20 miljoen vertegenwoordigt.

Overigens is van de gelegenheid gebruikgemaakt om in onderdeel b en c te verduidelijken, aldus de minister, dat uitsluitend de houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, worden meegeteld voor de ontvankelijkheidsgrens. Dat is echter geen verduidelijking van een al bestaande praktijk, maar een nieuw element. De huidige wettekst spreekt niet van 'houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten' omdat een voorstel van regeringswege om bij de Invoeringswet Boek 2 BW een dergelijke beperkende formulering in te voeren, door een amendement werd ontkracht.¹⁰ De toevoeging vormt ook een breuk met de huidige stand van de jurisprudentie dat economisch gerechtigden tot certificaten van aandelen niet zonder meer van de enquêtebevoegdheid zijn uitgesloten.¹¹

Uit de toelichting valt ook op te maken dat voor beide categorieën vennootschappen geldt dat in de statuten kan worden bepaald dat ook aandeelhouders en certificaathouders die een kleiner belang vertegenwoordigen, een enquêteprocedure kunnen verzoeken. In het conceptwetsvoorstel is dat echter alleen terug te vinden in onderdeel b van artikel 2:346 BW. Het conceptwetsvoorstel behoeft dan ook aanpassing op dit punt.

In het conceptwetsvoorstel wordt, om uit te drukken dat het gaat om beursvennootschappen, in artikel 2:346 sub c BW verwezen naar het begrip 'markt in financiële instrumenten als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht'. In het huidige artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) is echter geen definitie van 'markt in financiële instru-

menten' meer opgenomen, in verband met de implementatie van de MiFID.¹² De zinsnede in artikel 2:346 sub c BW van het conceptwetsvoorstel luidende 'indien de aandelen of certificaten zijn toegelaten tot de handel op een markt in financiële instrumenten als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht' zou dan ook vervangen moeten worden door de zinsnede:

'indien de aandelen of certificaten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of een met een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is'.

'Gereguleerde markt' en 'multilaterale handelsfaciliteit' zijn wel gedefinieerde termen in artikel 1:1 van de Wft. De toevoeging 'met een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is' is noodzakelijk, omdat anders bijvoorbeeld NV's waarvan aandelen op de New York Stock Exchange zijn genoteerd, buiten het toepassingsbereik van dit artikel vallen. Een dergelijke wijziging zou ook in overeenstemming zijn met de wijziging van artikel 2:114a BW (betreffende het agenderingsrecht van aandeelhouders) naar aanleiding van de implementatie van de MiFID.

Voorgestelde uitbreiding van de kring van enquêtegerechtigden

De minister stond ook voor de vraag of de huidige kring van enquêtegerechtigden in Boek 2 BW uitbreiding behoeft met andere belanghebbenden bij een rechtspersoon. De minister constateert dat er drie potentiële kandidaten zijn: de ondernemingsraad, belangenbehartigers in de zin van artikel 3:305a BW en de rechtspersoon zelf. Alleen ten aanzien van deze laatste categorie constateert de minister dat toekenning van het recht om een enquête te verzoeken op zijn plaats is.¹³

Onder huidig recht is het voor de rechtspersoon niet mogelijk een enquête te verzoeken naar het beleid en de gang van zaken bij zichzelf. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat daartoe geen grondslag bestaat.¹⁴ De rechtspersoon kan wel een belang hebben bij het indienen van een enquêteverzoek. Bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een patstelling in de aandeelhoudersvergadering die aan besluitvorming in de weg staat, of wanneer er een patstelling is tussen het bestuur en de algemene vergadering. Of wanneer er behoefte is aan een oordeel over het gedrag van een vorig bestuur.

10. Asser/Maeijer/Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 738.

11. Zie in het bijzonder HR 6 juni 2003, NJ 2003, 486 (Scheipar), Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, JOR 2009, 129 en Hof Amsterdam (OK) 5 november 2009, LJN 200.039-311 OK.

12. Richtlijn nr. 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen nr. 85/611/EG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn nr. 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad (PbEU L 145).

