

Vergaderjaar 2011–2012

32 887

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

Nr. 5

**VERSLAG**

Vastgesteld 11 november 2011

De vaste commissie voor Veiligheid en Justitie<sup>1</sup>, belast met het voorbereidend onderzoek van dit voorstel van wet, heeft de eer als volgt verslag uit te brengen. Onder het voorbehoud dat de hierin gestelde vragen en gemaakte opmerkingen voldoende zullen zijn beantwoord, acht de commissie de openbare behandeling van het voorstel van wet genoegzaam voorbereid.

**Inhoudsopgave**

	Blz.
<b>Algemeen</b>	<b>2</b>
<b>Consultatie voorontwerp en advies Commissie vennootschapsrecht</b>	<b>3</b>
<b>Toegang tot de enquêteprocedure</b>	<b>4</b>
<b>Overige vragen</b>	<b>5</b>
<b>Artikelen</b>	<b>6</b>
<i>Artikel 346</i>	<i>6</i>
<i>Artikel 346, eerste lid, onderdeel c</i>	<i>6</i>
<i>Artikel 346, eerste lid, onderdeel d, jo 349, eerste lid</i>	<i>7</i>
<i>Artikel 346, tweede lid</i>	<i>7</i>
<i>Artikel 349</i>	<i>8</i>
<i>Artikel 349a</i>	<i>9</i>
<i>Artikel 349a, tweede lid</i>	<i>10</i>
<i>Artikel 349a, derde lid</i>	<i>11</i>
<i>Artikel 350</i>	<i>12</i>
<i>Artikel 350, tweede lid</i>	<i>12</i>
<i>Artikel 350, derde lid</i>	<i>13</i>
<i>Artikel 350, vierde lid</i>	<i>13</i>
<i>Artikel 351</i>	<i>14</i>
<i>Artikel 351, vierde lid</i>	<i>14</i>
<i>Artikel 355, vierde lid</i>	<i>14</i>
<i>Artikel 357, zesde lid</i>	<i>15</i>
<b>ARTIKEL II</b>	<b>16</b>
<b>ARTIKEL III</b>	<b>16</b>

<sup>1</sup> Samenstelling:

Leden: Staaij, C.G. van der (SGP), Arib, K. (PvdA), Çörüz, C. (CDA), Roon, R. de (PVV), voorzitter, Brinkman, H. (PVV), Vermeij, R.A. (PvdA), ondervoorzitter, Raak, A.A.G.M. van (SP), Thieme, M.L. (PvdD), Gesthuizen, S.M.J.G. (SP), Dibi, T. (GL), Toorenburg, M.M. van (CDA), Peters, M. (GL), Berndsen, M.A. (D66), Nieuwenhuizen-Wijbenga, C. van (VVD), Schouw, A.G. (D66), Marcouch, A. (PvdA), Steur, G.A. van der (VVD), Recourt, J. (PvdA), Hennis-Plasschaert, J.A. (VVD), Helder, L.M.J.S. (PVV), Bruins Slot, H.G.J. (CDA), Taverne, J. (VVD) en Schouten, C.J. (CU).  
Plv. leden: Dijkgraaf, E. (SGP), Bouwmeester, L.T. (PvdA), Bochove, B.J. van (CDA), Dille, W.R. (PVV), Elissen, A. (PVV), Smeets, P.E. (PvdA), Kooiman, C.J.E. (SP), Ouwehand, E. (PvdD), Karabulut, S. (SP), Tongeren, L. van (GL), Smilde, M.C.A. (CDA), Voortman, L.G.J. (GL), Pechtold, A. (D66), Burg, B.I. van der (VVD), Koşer Kaya, F. (D66), Kuiken, A.H. (PvdA), Liefde, B.C. de (VVD), Spekman, J.L. (PvdA), Azmani, M. (VVD), Bontes, L. (PVV), Koopmans, G.P.J. (CDA), Dijkhoff, K.H.D.M. (VVD) en Slob, A. (CU).

## Algemeen

De leden van de VVD-fractie hebben reikhalzend uitgezien naar het wetsvoorstel tot Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in verband met de aanpassing van het recht van enquête. Deze procedure vervult een belangrijke rol in het ondernemingsrecht. De Ondernemingskamer, die deze procedure toepast, werd daarom niet ten onrechte door de voormalige voorzitter getypeerd als een efficiënte dienstmaagd. Het Nederlands bedrijfsleven heeft groot belang bij de enquêteprocedure en ook het investerings- en vestigingsklimaat in Nederland wordt mede bepaald door het bestaan van deze procedure. Het enquêterecht kan immers een belangrijke rol vervullen bij het beslechten van geschillen in ondernemingen.

Deze leden delen het uitgangspunt van de regering dat procedures niet te lang onzekerheid mogen opleveren voor partijen en dat procedures moeten leiden tot een passende oplossing van geschillen. Wat dat betreft verwelkomen zij het wetsvoorstel.

Voornoemde leden merken ook op dat in de praktijk brede waardering leeft voor dit wetsvoorstel en dat aangegeven wordt dat spoedige invoering van het wetsvoorstel noodzakelijk is. Zij hebben wel nog een aantal kritische opmerkingen en suggesties, waarvan zij de mening zijn toegedaan dat deze de werking en kwaliteit van het wetsvoorstel verder ten goede komen. Daarnaast wensen deze leden op een aantal punten een nadere toelichting op de keuzes die door de regering zijn gemaakt. Deelt de regering overigens de mening van Cools en Kroeze<sup>1</sup> dat er weinig misbruik van het enquêterecht wordt gemaakt?

Veronderstellen de leden van de VVD-fractie terecht dat de Ondernemingskamer in geval van een concernenquête bij moeder en dochter ook voorzieningen bij die dochter kan treffen? Is het ook juist dat wat de onmiddellijke voorzieningen betreft de Ondernemingskamer daartoe al heeft besloten in de zaak Knapen Trailers?<sup>2</sup> Die beschikking heeft niet geleid tot een uitspraak van de Hoge Raad, zodat de hoogste rechter zich hierover (nog) niet heeft uitgelaten. Kan de regering hierover uitsluitel geven?

De regering is zonder twijfel op de hoogte van de uitspraak van de Hoge Raad<sup>3</sup> waarin vastgesteld is dat het niet mogelijk is dat de Ondernemingskamer artikel 356-voorzieningen treft zonder dat een onderzoek heeft plaatsgevonden. De leden van de VVD-fractie begrijpen die uitspraak zonder meer omdat deze de bedoeling van de wetgever volgde. Deze leden zouden zich kunnen voorstellen dat het mogelijk zou kunnen zijn dat, als er sprake is van evident wanbeleid, de Ondernemingskamer van het onderzoek zou kunnen afzien en de noodzakelijke voorziening zou moeten kunnen treffen. Deelt de regering deze gedachtegang?

De leden van de PvdA-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel. Zij hebben op zichzelf geen bezwaar tegen de gedeeltelijke aanpassing van het enquêterecht voor vennootschappen. Er kunnen volgens deze leden wel vraagtekens worden gezet bij de noodzaak om de toegang tot de enquête te beperken door bij grote vennootschappen de grens van 225 000 euro te schrappen. Dit gaat ten koste van kleine minderheidsaandeelhouders, die dan niet meer in staat zullen zijn om misstanden in de vennootschap aan te pakken. Voornoemde leden betreuren het dat opnieuw is besloten de ondernemingsraad (OR) geen recht van enquête te geven. Deze leden hebben daarnaast nog enkele vragen.

