

VOORWOORD

Op 31 oktober 2018 vond de promotie plaats van mr. K. Spruitenburg aan de Radboud Universiteit Nijmegen op haar studie naar de enquêtgerechtigden bij de NV en de BV. Promotores zijn prof. mr. Claartje Bulten en prof. mr. Marco Nieuwe Weme. De studie verschijnt als deel 153 in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut.

Het boek bevat een analyse van de toegang tot het enquêterecht bij de NV en de BV met een overzicht van de knelpunten, onduidelijkheden, voor- en nadelen en lacunes. Die toegang is inderdaad niet een eenvoudig gegeven: de wetswijziging van 2013 leidt tot vragen en de jurisprudentie blinkt niet uit in helderheid. Spruitenburg gaat op zoek naar antwoorden en doet, indien nodig, suggesties voor aanpassing van de wettekst. Aldus is dit boek een waardevolle toevoeging aan het wetenschappelijk debat, mede omdat de wetgever na de evaluatie van de wetswijziging in 2013 moet bezien in hoeverre het enquêterecht voldoet aan de behoeften van de praktijk.

Steeds bekijkt de schrijfster of de wijze waarop een enquêtgerechtigde toegang heeft, beantwoordt aan de doeleinden en de strekking van het enquêterecht. Zij acht het van belang dat een vennootschap niet onnodig wordt bezwaard met de nadelen van een enquêtprocedure.

Het boek begint met de kapitaalverschaffers. De toegangseisen voor de kapitaalverschaffers lijken helder, maar er zijn onduidelijkheden: Hoe zit het met de drempel voor ‘kleine beursvennootschappen’? Wie is te beschouwen als ‘certificaathouder’? Uitgebreid aandacht is er voor de economisch gerechtigden, een in de jurisprudentie ontwikkelde term voor een enquêtgerechtigde die verschaffer is van risicodragend kapitaal. Spruitenburg distilleert uit de rechtspraak twee elementen die waarborgen dat de economisch gerechtigde niet ‘te ver verwijderd is’ van de in de wet opgenomen aandeelhouder en certificaathouder. Ook de pandhouder en vruchtgebruiker komen uitgebreid aan bod.

Bijzondere aandacht is er voor de situatie waarin het belang van de verzoekende kapitaalverschaffer wijzigt. Spruitenburg neemt gemotiveerd stelling: het moment van indienen van het enquêteverzoek is het enige peilmoment. Daarnaast verdient en krijgt de enquêtebevoegdheid van kapitaalverschaffers in concernverhoudingen apart bespreking.

De schrijfster houdt vervolgens de bevoegdheid van de vennootschap zelf tegen het licht. De organen en personen die namens de vennootschap kunnen indienen, komen uitvoerig aan bod. Wederom ziet Spruitenburg de uitgangspunten van de wetgever en de heersende literatuur niet als een vaststaand gegeven, zij komt tot

eigen conclusies en bevindingen. Zo neemt zij aan dat een besluit van het bestuur of de raad van commissarissen een vereiste is om namens de vennootschap een enquête te kunnen verzoeken. Over de enquêtebevoegdheid van de curator is de onderzoekster kort: die kan worden geschrapt.

Een bespreking van de categorieën van enquêtegerechtigden is niet compleet zonder een behandeling van de factor 'arbeid'. Spruitenburg beschrijft de aspecten van de enquêtebevoegdheid van de vakbond, zoals het criterium 'in de onderneming werkzame personen'. Zij gaat tevens in op de vraag of de ondernemingsraad ook enquêtegerechtigd zou moeten zijn. Alle argumenten voor en tegen komen aan de orde, en wederom neemt schrijfster stelling: de ondernemingsraad moet enquêtebevoegdheid krijgen.