13. Concepttoelichting, p. 13-16 en 29-31.

14. HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225 (De Vries Robbé).

In het conceptwetsvoorstel wordt in artikel 2:346 BW een nieuw onderdeel (d) ingevoegd met als strekking dat elke rechtspersoon die onderwerp kan zijn van een enquête, ook bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek bij de rechtspersoon zelf. Het verzoekschrift moet worden ingediend door een vertegenwoordiger van de rechtspersoon, het bestuur of, afhankelijk van de statuten, een individuele bestuurder.

Uitsluitend het gedrag van een orgaan van de rechtspersoon kan een enquête rechtvaardigen, derhalve gedrag van een (vorig) bestuur of – afhankelijk van de rechtsvorm en statutaire inrichting – de raad van commissarissen of de algemene vergadering van aandeelhouders. Het gedrag van een individuele aandeelhouder kan niet automatisch worden aangemerkt als het gedrag van een orgaan van de rechtspersoon. Daartoe is vereist dat deze individuele aandeelhouder het gedrag van de algemene vergadering kan bepalen.

Op grond van het bestaande artikel 2:349 BW dienen het bestuur en de raad van commissarissen voorafgaand aan het enquêteverzoek te worden geïnformeerd over de bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken. Ook moet aan het bestuur en de raad van commissarissen voldoende tijd worden gegund om de bezwaren te onderzoeken en zo nodig maatregelen te nemen. Deze voorwaarschuwing hoeft niet te worden gegeven als namens de rechtspersoon een enquêteverzoek wordt gedaan. In het conceptwetsvoorstel is aan het eerste lid toegevoegd dat de raad van commissarissen zo spoedig mogelijk wordt geïnformeerd nadat de rechtspersoon een enquêteverzoek heeft gedaan. Tevens wordt voorzien in de verplichting voor het bestuur om de ondernemingsraad op de hoogte stellen van een enquêteverzoek. De mededelingsplicht is opgenomen teneinde de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen om desgewenst in overleg te treden met het bestuur of om zich te voegen in de procedure.

Ten aanzien van diezelfde ondernemingsraad heeft de minister besloten om geen bevoegdheid tot het entameren van een enquêteprocedure toe te kennen.¹⁵ De reden hiervoor is dat de ondernemingsraad geen rechtspersoonlijkheid heeft, waardoor er geen verhaal mogelijk is indien achteraf komt vast te staan dat het enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan (art. 2:350 lid 2 BW). In de ogen van de minister is deze regeling een belangrijke waarborg tegen al te lichtvaardige enquêteverzoeken en hij ziet geen alternatieve mogelijkheden ten aanzien van de ondernemingsraad. Het ontbreken van een dergelijke waarborg tegen een onredelijk enquêteverzoek van de ondernemingsraad acht de minister doorslaggevend om de ondernemingsraad geen enquêtebevoegdheid te geven.

Ook ziet de minister geen aanleiding om, zoals door sommigen is geopperd, belangenbehartigers in de zin van artikel 3:305a BW het recht te geven om een enquêteverzoek in te dienen.¹⁶ Een dergelijke belangenbehartiger is een stichting of vereniging met

volledige rechtsbevoegdheid die ingevolge haar statuten de gelijksoortige belangen van andere personen behartigt. De minister acht onvoldoende bij voorbaat gewaarborgd dat de enquête wordt verzocht door een partij met een voldoende groot belang bij de rechtspersoon. Ook ligt omzeiling van de vereisten van artikel 2:346 BW op de loer: het zou aandeelhouders met een miniem kapitaalbelang in staat stellen om de procedure te starten via een stichting of vereniging, terwijl zijzelf bij lange na niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 2:346 BW.