De leden van de PVV-fractie hebben kennisgenomen van bovengenoemd voorstel van wet houdende wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête en brengen de volgende vragen en opmerkingen naar voren.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Ondernemingskamer 21 juni 2005, JOR 2005/2007 ARO 2005, 98.

<sup>3</sup> HR 27 september 2000, NJ 2000, 653, Gucci.

Zij vragen op welke wijzen de verhoudingen binnen de vennootschap verbeterd kunnen worden anders dan door een enquêteprocedure. Het gedrag van een individuele aandeelhouder kan aanleiding geven voor een enquêteprocedure indien dat gedrag de gang van zaken binnen de vennootschap voldoende sterk raakt. Daarbij wordt opgemerkt dat de invloed van een aandeelhouder in beginsel beperkt is tenzij hij de steun krijgt van een belangrijk deel van de andere aandeelhouders. Deze leden merken op dat de zinsnede «een belangrijk deel van de andere aandeelhouders» vaag en niet concreet genoeg is. Zij achten het van belang 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. Graag ontvangen de leden van de PVV-fractie een reactie op dit punt van kritiek.

De leden van de CDA-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van onderhavig wetsvoorstel. Zij zien het enquêterecht als een belangrijk middel voor de beslechting van geschillen. De voorgestelde wijziging van de enquêteprocedure, tot stand gekomen na uitgebreide consultatie van de beroepsgroep, zien zij als een verbetering. Het wetsvoorstel geeft deze leden nog wel aanleiding tot enkele vragen.

De leden van de SP-fractie hebben kennisgenomen van het wetsvoorstel. Zij hebben nog enkele vragen.

De leden van de ChristenUnie-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel. Zij hebben op dit moment geen vragen over het wetsvoorstel.

### **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, alsmede ten aanzien van de inbreng van VNO-NCW en MKB Nederland aan de Vaste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie van 4 november 2011.<sup>1</sup>

De leden van de VVD-fractie merken op dat het openbaar ministerie (OM) bevoegd is om op grond van het algemeen belang een enquêteverzoek in te dienen (artikel 2:345, tweede lid). Schmieman kwam in zijn onderzoek in 2003<sup>2</sup> tot de conclusie dat de uitoefening van de bevoegdheden van het OM geen prioriteit heeft en doet aanbevelingen voor verbetering. Is de regering met Schmieman en de Vereniging van Effectenbezitters van mening dat van deze bevoegdheid nog steeds te weinig gebruik wordt gemaakt? Het OM kan een rol spelen door het laten onderzoeken van misstanden bij grote beursvennootschappen en ondernemingen met een groot algemeen en/of maatschappelijk belang en bij ondernemingen die voor criminele doeleinden worden misbruikt. Zo ja, wat gaat de regering doen om daar verandering in aan te brengen? Is de regering bereid om de aanbevelingen van Schmieman over te nemen? Voornoemde leden wijzen erop dat dit ook een nuttig instrument kan zijn om het toezicht op de geflexibiliseerde besloten vennootschap verder vorm te geven. In navolging van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht vragen de leden van de VVD-fractie het proefschrift van mw. mr. C. D. J. Bulten «De geschillenregeling ten gronde» (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, nr. 108) te betrekken bij het wetsvoorstel. Deze leden vragen dit omdat zij in haar proefschrift is ingegaan op de mogelijkheid die overdracht van aandelen biedt als voorziening na enquête en welke processuele waarborgen op grond van artikel 6 Europees Verdrag tot

<sup>1</sup> <http://www.knb.nl/adviezen-gvc> en <http://www.vno-ncw.nl/SiteCollectionDocuments/Brieven/brief11-11985.pdf>.

<sup>2</sup> Schmieman, E. (2003). De bevoegdheden van de Advocaat-generaal bij het Gerechtshof Amsterdam in het enquêterecht (art. 2:345 lid 2 en 2:355 lid 1 BW). In G. van Solinge & M. Hotzer (Eds.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003–2004 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, 75) (pp. 381–385). Deventer: Kluwer.

bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) noodzakelijk zijn, gezien het onteigeningskarakter van deze voorziening. De praktijk wijst er bij deze leden op dat het wenselijk kan zijn dat de Ondernemingskamer bevoegd is om overdracht van aandelen te gelasten. Deelt de regering deze visie? Zo ja, hoe dient dan de waardebe-  
paling van de aandelen plaats te vinden?

De leden van de PVV-fractie merken op dat Eumedion het wenselijk acht dat de rechtspersoon alleen de mogelijkheid tot het starten van een enquêteverzoek inzake aandeelhouders zou mogen hebben wanneer door genomen besluiten de aandeelhoudersvergadering in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid of met andere wettelijke of statutaire bepalingen. Deze leden vragen om een reactie hierop.

### **Toegang tot de enquêteprocedure**

De leden van de PvdA-fractie vragen waarom de regering opnieuw geen enquêterecht wil toekennen aan de OR. Deelt de regering de mening dat de bij eerdere gelegenheden (1971, 1988, 2003 en 2008) gehanteerde argumenten niet kloppen of inmiddels achterhaald zijn? Waarop wordt precies de vrees gebaseerd dat de OR lichtvaardig naar dit middel zal grijpen? Is hier onderzoek naar gedaan? Hoe vaak is er door een vakbond een enquêteverzoek gedaan? Is het juist dat uit onderzoek (in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in juni 2009) blijkt dat, in die gevallen waarin in de statuten is geregeld dat de OR enquêterecht heeft, er niet lichtvaardig mee om wordt gegaan?

De leden van de PVV-fractie merken op dat in het wetsvoorstel ervoor is gekozen om geen zelfstandig recht tot het indienen van een enquêteverzoek aan de OR toe te kennen. De OR kan wel zelf om een enquêteverzoeken indien die bevoegdheid bij de statuten of een overeenkomst met de rechtspersoon is toegekend (artikel 2:346, onderdeel e, BW). Deze leden vragen of de voor- en nadelen van het toekennen van een zelfstandig recht tot het indienen van een enquêteverzoek aan de OR uiteen gezet kunnen worden. Voorts vragen deze leden wat het verschil is tussen een zelfstandig recht en een bevoegdheid die toekomt uit de statuten of een overeenkomst met de rechtspersoon.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft in haar advies de overweging gegeven om de keuze om een OR geen enquêterecht toe te kennen, eveneens door te voeren ten aanzien van cliëntenraden. Deze leden vragen wat de voor- en nadelen zijn voor het al dan niet toekennen van het enquêterecht aan cliëntenraden.

De leden van de SP-fractie begrijpen dat de regering de OR geen zelfstandige toegang tot het enquêterecht wil geven, omdat zij het zwaar vindt wegen dat de OR bevoegdheden zou krijgen ten aanzien van besluiten waar de OR al adviesrecht heeft op basis van de Wet op de ondernemingsraden. Deze leden vragen of hetzelfde eigenlijk niet geldt voor andere personen/instanties/organen die wel toegang hebben tot het enquêterecht. Zo moet de algemene vergadering van aandeelhouders goedkeuring geven voor, kort gezegd, belangrijke besluiten (artikel 2:107a BW) en moet de raad van commissarissen, wanneer de structuurregeling van toepassing is, goedkeuring geven voor de besluiten van artikel 2:164 BW. In die gevallen is er ook een rechtsingang op basis van artikel 2:15 BW. Een eigen bevoegdheid en een eventuele dubbele rechtsingang gelden dus niet alleen voor de OR. Kan de regering in dit licht uitleggen waarom voor de OR een uitzondering gemaakt moet worden? Het adviesrecht van de OR strekt zich tot de ondernemer, in de praktijk zal dat het bestuur van de rechtspersoon zijn. Ook gedragingen van andere

organen van de vennootschap kunnen reden zijn voor een enquêteprocedure. Waarom is dit volgens de minister geen reden om, al dan niet ten opzichte van andere organen, toch de enquêteprocedure open te stellen voor de OR?