Tevens beziet Spruitenburg de rol van de A-G. Het begrip 'openbaar belang', de terughoudende opstelling van de A-G, en de mogelijkheid om actiever te zijn, zijn hier drie belangrijke thema's. Zij stelt zich tevens de vraag of deze enquêtebevoegdheid niet beter overgeheveld kan worden aan een andere instantie. De laatste categorie is de persoon die enquêtebevoegdheid heeft op grond van de statuten of een overeenkomst. Deze bevoegdheid lijkt eenvoudig, maar de schrijfster laat zien dat er addertjes onder het gras schuilen. Wie verleent de bevoegdheid bij overeenkomst? Heeft de ondernemingsraad adviesrecht? Wat is beter: in statuten of bij overeenkomst? Op deze en andere vragen geeft Spruitenburg antwoord.

De studie van Spruitenburg biedt stof tot overdenking voor de wetenschapper. Het boek geeft een inzichtelijk en compleet overzicht van de enquêtegerechtigden bij de NV en de BV. Alle relevante vragen komen aan bod en worden, na een zorgvuldige bestudering van wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie, beantwoord. Het boek draagt onmiskenbaar bij aan de discussie over dit onderwerp, mede in het licht van de al genoemde evaluatie van het enquêterecht. De wetenschappelijke analyse met ruim voldoende oog voor de rechtspraktijk maakt het boek voor praktijkjuristen, zoals de advocaat en de rechter maar ook de wetgevingsambtenaar, interessant en onmisbaar.

Met veel plezier nemen wij dit proefschrift op in de Serie.

G. van Solinge
M. van Olffen
M.P. Nieuwe Weme
C.D.J. Bulten

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	V
Hoofdstuk 1. Inleiding	1
1.1 Het onderwerp en de aanleiding	1
1.2 De doelstelling van het onderzoek	4
1.3 De opzet van het onderzoek	4
1.3.1 De methode van onderzoek	4
1.3.2 De afbakening van het onderzoek	4
1.4 De verantwoording	5
1.5 Het plan van behandeling	6
Hoofdstuk 2. Een korte schets van de enquêteprocedure	9
2.1 Inleiding	9
2.2 De achtergrond	9
2.3 Doeleinden en strekking	13
2.4 Typen van enquêtes	17
2.5 Conclusie	18
Hoofdstuk 3. De kapitaalverschaffers	21
3.1 De aandeelhouders	21
3.1.1 Inleiding	21
3.1.2 Geschiedenis	22
3.1.2.1 De totstandkoming van de eerste enquêteregeling	22
3.1.2.2 Het enquêterecht van 1928	26
3.1.2.3 De wetwijziging van 1971	27
3.1.2.4 De wetwijziging van 1994	30
3.1.2.5 De wetwijziging van 2013	30
3.1.2.6 SER-Advies evenwichtig ondernemingsbestuur	31
3.1.2.7 Empirisch onderzoek	32

	3.1.2.8 De wetgever	33
	3.1.2.9 Evaluatie wetswijziging 2013	35
3.1.3	De kapitaal­eisen	35
	3.1.3.1 Gedifferentieerde toegang	35
	3.1.3.2 Werking van de kapitaal­eisen in verhouding tot de doel­stelling	36
3.1.4	Stemrechtloze en winstrechtloze aandelen	42
3.1.5	De (deelgenoten van) aandelen in een gemeenschap	43
3.1.6	Girale aandelen	51
	3.1.6.1 Aandelen in een (buitenlands) giraal effectensysteem	51
	3.1.6.2 Buitenlandse instrumenten zoals Global Depositary Receipts	54
3.1.7	De failliete aandeelhouder-rechtspersoon	56
3.1.8	De verkoop van aandelen	61
3.1.9	Verwaterde aandeelhouders	65
3.1.10	Voormalig aandeelhouders	69
	3.1.10.1 Onteigende aandeelhouders	69
	3.1.10.2 Andersoortige ex-aandeelhouders	74
3.2	De certificaathouders	76
	3.2.1 Inleiding	76
	3.2.2 Geschiedenis	77
	3.2.3 Bewilligde en niet-bewilligde certificaten	78
	3.2.4 Certificaten met vergaderrecht	80
	3.2.5 Kenmerken van een certificaat en economische gerechtigdheid	81
	3.2.6 Verhouding tussen administratiekantoor en certificaathouder	82
3.3	De economisch gerechtigden	86
	3.3.1 Inleiding	86
	3.3.2 Geschiedenis	87
	3.3.3 Verschaffers van risicodragend kapitaal	87
	3.3.4 Economische gerechtigdheid via de gelijkstellingsbenadering	88
	3.3.5 Jurisprudentie	89
	3.3.5.1 Scheipar	89
	3.3.5.2 Butôt	91
	3.3.5.3 TESN	92
	3.3.5.4 Chinese Workers	96
	3.3.5.5 Economische gerechtigdheid: een tussenstand	103
	3.3.5.6 Interfisc	104
	3.3.5.7 Slotervaartziekenhuis	106
	3.3.5.8 FEIST	109
	3.3.5.9 Europa Leasing	113
	3.3.5.10 Economische gerechtigdheid: een eindstand (?)	117