Toetsingskader onmiddellijke voorzieningen

De Ondernemingskamer kan op grond van de huidige regeling onmiddellijke voorzieningen treffen in verband met de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek (art. 2:349a lid 2 BW). De wetgever heeft niet uitgesloten dat de Ondernemingskamer van deze bevoegdheid gebruik kan maken voordat zij op het verzoek tot het instellen van een onderzoek heeft beslist. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat niettemin in dit stadium van deze bevoegdheid slechts terughoudend gebruik kan worden gemaakt. Er moeten voldoende zwaarwegende redenen voor de onmiddellijke voorzieningen bestaan. De Ondernemingskamer moet bij de uitoefening van haar bevoegdheid voldoende rekening houden met en een billijke afweging maken van de belangen van betrokken partijen.¹⁷ De minister wil de grenzen van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te treffen verduidelijken door deze belangenafweging neer te leggen in artikel 2:349a BW.¹⁸

Daarnaast wordt in dit artikel bepaald dat de Ondernemingskamer binnen een redelijke termijn nadat onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen, moet beslissen over de vraag of een onderzoek plaatsvindt.¹⁹ Dit voorkomt dat de rechtspersoon of degene die door de onmiddellijke voorziening is geraakt, lange tijd in onzekerheid blijft over de voortzetting van de procedure. Ook moet het voorstel een band bevorderen tussen de onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek zonder dat de mogelijkheid om – gedurende enige tijd – in onderling overleg tot een oplossing te komen, wordt weggenomen. De minister gaat ervan uit dat in de regel over het onderzoek wordt beslist op een termijn van enkele maanden na het treffen van de onmiddellijke voorzieningen. Onder bijzondere omstandigheden kan die termijn ook langer zijn, bijvoorbeeld wanneer de Ondernemingskamer partijen tijd wil geven voor schikkingsonderhandelingen of wanneer de Ondernemingskamer wil wachten met een onderzoek totdat zeker is gesteld dat daarvoor de benodigde gelden beschikbaar zijn.

Waarborgen onderzoeksfase

De minister is aan de roep uit de praktijk om een met meer waarborgen omklede onderzoeksfase ten dele tegemoetgekomen. Het voorgestelde artikel 2:351 lid 4 BW bepaalt dat onderzoekers degenen die in het onderzoeksverslag worden genoemd,

15. Concepttoelichting, p. 10-13.

16. Concepttoelichting, p. 16-17.

17. Vgl. HR 14 december 2007, NJ 2008, 105, r.o. 3.6 (DSM).

18. Concepttoelichting, p. 20 en 31-33.

19. Concepttoelichting, p. 20 en 31-33.

in de gelegenheid moeten stellen om kennis te nemen van wezenlijke bevindingen in het (ontwerp)verslag die op die personen betrekking hebben.²⁰ Er wordt verwezen naar 'wezenlijke bevindingen' om aan te geven dat het enkele feit dat iemand genoemd wordt, nog niet maakt dat het verslag aan die persoon moet worden overgelegd. Voor de persoon in kwestie moet er een risico op aantasting van de goede naam bestaan. De onderzoekers kunnen zich overigens beperken tot het overleggen van de relevante passages. Ook zijn de onderzoekers niet verplicht eventuele opmerkingen over te nemen; de onderzoekers behouden de eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de inhoud van het verslag.

De minister voelt er niets voor om verder in de wet een gedetailleerde regeling ten aanzien van de onderzoeksfase op te nemen. De minister meent dat de vormgeving van de onderzoeksfase verder aan de Ondernemingskamer kan worden overgelaten. Tot nu toe zijn echter van de Ondernemingskamer geen (openbare) richtlijnen verschenen.

Aansprakelijkheidsrisico van de onderzoekers en tijdelijke bestuurders en commissarissen

Het empirisch onderzoek naar de toepassing van het enquête-recht lijkt uit te wijzen dat het aanzienlijk moeilijker is geworden om mensen te vinden die bereid zijn een onderzoek te verrichten bij een beursvennootschap. De onderzoekers vinden het aannemelijk dat deze ontwikkeling onder meer verband houdt met het aansprakelijkheidsrisico dat onderzoekers lopen bij het doen van een onderzoek bij een beursvennootschap.²¹

Het voorgaande geeft de minister geen aanleiding voor aanpassing van het aansprakelijkheidsregime als zodanig, maar hij wil wel voorkomen dat onderzoekers onder druk worden gezet door (het dreigen met) aansprakelijkstelling. Het feit dat de kosten van verweer tegen de aansprakelijkstelling in de tussentijd ten laste van zijn privévermogen komen, ook wanneer hij uiteindelijk niet aansprakelijk blijkt te zijn, maakt het ambt van onderzoeker er niet aantrekkelijker op.