De leden van de SP-fractie vinden het begrip wanbeleid niet heel helder omschreven. Zij vragen daarom hoe het begrip wanbeleid zich verhoudt tot de adviesrechten van de OR. Is het zo dat wanneer het bestuur zich netjes heeft gehouden aan de Wet op de ondernemingsraden er nooit sprake kan zijn van wanbeleid?

Een ander bezwaar tegen een zelfstandige toegang tot het enquêterecht voor de OR is dat de OR dan als enige een procedure kan starten zonder het aansprakelijkheidsrisico te lopen vanwege een niet op redelijke gronden gedaan verzoek. De leden van de SP-fractie vragen hoe dat precies zit wanneer de rechtspersoon zelf het verzoek doet. Artikel 2:350, tweede lid, BW bepaalt dat alleen de rechtspersoon een verzoek tot schadevergoeding kan doen aan de verzoeker(s), wanneer het verzoek niet op redelijke gronden is gedaan. Kan bijvoorbeeld de vergadering van aandeelhouders of een individuele aandeelhouder een schadevergoeding van de rechtspersoon eisen, wanneer de rechtspersoon het verzoek tot de enquêteprocedure doet?

### **Overige vragen**

De leden van de VVD-fractie merken op ten aanzien van de enquêteprocedure dat in de praktijk ook een aantal vragen leeft die ter gelegenheid van dit wetsvoorstel door de regering kan worden beantwoord.

Kunnen belanghebbenden in de periode tussen deponering van het verslag en indiening van het wanbeleidverzoek om een onmiddellijke voorziening verzoeken als hiertoe in spoedeisende gevallen aanleiding bestaat?

Hoe lang blijven in de visie van de regering de onmiddellijke voorzieningen van kracht? Uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer blijkt dat de woorden «voor ten hoogste de duur van het geding» (artikel 2:349a, tweede lid, BW) niet zijn opgewassen tegen de bijzondere structuur van de enquêteprocedure in twee fasen. Kan een in de eerste fase getroffen onmiddellijke voorziening van kracht blijven in de tweede fase? Wanneer eindigt die tweede fase? Lopen de onmiddellijke voorzieningen ook door 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? Mag een onmiddellijke voorziening afwijken van dwingend recht? De leden van de VVD-fractie merken op dat de Ondernemingskamer al jaren onmiddellijke voorzieningen treft waarbij wordt afgeweken van essentiële bepalingen van dwingend recht. In Versatel II<sup>1</sup> (zie rechtsoverweging 43) stond de Hoge Raad zo'n afwijking toe in het specifieke geval van een door de Ondernemingskamer aangestelde commissaris «met bijzondere, van bepalingen van dwingend recht afwijkende bevoegdheden». Kan in dit verband bij de beantwoording ook de beschikking Zwagerman II<sup>2</sup> worden betrokken, waarnaar de Hoge Raad verwijst in Versatel II?

De leden van de CDA-fractie wijzen er op dat in de wetenschap en literatuur ook wel de introductie van een onmiddellijke voorzieningenprocedure naast de huidige enquêteprocedure wordt bepleit. Deze leden hebben geluiden bereikt dat hier behoefte aan zou bestaan. Is de regering bereid om de introductie van zo'n procedure op een later moment in overweging te nemen?

---

<sup>1</sup> HR 14 september 2007, NJ 2007, 611; JOR 2007/238.

<sup>2</sup> HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296.

## 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) afgeweken kan worden van de drempel van 225 000 euro. Kan in de statuten afgeweken worden van de drempel van 10%? Zo nee, waarom niet?

Klopt het dat in grote vennootschappen (geplaatst kapitaal van meer dan 22,5 miljoen) in de statuten niet afgeweken kan worden van de drempel van 1%? Zo ja, waarom kan dat niet, terwijl het bij kleine vennootschappen wel kan? Waarom geldt de aanvullende drempel van 20 miljoen euro alleen voor beursvennootschappen? Waarom kan van de drempel van 20 miljoen niet worden afgeweken in de statuten, terwijl het bij kleine vennootschappen wel kan? Waarom geldt de aanvullende drempel niet voor niet-beursgenoteerde vennootschappen? Waarom is deze drempel zo enorm hoog?

De toegang tot de enquêteprocedure wordt beperkt door de nieuwe drempels. Met hoeveel procent verwacht de regering dat het aantal enquêteverzoeken zal afnemen?

Is het echt nodig om de toegang te beperken, nu in de onderzochte periode 1996–2006 minder dan één keer per week een enquêteverzoek werd gedaan?

### Artikel 346, eerste lid, onderdeel c

De leden van de VVD-fractie merken op dat de memorie van toelichting geen toelichting bevat op artikel 346, eerste lid, onderdeel c. Graag ontvangen deze leden alsnog een toelichting op het doel van dit artikel. Als criterium wordt gebruikt: «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». Ziet dit inderdaad alleen op een gereguleerde markt in Nederland? Daarbij merken deze leden op dat, indien aandelen of certificaten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt buiten Nederland, denk aan New York, of alleen worden verhandeld op een multilaterale handelsfaciliteit, in deze lezing de drempel als bedoeld in de laatste zin van het voorgestelde artikel 346, eerste lid, onderdeel c niet zou gelden. Is dit de bedoeling van de regering?

Het valt voornoemde leden op dat in artikel 346, eerste lid, onderdeel c van het wetsvoorstel achter «ten minste een waarde vertegenwoordigen van € 20 miljoen» de woorden «of zoveel minder als de statuten bepalen» niet staan. Deze leden merken dit op omdat dit wel is vermeld bij artikel 346, eerste lid, onderdeel b. Het is de leden van de VVD-fractie onduidelijk waarom de mogelijkheid van een zelfgekozen ruimere toegang tot het enquête recht niet voor beursvennootschappen wordt opengesteld. Onder verwijzing naar artikel 346, eerste lid, onderdeel a vragen voornoemde leden waarom deze mogelijkheid ook ontbreekt voor de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij. Zij nemen overigens aan dat het voorstel niet beoogt de mogelijkheid om met gebruikmaking van artikel 2:346, eerste lid, onderdeel c (te verletteren tot onderdeel e) de bevoegdheid ook van aandeelhouders/leden uit te breiden door een statutaire regeling. Zien deze leden dit juist? Interessant is in dit verband de tegenstelling tussen VNO-NCW en MKB Nederland enerzijds en bijvoorbeeld de Vereniging van Effectenbezitters anderzijds. Eerstgenoemde vindt de voorgestelde drempels te laag en laatstgenoemde te hoog. Kan de regering de gekozen drempels in dit licht nog eens nader onderbouwen?