3.3.6	Aanvullende vragen	120
3.3.6.1	Inleiding	120
3.3.6.2	De enquêtebevoegdheid van de aandeelhouder of certificaathouder zonder economisch belang	120
3.3.6.3	Kunnen verschillende partijen de enquêtebevoegdheid ontlenen aan dezelfde aandelen?	123
3.4	Conclusie	124
Hoofdstuk 4. Pandhouders en vruchtgebruikers		131
4.1	Inleiding	131
4.2	Geschiedenis: toekenning van certificaathoudersrechten	131
4.3	Vruchtgebruiker en pandhouder met stemrecht	132
4.4	Vruchtgebruiker en pandhouder zonder stemrecht	133
4.5	Pandrecht en vruchtgebruik zonder certificaathoudersrechten	134
4.5.1	De positie van de pandhouder en vruchtgebruiker zonder certificaathoudersrechten	134
4.5.2	Pandhouder van aandelen zonder certificaathoudersrechten en pandhouder van certificaten	135
4.5.3	Vruchtgebruiker van aandelen zonder certificaathoudersrechten en vruchtgebruiker van certificaten	136
4.6	De (pandhoudende) kredietverschaffer en enquêtebevoegdheid	137
4.7	Conclusie	141
Hoofdstuk 5. Peilmoment(en) voor ontvankelijkheid		143
5.1	Inleiding	143
5.2	Geschiedenis	143
5.3	Peilmoment(en) na de Emba-beschikking	145
5.3.1	De Hoge Raad in Emba	145
5.3.2	Peilmoment is onveranderd	146
5.3.3	Peilmoment is uitgebreid	147
5.4	Peilmoment(en) in tweede fase	150
5.5	Conclusie	151
Hoofdstuk 6. De enquêtebevoegdheid in concernverhoudingen		153
6.1	Inleiding	153
6.2	Geschiedenis	154
6.3	De rechtspraak vóór Landis	156