De minister acht het derhalve van belang dat de onderzoeker de kosten van verweer niet persoonlijk draagt.²² In het voorgestelde artikel 2:350 lid 3 BW is bepaald dat de kosten van verweer onderdeel uitmaken van de kosten van het onderzoek die voor rekening van de vennootschap komen. Het gaat daarbij om de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer. De kosten van verweer strekken zich niet uit tot de kosten die de onderzoeker eventueel moet maken indien hij in rechte wordt veroordeeld tot vergoeding van door hem veroorzaakte schade.

Een vergelijkbare regeling is in het wetsvoorstel opgenomen voor de personen die tijdelijk door de Ondernemingskamer worden aangesteld als bestuurder of commissaris van de rechtspersoon

op de voet van artikel 2:356 onderdeel c BW.²³ Voorgesteld wordt om aan artikel 2:357 toe te voegen dat benoemde bestuurders/commissarissen niet de kosten van het verweer behoeven te dragen, indien zij naar aanleiding van hun aanstelling aansprakelijk worden gesteld vanwege onbehoorlijke taakvervulling. Redelijke kosten van verweer worden gedragen door de vennootschap, indien de Ondernemingskamer dat zo bepaalt. Het conceptwetsvoorstel zegt niks over tijdelijke bestuurders en commissarissen aangesteld op basis van een onmiddellijke voorziening (art. 2:349a BW), maar volgens de toelichting kan de Ondernemingskamer ten aanzien van deze personen het nieuwe artikel 2:357 lid 4 BW analoog toepassen. Het wetsvoorstel brengt geen verandering in de omstandigheid dat de tijdelijke bestuurder of commissaris aansprakelijk kan zijn jegens de rechtspersoon en derden. Het conceptwetsvoorstel verplicht de rechtspersoon niet om de desbetreffende schadevergoeding te dragen. De rechtspersoon kan de bedoelde kosten van verweer niet verhalen op de tijdelijk aangestelde persoon indien deze in een aansprakelijkheidsprocedure wordt veroordeeld.

Positie AFM in de enquêteprocedure

Op grond van artikel 2:348 BW wordt een afschrift van het verzoekschrift toegezonden aan DNB, indien de rechtspersoon in kwestie is onderworpen aan het toezicht van DNB. Ook in het vervolg van de enquêteprocedure wordt DNB op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen. DNB ontvangt een exemplaar van het verslag van de uitkomst van de enquête (art. 2:353 lid 2 BW), een afschrift van een verzoek om voorzieningen in geval van wanbeleid (art. 2:355 lid 3 BW) en een afschrift van de beschikkingen van de Ondernemingskamer omtrent de voorzieningen (art. 2:358 lid 3 BW). De Ondernemingskamer moet daarnaast DNB in de gelegenheid stellen om zijn standpunt ten aanzien van een verzoek tot voorzieningen in geval van wanbeleid kenbaar te maken (art. 2:355 lid 4 BW).

Ten aanzien van alle genoemde artikelen wordt de positie van de AFM gelijkgesteld met DNB.²⁴ Ratio hiervan is dat de AFM optreedt als gedragstoezichthouder voor beursvennootschappen. De minister merkt op dat indien er aanleiding bestaat voor een enquêteonderzoek, dit als zodanig koersgevoelige informatie kan opleveren en er in dat geval een belang voor de AFM is om van het verzoek kennis te nemen. Ook acht de minister het standpunt van de AFM van belang voor de beslissing welke voorziening gepast is.

Tot slot

Belanghebbenden konden tot 30 december 2009 in de consultatie reageren op het conceptwetsvoorstel. Uit deze reacties zal moeten blijken of het conceptwetsvoorstel als een verbetering wordt beschouwd of dat de minister terug moet naar de teken-tafel.

20. Concepttoelichting, p. 24-27.

21. K. Cools, P.G.F.A. Geerts, M.J. Kroeze & A.C.W. Pijls, Het recht van enquête; een empirisch onderzoek, Deventer: Kluwer 2009, p. 44.

22. Concepttoelichting, p. 33-34.

23. Concepttoelichting, p. 37-38.

24. Concepttoelichting, p. 30.