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

De leden van de CDA-fractie merken op dat het wetsvoorstel erin voorziet dat het enquêterecht niet slechts geldt voor beurs-/moedervennootschappen, maar ook voor dochters, joint ventures en andere besloten ondernemingen. In de memorie van toelichting staat dat er geen aanleiding is om de mogelijkheid van een enquête te onthouden aan een dochtervennootschap in een concern, die de besluitvorming van haar aandeelhoudersvergadering c.q. het gedrag van haar aandeelhouder aan de orde wenst te stellen. Het bestuur van die dochtervennootschap heeft zijn eigen verantwoordelijkheid voor het beleid en de gang van zaken binnen de vennootschap, ondanks de positie van de vennootschap binnen het concern, aldus de toelichting.

Deelt de regering de vrees van deze leden dat dit een nadelige invloed zal hebben op het Nederlandse investeringsklimaat? Er bestaat een verschil tussen enerzijds beursgenoteerde NV's die worden gekenmerkt door de zelfstandige bevoegdheid van bestuur en commissarissen om strategie en beleid vast te stellen en anderzijds concerndochters en andere echt besloten verhoudingen, waarin dit niet het geval is. De voorgestelde regeling lijkt op gespannen voet te staan met de plicht van de moeder jegens haar verschaaffers van eigen en vreemd vermogen om haar groep als een geheel te leiden, de investeringen in haar dochters en joint ventures prudent te alloceren, financieren en bewaken, daar scherp toezicht op te houden, risicomangement te plegen, in te grijpen als afgeweken wordt van strategie en beleid voor de hele groep of haar goede naam en die van haar producten/diensten in het geding komt en zich daarover te verantwoorden met de expliciete of impliciete verklaring dat zij «in control» is. De regeling lijkt eveneens op gespannen voet te staan met de zeggenschap die de moeder toekomt met betrekking tot de inrichting van de dochter en de bevoegdheid tot schorsing en ontslag van bestuur en Raad van Commissarissen. Het wetsvoorstel lijkt voorbij te gaan aan de opzet en implicaties van onder meer de wettelijke vrijstellings- en mitigatiebepalingen in de structuurregeling, de wettelijk plicht tot consolidatie, jaarrekenplicht en tussentijdse informatieverplichtingen en de daarbij te geven toelichting en af te leggen verklaringen (onder meer «in control statement»). De bevoegdheid om een enquêteverzoek in te dienen gericht tegen de moedervernootschap ontkracht de ontslagrechten van die moedervernootschap en daarmee de kern van haar zeggenschap die zij nu juist tegenover haar eigen aandeelhouders en crediteuren in stand dient te houden. Concerns komen als gevolg daarvan geheel onbedoeld en ongegrond onder druk te staan om hun inrichting grondig te reorganiseren (door afstoting van onderdelen, ontbinding, juridische fusie of anderszins) met alle kosten, complicaties, lasten en tijdsbeslag van dien. Deze bezwaren gelden in vergelijkbare zin evenzeer voor grote geïncorporeerde eenmansbedrijven, joint ventures en samenwerking tussen beroepsbeoefenaren.

Is de regering bereid om alsnog beperking van de regeling te overwegen tot beurs- en moedermaatschappijen, en concernondernemingen en besloten ondernemingen uit te sluiten van de bevoegdheid om een enquête te verzoeken die gericht is tegen de moeder en/of controlerende aandeelhouders en dochters?

*Artikel 346, tweede lid*

De leden van de VVD-fractie merken op dat de memorie van toelichting meldt dat in dit artikel is bepaald dat het verzoek namens de rechtspersoon ook kan worden ingediend door de Raad van Commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders indien is gekozen voor een monistisch bestuursmodel. Hierdoor kunnen de toezichthouders van de vennootschap een enquêteprocedure starten in het belang van de vennootschap,

onafhankelijk van de vraag of het bestuur daarmee instemt en onafhankelijk van de vraag of het bestuur een tegenstrijdig belang heeft. Slaat de zinsnede «indien toepassing is gegeven aan artikel 129a» zowel op de niet uitvoerende bestuurders, als op de Raad van Commissarissen? Wat is precies de bedoeling? Als de bedoeling is om beide gremia deze bevoegdheid toe te kennen, kan dit dan niet duidelijker worden bepaald door de formulering: «door de Raad van Commissarissen of, indien toepassing is gegeven aan artikel 129a, de niet uitvoerende bestuurders»? Is het juist dat de Raad van Commissarissen een besluit tot het starten van een enquêteprocedure met een gewone meerderheid van stemmen kan nemen? Hoe gaat dat dan in geval van niet-uitvoerende bestuurders? Is er dan een besluit nodig van een gewone meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders? Is het mogelijk dat het bestuur verzoekt om een enquête die weer door de Raad van Commissarissen kan worden ingetrokken en andersom? Acht de regering dit wenselijk?

De leden van de CDA-fractie lezen dat het voorgestelde artikel 2:346 regelt wie bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek. Het derde lid bepaalt dat het verzoek ingeval van faillissement van de rechtspersoon ook kan worden ingediend door de curator. Is de regering zich bewust van de mogelijke doorwerking van het enquêtedossier in latere aansprakelijkheidsprocedures? Het is immers maar de vraag of de enquêteprocedure, die niet alle procesrechtelijke waarborgen kent, genoeg mogelijkheden biedt aan belanghebbenden om zich te verdedigen tegen op- en aanmerkingen in een onderzoeksrapport. In de zogenaamde Laurus-beschikking (HR 8 april 2005, NJ 2006, 443) heeft de Hoge Raad echter bepaald dat de rechter, afhankelijk van de inhoud van het onderzoeksrapport en het debat ter terechtzitting, voorshands bewezen kan achten dat een bestuurder zijn taak (kennelijk) onbehoorlijk heeft vervuld. De bestuurder zal dan tegenbewijs moeten leveren, in die zin dat hij de rechter aan het twijfelen moet zien te brengen. Per saldo zal hij de rechter er van moeten zien te overtuigen dat het oordeel van de Ondernemingskamer aangaande de feiten niet juist was, althans dat dit onaannemelijk voorkomt. Daarmee staat hij op achterstand. Een curator, die zoveel mogelijk voor de boedel zal willen binnenhalen, zal een sterke neiging hebben om bestuurders aansprakelijk te stellen. Kan de regering nader ingaan op de vraag van deze leden of de gang van zaken in een latere aansprakelijkheidsprocedure in dit geval te rijmen is met het bepaalde in artikel 19 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en artikel 6 EVRM?

#### *Artikel 349*

Allereerst merken de leden van de VVD-fractie op dat dit artikel complex geformuleerd is. Dit zou in het bijzonder kunnen gelden voor de nieuw voorgestelde laatste zin van artikel 349, eerste lid. Gezien het belang van dit artikel achten zij enige verduidelijking op zijn plaats.

Kan bij een structuurvennootschap het bestuur 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?