6.4	De Landis-beschikking	157
6.4.1	De Hoge Raad over de concernenquête	157
6.4.2	Landis nader beschouwd	159
6.4.3	De economische werkelijkheid: de omstandigheden van het geval	162
6.5	Rechtspraak na Landis	164
6.5.1	Gronden voor toewijzing	164
6.5.2	Gronden voor afwijzing	167
6.6	Synthese	169
6.7	Enquête naar boven	170
6.8	Geen doorbraak naar of vanuit buitenlandse vennootschap	174
6.9	Conclusie	177
 Hoofdstuk 7. De vennootschap zelf		 181
7.1	Inleiding	181
7.2	Geschiedenis	181
7.3	Het bestuur	183
7.3.1	De uitleg van de wet in de parlementaire geschiedenis	183
7.3.2	Gevolgen van het Richtlijnstelsel	183
7.3.3	De rechtspraak	185
7.3.4	Procesvertegenwoordiging: de heersende leer	188
7.3.5	Procesvertegenwoordiging versus richtlijnstelsel	190
7.3.5.1	Nuancering van de heersende leer	190
7.3.5.2	De opvatting over de reikwijdte van het richtlijnstelsel bij niet dwingende wettelijke beperkingen en voorwaarden	191
7.3.5.3	Vertaling naar de enquêtebevoegdheid van de vennootschap	194
7.3.5.4	Contra-argumenten	195
7.3.5.5	Synthese	197
7.3.6	Art. 2:15 lid 3 sub b BW	197
7.3.7	Wenselijk recht	198
7.3.7.1	Bestuursbesluit als ontvankelijkheidsvereiste	198
7.3.7.2	Bestuursbesluit in het Curaçaose enquêterecht	203
7.4	De raad van commissarissen en de niet uitvoerende bestuurders	205
7.4.1	Inleiding	205
7.4.2	De raad van commissarissen: besluit is vereist	205
7.4.3	De niet uitvoerende bestuurders	206
7.4.3.1	Een zelfstandige enquêtebevoegdheid	206
7.4.3.2	Besluit is vereist	207
7.4.4	De rechtspraak	208

7.5	De geschorste bestuurder of commissaris	209
7.6	Aanpassing van art. 2:349 lid 1 BW is gewenst	210
7.7	Conclusie	214
Hoofdstuk 8. De curator		219
8.1	Inleiding	219
8.2	Geschiedenis	219
8.3	De taak van de curator	221
8.4	Het belang van de curator bij enquêtebevoegdheid	223
8.5	Verhouding met doel en strekking van het enquêterecht	227
	8.5.1 De doeleinden	227
	8.5.2 Aard en strekking van de enquêteprocedure	228
	8.5.3 Synthese	232
8.6	De werking van art. 2:349 lid 1 BW in faillissement	235
8.7	Zijn enquêtekosten boedelschulden?	236
8.8	Conclusie	239
Hoofdstuk 9. De werknemers		241
9.1	Inleiding	241
9.2	Geschiedenis	241
	9.2.1 Herziening van het ondernemingsrecht door de Commissie Verdam	241
	9.2.2 De enquête vanuit werknemerszijde	242
	9.2.3 De wetswijziging van 1971	243
	9.2.4 De wetswijziging van 1994	245
9.3	De wettelijke vereisten van art. 2:347 BW	246
9.4	De enquêtebevoegdheid bij de enkelvoudige vennootschap	248
	9.4.1 Inleiding	248
	9.4.2 De zaak PCM	248
	9.4.3 De zaak Friesland Vlees	249
	9.4.4 De zaak Meavita	250
	9.4.5 Intermezzo: De parallel met Slotervaartziekenhuis, Drogisten-Associatie en SNS Reaal	251
9.5	De enquêtebevoegdheid in concernverhoudingen	252
	9.5.1 Inleiding	252
	9.5.2 De SER over de enquêtebevoegdheid van vakbonden in concernverhoudingen	253
	9.5.3 De zaak Janssen Pers: gezamenlijk drijven onderneming	255
	9.5.4 De zaak IJsselwerf: enquête naar boven	255