De leden van de VVD-fractie hebben daarnaast de volgende vraag over de toegevoegde zinnen aan het eerste lid. Het voorgestelde eerste lid vermeldt nu: «De vorige zin is niet van toepassing indien het verzoek is gedaan door de rechtspersoon. In dat geval worden de Raad van Commissarissen onderscheidenlijk het bestuur en de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk op de hoogte gesteld van het voornemen om het verzoek in te dienen onderscheidenlijk het indienen van het verzoek.» Waarom worden naast de OR niet ook de Europese OR en de Personeelsvertegenwoordiging (pvt) genoemd? Dienen deze niet te worden geïnformeerd? De memorie van toelichting noemt bij een mogelijke verlening van het enquêterecht bij statuten of overeenkomst wel de



Europese OR en de pvt. Onder verwijzing naar de artikelen 1 en 2 van de Wet op de Europese Ondernemingsraden, dient in dit geval gedacht te worden aan de Europese OR die is ingesteld bij een Nederlandse vennootschap die moederonderneming is in een communautaire groep. Indien het de bedoeling is dat in voorkomend geval ook de Europese OR en de pvt op de hoogte worden gesteld, zijn de leden van de VVD-fractie van mening dat dit ook uit de wet moet blijken en niet indirect uit de memorie van toelichting.

Deze leden zien dat uit artikel 349, eerste lid, blijkt dat het op de hoogte stellen ook na het indienen van het verzoek kan plaatsvinden. Op pagina 16 van de memorie van toelichting wordt gemeld: «wanneer het bestuur verzoekt om een enquête, moet dit in overeenstemming zijn met het vennootschappelijk belang. Een zo belangrijke beslissing als de start van een enquêteprocedure moet kunnen worden getoetst door de Raad van Commissarissen. Dat vereist dat het bestuur de Raad van Commissarissen op de hoogte stelt van het (voornemen tot het) indienen van een enquête verzoek».

Op pagina 31 van de memorie van toelichting wordt gemeld dat onder normale omstandigheden van het bestuur kan worden verlangd dat het de Raad van Commissarissen vooraf inlicht. Hieraan wordt toegevoegd dat onder bijzondere omstandigheden een later tijdstip verdedigbaar kan zijn. Hoe verhoudt deze bepaling zich tot de moderne communicatiemiddelen waarmee aan een informatieplicht zeer eenvoudig langs elektronische weg kan worden voldaan? Ook is voorzien in de verplichting voor het bestuur (onderscheidenlijk de Raad van Commissarissen) om de OR op de hoogte te stellen van een enquêteverzoek. De mededelingsplicht is opgenomen teneinde de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen om desgewenst in overleg te treden of om zich te voegen in de procedure. Dient in dit geval de OR niet op de hoogte te worden gesteld, voordat het enquêteverzoek wordt gedaan? De leden van de VVD-fractie merken op dat als dit niet het geval is, het overleg met de OR weinig zin heeft. Daarbij vragen zij wat onder bijzondere omstandigheden moet worden verstaan. Ook merken deze leden op dat de bijzondere omstandigheden dan wel een zware toets moet zijn, omdat zich hier immers de zeer bijzondere situatie voordoet dat de vennootschap zelf om een enquête verzoekt. Is het dan niet beter om de bijzondere omstandigheden in de wet te omschrijven of het begrip nader uit te werken? Nemen de leden van de VVD-fractie terecht aan dat 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?

Ook vragen deze leden hoe gehandeld moet worden door de curator van de vennootschap die een enquêteprocedure instelt. Wie moet hij dan informeren en onder welke bijzondere omstandigheden kan de curator daarvan afwijken? Of heeft de curator geen informatieplicht? De leden van de VVD-fractie verzoeken de regering ten behoeve van de praktijk uiteen te zetten en zo nodig in het wetsvoorstel zelf te vermelden op welke wijze de informatieplicht moet worden ingevuld.

#### *Artikel 349a*

De leden van de VVD-fractie merken op dat in de op artikel 2:349a, eerste lid, is opgenomen dat de Ondernemingskamer in afwijking van artikel 282, eerste lid, Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering een tijdstip dient te bepalen waarop alle belanghebbenden uiterlijk een verweerschrift kunnen indienen. Ook wordt gemeld dat het door de Ondernemingskamer te bepalen tijdstip moet liggen voor de aanvang van de behandeling. Een tijdstip dat ten minste een week voor de dag van de behandeling ligt, is normaliter gepast. In spoedeisende gevallen kan een kortere termijn

verdedigbaar zijn. Wat dient onder spoedeisende gevallen te worden verstaan? Zou niet de beleidsvrijheid aan de Ondernemingskamer moeten worden gegund om te bepalen dat het verweerschrift in voorkomend geval later kan worden ingediend? De leden van de VVD-fractie wijzen erop dat het aanvankelijk niet altijd duidelijk is wie belanghebbenden zijn. Kan een nadere motivering worden gegeven bij de woorden in het tweede lid «degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken»? Wie vallen er onder dat begrip? De Ondernemingskamer let heel geregeld op de belangen van hen die niet krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de vennootschap zijn betrokken. Zou bovendien de zinsnede krachtens de wet en de statuten niet moeten worden veranderd in krachtens de wet of de statuten? Deze leden realiseren zich dat de gekozen formulering stamt uit artikel 2:8 BW. In dit geval wijkt de formulering echter af van de praktijk. Deze leden vragen de regering daarom duidelijkheid te verschaffen. Het is toch niet de bedoeling dat degene die krachtens de wet bij de organisatie is betrokken niet meetelt als hij niet ook volgens de statuten daarbij is betrokken en vice versa? De leden van de VVD-fractie menen dat hiermee wordt afgeweken van de rechtspraak zonder dat daartoe aanleiding bestaat. Moet uit de handhaving van de woorden op verzoek van de indieners van het in artikel 345 bedoelde verzoek in het gewijzigde tweede lid worden opgemaakt dat een verzoek om een onmiddellijke voorziening uitsluitend door de indieners van het enquêteverzoek kan worden gedaan? Zou dit betekenen dat met ingang van de datum waarop dit wetsvoorstel tot wet wordt verheven geen enkele belanghebbende meer kan verzoeken om onmiddellijke voorzieningen zonder dat ook degene die de enquête vraagt dit heeft gedaan? Hoe kunnen belanghebbenden volgens de regering dan nog hun rechten en belangen laten meewegen of beschermen door de Ondernemingskamer? Moeten ze dan een tweede enquête starten of een andere gerechtelijke procedure, met alle samenloopgevolgen en toenemende complexiteit van de zaak?

Onder vigeur van de huidige wet laat de Ondernemingskamer toe dat de rechtspersoon zelf gedurende de procedure om onmiddellijke voorzieningen kan verzoeken.<sup>1</sup> Is het de bedoeling van de regering om door deze bepaling deze praktijk de pas af te snijden? Hoe kijkt de regering aan tegen de mogelijkheid dat, als belanghebbenden zoals de rechtspersoon geen verzoek om een onmiddellijke voorziening kunnen doen, zij zich genoodzaakt zullen voelen zelf een verzoek tot enquête in te dienen?

#### *Artikel 349a, tweede lid*

De leden van de CDA-fractie lezen in de memorie van toelichting dat de Ondernemingskamer terughoudend moet zijn met het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Kan de regering deze leden duidelijk maken hoe die terughoudendheid zich verhoudt tot de situatie die het tweede lid beschrijft, waarin het treffen van onmiddellijke voorzieningen vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek?

De verwijzing in de memorie van toelichting naar de DSM-beschikking roept een aantal vragen op. Deze beschikking ziet op de bijzondere situatie dat de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen treft vóórdat zich aan de hand van een daartoe strekkend partijdebat ter terechtzitting een definitief oordeel heeft gevormd over het enquêteverzoek. In dát stadium zal van bedoelde bevoegdheid slechts terughoudend gebruik kunnen worden gemaakt. Dient de memorie van toelichting aldus te 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? Zo ja, kan de regering dan nader specificeren in welk opzicht terughoudendheid moet worden betracht?