9.5.5	De zaak Esteves: enquête naar boven	256
9.5.6	De zaak PCM: enquête naar boven	256
9.5.7	De zaak Meavita: enquête naar boven	258
9.5.8	Synthese rechtspraak	259
9.5.9	Enquête naar boven vanuit buitenlandse vennootschap	261
9.6	Raadplegen ondernemingsraad	265
9.7	Gebruik van het enquêterecht door vakbonden in de praktijk	265
9.8	De positie van de ondernemingsraad	269
9.8.1	Inleiding	269
9.8.2	Een terugblik	270
9.8.3	Toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad?	272
9.8.4	De argumenten voor en tegen toekenning van de enquêtebevoegdheid aan de ondernemingsraad	275
9.8.4.1	Waarborgen tegen (vrees voor) lichtvaardig gebruik	275
9.8.4.2	Toekenning van het enquêterecht bij overeenkomst	278
9.8.4.3	Procesbevoegdheid	279
9.8.4.4	Samenloop met art. 26 WOR	280
9.8.4.5	De behoefte aan enquêtebevoegdheid	283
9.8.4.6	Taak ondernemingsraad en verhouding met de ondernemer	284
9.8.4.7	Verhouding met de vakbonden	285
9.8.4.8	Oneigenlijk gebruik	286
9.8.4.9	Andere medezeggenschapsorganen	287
9.8.4.9.1	Wet Toelating Zorginstellingen	287
9.8.4.9.2	Pensioenwet	290
9.8.4.9.3	Woningwet	291
9.8.4.9.4	Wetsvoorstel inzake de maatschappelijke onderneming	291
9.8.4.10	Synthese	292
9.8.5	Enquêtebevoegdheid voor de ondernemingsraad en vakbond	294
9.8.5.1	Een complementaire bevoegdheid	294
9.8.5.2	Competentiestrijd	296
9.9	Conclusie	297
 Hoofdstuk 10. De advocaat-generaal		 301
10.1	Inleiding	301
10.2	De rol van het OM	301
10.2.1	De bevoegdheden van het OM in het rechtspersonenrecht	301
10.2.2	Bestrijding van misbruik van rechtspersonen	303

10.3	Totstandkomingsgeschiedenis	305
10.3.1	Inleiding	305
10.3.2	De Commissie Verdam en de invoering van de enquêtebevoegdheid in 1971	306
10.3.3	Wetswijziging enquêterecht 1994 en 2013	307
10.4	Het begrip algemeen belang, openbaar belang en openbare orde	308
10.5	Het begrip openbaar belang in het enquêterecht	310
10.5.1	Inleiding	310
10.5.2	Het begrip openbaar belang in de wetsgeschiedenis	310
10.5.2.1	Totstandkomingsgeschiedenis wetswijziging 1971	310
10.5.2.2	Totstandkomingsgeschiedenis wetswijziging 1994	312
10.5.2.3	Synthese	313
10.5.3	Redenen van openbaar belang in de jurisprudentie	314
10.5.3.1	Inleiding	314
10.5.3.2	Vergelijking met andere civielrechtelijke bevoegdheden van het OM	315
10.5.3.3	Enquêteprocedure	318
10.5.3.3.1	Inleiding	318
10.5.3.3.2	Verlies van werkgelegenheid	318
10.5.3.3.3	Vertrouwen in een bepaalde bedrijfstak of de kapitaalmarkt	321
10.5.3.3.4	Strafbare gedragingen	323
10.5.3.3.5	Teloorgang van specifieke kennis	324
10.5.3.3.6	Maatschappelijk belang	324
10.5.3.3.7	Bijkomende omstandigheden	326
10.5.4	Organisaties van openbaar belang	328
10.5.5	Synthese	329
10.6	De (terughoudende) opstelling van de A-G	330
10.6.1	Primaire of subsidiaire bevoegdheid	330
10.6.2	Een lopend strafrechtelijk of parlementair onderzoek	331
10.6.3	Integrale of marginale toetsing	332
10.6.4	Het vooronderzoek	334
10.6.5	Mogelijke verklaringen voor terughoudende opstelling	337
10.6.6	Synthese	338
10.7	Discretionaire bevoegdheid en beslissingsruimte	339
10.7.1	Het opportuniteitsbeginsel	339
10.7.2	Beslissingsruimte en verantwoording	341
10.8	Naar een actievare A-G	343

10.9	Een alternatieve gedachte	344
10.9.1	Andere toezichhouder?	344
10.9.2	De rol van de A-G in het enquêterecht	352
10.9.2.1	De (beperkende) werking van het begrip openbaar belang	352
10.9.2.2	De ‘dringende gronden’-grondslag in de Curaçaose enquêteregeling	354
10.9.3	Enquêterecht voor iedere belanghebbende?	357
10.9.4	Enquêtebevoegdheid voor collectieve belangenorganisaties (art. 3:305a BW)?	359
10.10	Conclusie	363
Hoofdstuk 11. De enquêtebevoegdheid bij statuten of overeenkomst		367
11.1	Inleiding	367
11.2	Geschiedenis	368
11.2.1	Ontwerp 1910 en WvK 1929/1971	368
11.2.2	Overheveling naar het Burgerlijk Wetboek in 1976	369
11.2.3	Wetswijziging 2013	369
11.3	Het belang van art. 2:346 lid 1 sub e BW	370
11.4	De enquêtebevoegdheid in statuten	371
11.5	De enquêtebevoegdheid bij overeenkomst	374
11.5.1	Inleiding	374
11.5.2	Toekenning aan eenieder	376
11.5.3	Geen verandering in machtsverhoudingen	376
11.5.4	Adviesrecht ondernemingsraad?	378
11.5.5	Vertegenwoordiging is vereist	379
11.5.6	Geen ondernemingsovereenkomst in de zin van de WOR	381
11.5.7	Oude enquêteovereenkomsten van vóór 1 januari 2013	382
11.5.8	Verbintenisrechtelijke aspecten	384
11.6	Voorwaarden aan statutair of contractueel enquêterecht	389
11.7	De beursvennootschap	391
11.7.1	Voorwetenschap	391
11.7.2	Prospectus bij IPO	395
11.8	Statuten versus overeenkomst: voor- en nadelen	397
11.9	Conclusie	398

Hoofdstuk 12. Samenvatting en conclusies	401
Summary	427
Registers	451
Afkortingen en terminologie	453
Literatuur	457
Jurisprudentie	485
Trefwoorden	497

Hoofdstuk 1

INLEIDING

1.1 Het onderwerp en de aanleiding

Het enquêterecht zoals opgenomen in Afdeling 2 van Titel 8 van Boek 2 BW is een zwaar wapen. Het scheidt de mogelijkheid een onderzoek (enquête) in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon, zoals een NV en BV. De OK kan een enquête bevelen wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen. Er moeten dus aanwijzingen zijn dat er 'iets mis is' bij de vennootschap. Daarbij heeft de OK een ruime mate van vrijheid in haar beoordeling. Indien de OK het enquêteverzoek toewijst, kan zij door het treffen van onmiddellijke voorzieningen ingrijpen in de vennootschap en haar onderneming. De mogelijkheden die de OK daartoe heeft zijn vergaand. Zij kan iedere voorziening treffen die vereist is in verband met de toestand van de vennootschap of in het belang van het onderzoek. In de praktijk kunnen die onmiddellijke voorzieningen eveneens tot vergaande en veelal blijvende gevolgen leiden. Daar komt bij dat de OK de onmiddellijke voorzieningen zelfs kan bevelen, voordat over het enquêteverzoek is beslist. Bij gebleken wanbeleid kan de OK vervolgens ingrijpen door het treffen van bepaalde in de wet genoemde eindvoorzieningen. De meest vergaande eindvoorziening betreft de ontbinding van de rechtspersoon (art. 2:356 sub f BW).