<sup>1</sup> Bonne Route Holding-zaak – Ondernemingskamer 8 augustus 2006, ARO 2006.

Gaat het om terughoudendheid voor wat betreft de (aard van de) voorzieningen die worden getroffen (niet te diep ingrijpen in de bestaande rechtsverhoudingen binnen de vennootschap), of terughoudendheid voor wat betreft het moment van toewijzen (niet te snel overgaan tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen)?

*Artikel 349a, derde lid*

De leden van de VVD-fractie begrijpen uit de memorie van toelichting dat de regering in deze bepaling de jurisprudentie van de Hoge Raad wil codificeren. Hierbij wordt de beschikking van 14 december 2007 inzake DSM genoemd. Over het verzoek om een onmiddellijke voorziening voordat de Ondernemingskamer heeft beslist op het enquêteverzoek zegt de Hoge Raad dat in dit stadium slechts aan de hand van een beperkt partijdebat voorlopig kan worden beoordeeld of gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twijfelen. In lijn hiermee zegt de regering in de memorie van toelichting dat zij hiermee beoogt te verduidelijken dat de Ondernemingskamer in dat geval moet toetsen of naar haar voorlopig oordeel toewijzing van het verzoek om een onderzoek kan plaatsvinden. In de voorgestelde tekst van artikel 349a, derde lid, staat echter indien naar het voorlopig oordeel van de ondernemingskamer toewijzing van het in artikel 345 bedoelde verzoek zal plaatsvinden. Dit lijkt de leden van de VVD-fractie een veel zwaardere toets dan die welke inzake DSM en de memorie van toelichting gelezen kan worden. Dient daarom dan ook niet het woord «zal» door «kan» te worden vervangen? De leden van de VVD-fractie menen overigens dat het beter zou zijn aansluiting te zoeken bij de wettekst, de jurisprudentie van de Ondernemingskamer en de DSB-beschikking en als criterium te gebruiken: «indien er naar het voorlopig oordeel van de ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen».

De leden van de CDA-fractie lezen dat het derde lid van artikel 2:349a bepaalt dat, ingeval nog geen onderzoek is gelast, een onmiddellijke voorziening slechts wordt getroffen indien naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer toewijzing van het in artikel 2:345 bedoelde verzoek zal plaatsvinden. Kan de regering de frase «ingeval nog geen onderzoek is gelast» nader verklaren? Deze leden vragen of hieronder beide volgende gevallen vallen. Ten eerste dat het enquêteverzoek wel inhoudelijk is behandeld (inclusief het debat ter terechtzitting naar aanleiding van het enquêteverzoek), maar de Ondernemingskamer wacht met de benoeming van een onderzoeker, bijvoorbeeld omdat partijen mogelijk tot een minnelijke regeling komen. Ten tweede als de behandeling (inclusief het debat ter terechtzitting) wordt uitgesteld en de Ondernemingskamer alleen het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen behandelt en toewijst (hetgeen in het verleden regelmatig is gebeurd: gescheiden behandeling, ook wel ont koppeling). Indien de tweede situatie ook onder bedoelde frase moet worden begrepen, wat is dan de meerwaarde van het voorlopige oordeel (als hieraan geen inhoudelijke behandeling van het enquêteverzoek vooraf is gegaan; in sommige gevallen hebben partijen zelfs nog geen verweer gevoerd tegen het enquêteverzoek, maar zich in hun verweerschrift enkel beperkt tot het voeren van verweer tegen het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen)? Met andere woorden, op basis waarvan kan de Ondernemingskamer dan tot het voorlopige oordeel komen dat een toewijzing van het enquêteverzoek zal plaatsvinden? Het antwoord op deze vraag is temeer belangrijk, nu in de memorie van toelichting bij artikel 2:349a wordt vermeld dat de Ondernemingskamer toch kan besluiten dat geen onderzoek zal plaatsvinden. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de Commissie Vennootschapsrecht heeft voorgesteld dat voldoende is het voorlopige oordeel dat het enquêteverzoek kan worden toegewezen. Ook

in de toelichting op artikel 2:349a wordt erover gesproken dat het kan worden toegewezen.

Het is de leden van de CDA-fractie niet duidelijk hoe de bepaling in de slotzin van het derde lid zich verhoudt tot de eerste volzin van het eerste lid. Kan de Ondernemingskamer hier onderuit komen door de behandeling van het enquêteverzoek simpelweg naar de toekomst te verschuiven en te volstaan met het treffen van onmiddellijke voorzieningen?

Kan de regering aansluitend laten weten op welke grond tot een gescheiden behandeling kan worden besloten? Wat is hiervoor nodig? Is de regering het met deze leden eens dat het in de DSM-beschikking vervatte vereiste van terughoudendheid eigenlijk niet juist op deze bevoegdheid moeten zien?

#### *Artikel 350*

De leden van PvdA-fractie vragen wat de reden is dat de raadsheercommissaris aan de procedure wordt toegevoegd. Zijn daar concrete aanleidingen voor? Ontstaat niet het risico dat er onduidelijkheid komt over de rolverdeling tussen de raadsheercommissaris en de onderzoekers?

Naar het oordeel van de leden van de CDA-fractie is er nog onduidelijkheid over de beoordelingsruimte voor toewijsbaarheid van het enquêteverzoek. Het voorgestelde artikel 2:350, eerste lid, komt als volgt te luiden: «De Ondernemingskamer wijst het verzoek slechts toe, wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen.» Voornoemde leden vragen of de woorden «of juiste gang van zaken» het effect van het nieuwe artikel 2:349a, derde lid, niet weer deels teniet doen, omdat het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer een veel bredere grondslag krijgt. Ook onder het huidige recht kan – zo blijkt uit jurisprudentie – het beleid van een ander orgaan dan het bestuur van de rechtspersoon onderwerp van een enquête zijn. Een nadere verduidelijking door toevoeging van «of juiste gang van zaken» lijkt dan ook niet nodig. Bovendien lijken met de toevoeging alle omstandigheden (ook externe omstandigheden) te kunnen worden betrokken. Is de regering bereid de noodzaak van de woorden «of juiste gang van zaken» te heroverwegen?

#### *Artikel 350, tweede lid*

Bij de op zich wenselijke toevoeging aan het tweede lid rijst bij de leden van de VVD-fractie de vraag of de rechtspersoon de door hem betaalde kosten van verweer door de onderzoeker op deze laatste kan verhalen indien deze in de aansprakelijkheidsprocedure wordt veroordeeld. Zo'n veroordeling behoeft er niet op te wijzen dat de onderzoeker de kosten niet in redelijkheid heeft gemaakt. Het is in een procedure vaak een dubbeltje op zijn kant. Deze vraag is in de memorie van toelichting met betrekking tot artikel 357, zesde lid (waar het gaat om door de Ondernemingskamer aangestelde functionarissen) «voor de volledigheid» wel beantwoord: de rechtspersoon kan die kosten niet verhalen. De leden van de VVD-fractie zien geen reden waarom dit niet ook voor de onderzoeker zou gelden.

Hierbij doet zich een meer principiële vraag voor: deze belangrijke kwestie wordt (voor een deel) per memorie van toelichting afgedaan. Zolang het antwoord niet in de wet zelf artikel 350, tweede lid, en artikel 357, zesde lid, wordt gegeven, hebben de onderzoeker noch de aangestelde functionarissen rechtszekerheid omtrent de uiteindelijke omvang van hun aansprakelijkheid.

Ook vragen de leden van de VVD-fractie wat de reikwijdte is van de term kosten van verweer? Kan ook worden uitgelegd hoe het precies zit met de proceskostenveroordeling die de rechter uitspreekt?

De leden van de VVD-fractie brengen ook de antwoorden op de schriftelijke vragen in herinnering die zij hebben gesteld op 20 juli 2010 inzake de uitspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de ASMI zaak.<sup>1</sup> Hoe verhoudt onderhavig wetsvoorstel zich tot de antwoorden die de toenmalige minister van Justitie heeft gegeven? Hij was immers van mening dat onderzoekers die hun werkzaamheden in opdracht van de Ondernemingskamer hebben verricht, de daarvoor met hen afgesproken vergoeding dienen te ontvangen. Indien een opdracht tot het doen van onderzoek door de Ondernemingskamer wordt vernietigd, heeft de vennootschap in beginsel het recht de betaalde kosten van de onderzoeker terug te vorderen wegens onverschuldigde betaling. Acht de regering het redelijk dat de onderzoeker dit risico loopt?

Ook vragen de leden van de VVD-fractie een reactie van de regering op de vraag of het niet wenselijker is dat de Staat de kosten van verweer van de onderzoekers en door de Ondernemingskamer aangestelde commissarissen en bestuurders betaalt als zij ten onrechte worden aangesproken. Betoogd zou immers kunnen worden dat zolang de onderneming de kosten van verweer betaalt, het aantrekkelijk is om een procedure tegen de betrokkenen te beginnen om de onderneming verder onder druk te zetten. Deze prikkel valt weg als de overheid deze kosten betaalt.<sup>2</sup>

#### *Artikel 350, derde lid*

Hoe ziet de regering de rol van de raadsheercommissaris? Houdt hij actief of passief toezicht?

In dit artikel staat dat de raadsheercommissaris op verzoek van belanghebbenden aanwijzingen kan geven. Daarbij vragen deze leden wie eigenlijk tot de kring behoort van degenen die zich tot de raadsheercommissaris mag wenden. Blijkens de memorie van toelichting zouden ook de verzoekers zich tot de raadsheercommissaris kunnen wenden. Is dit inderdaad de bedoeling? Als dat zo is worden dan de duidelijkheid en rechtszekerheid van dit artikel niet beter gediend als in dit artikel de zinsnede wordt opgenomen: «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.»? Dit is immers de tekst zoals die in de memorie van toelichting is vermeld. Hoe ziet de regering de positie van concern- en andere vennootschappen die met de onderzochte vennootschap(en) verbonden zijn? Kunnen die zich ook tot de raadsheercommissaris wenden?

De wet bepaalt niet hoe de belanghebbenden zich tot de raadsheercommissaris kunnen wenden. Is dat een verzoekschriftprocedure? De leden van de VVD-fractie lijkt het op voorhand niet de bedoeling hiervoor een aparte procedure in te richten. Zien zij dit juist? Lijkt de rol van de raadsheercommissaris daarmee niet op de rol van de rechter-commissaris in faillissement? Brengt dit niet mee dat de raadsheercommissaris informeel per brief of anderszins kan worden benaderd door de (direct) belanghebbende(n)?

#### *Artikel 350, vierde lid*

De leden van de VVD-fractie lezen in de memorie van toelichting dat de raadsheercommissaris steeds beslist of en aan wie een afschrift van het verzoek wordt verstrekt en over de verdere procedure die leidt tot de beslissing op het verzoek. Als toelichting wordt gegeven dat de raadsheercommissaris rekening moet houden met artikel 351, derde lid, en moet afwegen of en in hoeverre de betrokkenen in het kader van een behoor-

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2009/10, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 3014.

<sup>2</sup> Zie naast artikel 350 lid 2 ook artikel 357 lid 6 van onderhavig wetsvoorstel.

lijke procesgang voldoende belang hebben bij informatie over het verzoek. Het eerste deel van deze toelichting roept vragen op. Artikel 351, derde lid, bevat een tot de onderzoekers gericht geheimhoudingsgebod. Zij worden volgens het voorstel slechts in de gelegenheid gesteld hun zienswijze te geven en zouden niet bevoegd zijn een verzoek om aanwijzingen in te dienen. Is dat inderdaad de bedoeling? De kans dat onderzoekers naar aanleiding van het hier bedoelde verzoek hun geheimhoudingsplicht zouden schenden lijkt wel zeer gering. Zij kunnen zich tijdens een zitting bij de raadsheercommissaris op verzoek van een belanghebbende altijd op die plicht beroepen. Doelt de regering hier op de gedachte achter artikel 351, derde lid, dat informatie over het verzoek in beginsel vertrouwelijk dient te zijn? Als dat zo is, wordt aan die gedachte dan niet afbreuk gedaan door alle belanghebbenden toe te laten tot een verzoek als bedoeld in artikel 350, vierde lid? Tijdens de behandeling van zo'n verzoek zal onvermijdelijk wel de nodige informatie aan de belanghebbende meegedeeld moeten worden en ook ter kennis van de belanghebbende(n) komen.

De regering verwacht dat de raadsheercommissaris in een groot aantal gevallen geen actieve rol zal behoeven te vervullen omdat het onderzoek naar behoren verloopt. De leden van de VVD-fractie zijn hieromtrent nog niet zo zeker. Wellicht zal de verplichte procesvertegenwoordiging een remmende rol spelen. Is er in dit verband niet wat voor te zeggen op die verplichting een wettelijke uitzondering te maken voor de onderzoeker(s)? In dit verband verwijzen zij naar rechtsoverweging 3.6 in de zaak KPNQwest.<sup>1</sup>

#### *Artikel 351*

De leden van de PvdA-fractie vragen welke concrete aanleidingen er zijn voor het beperken van de aansprakelijkheid van de onderzoekers. Zijn er voorbeelden van onderzoekers die in het verleden aansprakelijk zijn gesteld? Zo ja, hoe zijn deze afgelopen?

#### *Artikel 351, vierde lid*

De leden van de VVD-fractie merken op dat het voorgestelde vierde lid overeenkomt met het reeds in het in 2009 gepubliceerde voorontwerp opgenomen vierde lid. De meest ingetogen reactie op dit voorstel was dat het wat mager was. Deze leden vragen dan ook waarom dit artikel niet is aangepast. Deze leden wijzen in dit verband ook op artikel 6 EVRM, over welks toepasselijkheid Hermans zeer duidelijke waarschuwingen heeft gegeven.<sup>2</sup> Bij het in de memorie van toelichting genoemde «in de gelegenheid [stellen] om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben», vragen de leden van de VVD-fractie of dit wel voldoet aan artikel 6 EVRM en de eisen waaraan een zorgvuldig onderzoek dient te voldoen op basis van de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake de Vries Robbé.<sup>3</sup> Loopt Nederland hier niet het risico door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) op de vingers getikt te worden, ondanks de eerdere uitspraak van dat Hof inzake Text Lite<sup>4</sup>? Deze leden wijzen daarbij op de belangrijke ontwikkeling die de rechtspraak van het EHRM sedertdien heeft getoond. Is het niet beter, op basis van het hier boven beschrevene, om een verdergaande rechtsbescherming op te nemen?

#### *Artikel 355, vierde lid*

De leden van de VVD-fractie merken op dat de Afdeling advisering van de Raad van State adviseerde dat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) wel hoorrecht moest worden toegekend. De Afdeling zag niet in waarom de AFM en de Nederlandsche Bank (DNB) wel dezelfde informatie over een

<sup>1</sup> LJN: BJ7322, Hoge Raad, 09/02164.

<sup>2</sup> R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, Geschriften Vereniging *Corporate Litigation* 2002–2003 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, nr 68), p. 113–173, zie p. 138 e.v..

<sup>3</sup> OK 28 juni 2001, JOR 2001/148 m.nt Van den Ingh.

<sup>4</sup> EHRM 19 maart 2002, JOR 2002/127 m.nt De Kluiver en *Ondernemingsrecht* 2002, p. 309 m.nt Geerts.

enquêteverzoek ontvangen, maar ten aanzien van het horen een ongelijke positie krijgen. De Afdeling merkte op dat voor het gedragstoezicht van de AFM, evenals dat het geval is voor het prudentiële toezicht van DNB, het van belang kan zijn dat zij in de gelegenheid wordt gesteld haar visie ten overstaan van de rechter kenbaar te maken. Het antwoord van de regering om dit niet te doen achten de leden van de VVD-fractie niet afdoende. Hiertoe merken zij op dat de taak van de AFM aanzienlijk ruimer is dan in de memorie van toelichting gesteld. Deze omvat het gehele gedragstoezicht (gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten) op alle financiële ondernemingen, alsmede het beslissen omtrent het toelaten van financiële ondernemingen tot de financiële markten (artikel 1:25 Wet financieel toezicht (Wft)). Dit toezicht omvat ook, onder nog meer, handhaving van het verbod effecten aan te bieden aan het publiek zonder een door de AFM goedgekeurde prospectus en het uitbrengen van een openbaar bod op beursgenoteerde effecten. De AFM heeft daartoe bevoegdheden die diep in het bedrijf van die ondernemingen kunnen ingrijpen en door een (onmiddellijke) voorziening van de Ondernemingskamer doorkruist zouden kunnen worden. Omgekeerd zou ook een voorziening van de Ondernemingskamer een maatregel van de AFM (bijvoorbeeld een aanwijzing een bepaalde gedragslijn te volgen, zie artikel 5:25, eerste lid, juncto 1:75 Wft) kunnen doorkruisen. Daarbij is het toezicht van DNB van geheel andere aard en deels aanzienlijk beperkter dan dat van de AFM, al heeft ook DNB, vanuit haar prudentiële toezicht, tot taak te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot de financiële markten (artikel 1:24 Wft). De leden van de VVD-fractie vragen of het gelet op de verschillende aard van de toezichttaken van de AFM, het niet wenselijk is de uitbreiding te beperken en daar in ieder geval hoofdstuk 5.1a van de Wft en 5.5 niet onder te laten vallen. Ook aarzelen deze leden bij de vraag of onderwerpen als de zorgplicht ten opzichte van cliënten wel tot een informatie aan de AFM noopt. Daarom stellen de leden van de VVD-fractie voor om, gegeven de aanzienlijke verschillen in de taken en de bevoegdheden van AFM en DNB, in artikel 355, vierde lid, de volgende woorden in te voegen na «De Nederlandsche Bank N.V.»: «dan wel de Stichting Autoriteit Financiële Markten, ieder voor zover het betreft het door haar uitgeoefende toezicht». Aldus kan een dubbelrol in vrijwel alle gevallen vermeden worden.

#### *Artikel 357, zesde lid*

De leden van de VVD-fractie merken op dat de plaatsing van het nieuwe zesde lid in artikel 357, dat uitsluitend slaat op de in artikel 356 bedoelde voorzieningen, inhoudt dat het nieuwe lid niet slaat op bij onmiddellijke voorziening aangestelde functionarissen. Voor een onderscheid tussen deze en de krachtens artikel 356 aangestelde functionarissen bestaat geen aanleiding. Hiertoe verwijzen de leden van de VVD-fractie ook naar hetgeen de regering heeft gemeld in de laatste alinea van de toelichting op artikel 357, zesde lid. De leden van de VVD-fractie vragen de regering dan ook om dit artikel te wijzigen. De memorie van toelichting vermeldt dat aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon overigens kan worden ondervangen doordat de aandeelhoudersvergadering decharge verleent aan de desbetreffende bestuurder of commissaris. Houdt dit in dat de vennootschap haar door de Ondernemingskamer aangestelde functionarissen aansprakelijk kan stellen? Zien de leden van de VVD-fractie het goed dat de Ondernemingskamer niet over kan gaan tot de décharge van iemand die ze zelf heeft aangesteld?

## **ARTIKEL II**

De leden van de PvdA-fractie vragen of de evaluatie over drie jaar betrekking zal hebben op het wetsvoorstel het onderhavige wetsvoorstel of op de artikelen 344–359 Boek 2 BW?

## **ARTIKEL III**

De leden van de VVD-fractie lezen in de memorie van toelichting dat de regering de mening is toegedaan dat het oude recht van toepassing moet blijven in de zaken waarin al een enquêteverzoek is gedaan. Hier zou de rechtszekerheid mee zijn gediend. Deze leden menen dat ten aanzien van een aantal bepalingen in het wetsvoorstel met hetzelfde argument een andere keuze kan worden gemaakt. Zij vragen daarom of het niet beter zou zijn de overgangsbepaling onmiddellijke werking toe kennen in de gevallen bij de criteria ten aanzien van de aansprakelijkheid van een onderzoeker en de regeling voor een vergoeding van de onderzoeker en door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen (artikel 351, vijfde lid en 350, tweede lid), bij de kosten van verweer voor enquêteprocedures (artikel 357, zesde lid), bij het informeren van de AFM in lopende enquêteprocedures en bij het kunnen/moeten benoemen in een lopende procedure van een raadsheercommissaris door de Ondernemingskamer. Ten aanzien van de overgangsbepaling hebben de leden van de VVD-fractie nog een andere vraag. Deze overgangsbepaling voorziet er in dat de wet zoals die voor het tijdstip van inwerkingtreding van de wet gold van toepassing blijft op zaken waarin het verzoek op grond van artikel 2:345 voor de inwerkingtreding was ingediend. Wat dient precies te worden verstaan onder zaken? De leden van de VVD-fractie vragen of in dit opzicht de tweede fase van de enquêteprocedure dezelfde zaak is als de eerste fase, of dat dit een nieuwe procedure behelst. Vooral indien het niet om dezelfde zaak gaat, rijzen de volgende vragen. Valt daar in de gevallen dat het verslag van het onderzoek nog niet is gedeponereerd of indien de termijn van artikel 2:355, tweede lid, nog loopt ook een eventuele tweede faseprocedure onder? Indien dat niet zonder meer het geval is, blijven degenen die ten tijde van de indiening van het enquêteverzoek bevoegd waren dat in te dienen, bevoegd ook een tweede faseverzoek te doen, ook indien zij mogelijk niet voldoen aan de nieuwe eisen van artikel 2:346, eerste lid, onderdeel c? Kunnen het bestuur, de Raad van Commissarissen en een eventuele faillissementscurator in die gevallen ook zelf een tweede faseverzoek indienen?

De voorzitter van de commissie,  
De Roon

Adjunct-griffier van de commissie,  
Hessing-Puts