Omdat het enquêterecht een zwaar wapen is, komt niet aan iedereen die bij de vennootschap betrokken is de enquêtebevoegdheid toe. Reeds sinds de invoering van het enquêterecht in 1928 bestaat een verband tussen de ingrijpende gevolgen van een enquête en de beperkte toegang tot het enquêterecht:

“Het geldt hier een zeer bijzondere bevoegdheid, welke, indien verkeerd toegepast, voor de vennootschap uiterst nadeelige gevolgen kan hebben. Als wettelijk minimum zij gesteld een vijfde gedeelte van het geplaatst kapitaal.”¹

¹ *Kamerstukken II 1924-1925, 69, nr. 1 (Verslag), Wijziging en aanvulling van de bepalingen in het Wetb. v. Kooph. omtrent de naaml. vennootschap van koophandel, enz., p. 32.*

De gedachte dat de toegang tot het enquêterecht begrensd dient te zijn gelet op de nadelige gevolgen die een enquête heeft voor de vennootschap, komt ook terug bij de wijziging van het enquêterecht in 1971 en 1994.² In 2009 verwoordt de Hoge Raad de mogelijke nadelen voor de vennootschap duidelijk in zijn *Unilever*-beschikking:

“Niettemin kan de vraag worden gesteld of de ondernemingskamer met haar beslissing voldoende oog heeft gehad voor de bezwaren tegen een ruime toepassing van het middel van een enquête. De bezwaren waarop Unilever zich in dit verband heeft beroepen, zijn dat het instellen van een enquête reputatieschade voor de betrokken rechtspersoon kan meebrengen en de beurskoers negatief kan beïnvloeden, en dat het gevaar bestaat dat de verzoekers in feite slechts hun eigen vermogensrechtelijke belangen beogen te dienen in plaats van het belang van de rechtspersoon. Daarnaast moet worden bedacht dat het onderzoek, afhankelijk van het onderwerp en de afbakening daarvan, diep kan ingrijpen in het functioneren van de rechtspersoon en dat het hier gaat om een slechts in één feitelijke instantie gevoerde procedure, waarvan de uitkomst niet alleen kan leiden tot de tweede enquêteprocedure maar ook een, zij het beperkte, betekenis in bewijsrechtelijk opzicht kan hebben in andere procedures (vgl. HR 8 april 2005, nr. R04/005, RvdW 2005, 51).”³

Dezelfde overwegingen liggen ten grondslag aan de wijziging van de toegang tot het enquêterecht voor de kapitaalverschaffers in 2013. De minister merkt op:

“Voor een aanpassing is bijvoorbeeld relevant of de juiste belanghebbenden toegang hebben tot de procedure en of hun belang zodanig groot is dat het gerechtvaardigd is dat de rechtspersoon wordt geconfronteerd met een procedure die ingrijpende gevolgen heeft. Zo kan een onderzoeker het beleid en de gang van zaken binnen de rechtspersoon onderzoeken op kosten van de rechtspersoon. Ook zijn er publicitaire gevolgen omdat de Ondernemingskamer moet beoordelen of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen en/of onmiddellijke voorzieningen noodzakelijk zijn in verband met de toestand van de vennootschap of het belang van het onderzoek. De gevolgen voor de beeldvorming over een rechtspersoon zouden door verzoekers kunnen worden gebruikt om de rechtspersoon onder druk te zetten. Dat kan gerechtvaardigd zijn indien de verzoeker een voldoende groot belang heeft bij het functioneren van de rechtspersoon, maar kan onder omstandigheden ook worden misbruikt («tactical litigation»).”⁴

2 Ik kom hier later uitgebreid op terug in § 3.1.2.3 en § 3.1.2.4.

3 HR 18 november 2005, NJ 2006/173 (*Unilever*), r.o. 4.4.1.

4 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 887, nr. 3 (MvT), p. 5.

De gedachte dat toegang tot het enquêterecht niet te gemakkelijk open moet staan voor kapitaalverschaffers leidt vervolgens tot aanpassing van de kapitaalisen voor ‘grote’ vennootschappen. De wetgever acht de 10% drempel voor die vennootschappen te hoog en de drempel van € 225.000 nominaal kapitaal te laag. De begrensde toegang dient ook in de rechtspraak tot uitgangspunt. Het is vaste jurisprudentie dat art. 2:346 BW een limitatieve opsomming van de enquêtegerechtigden geeft. Toch zijn de deuren van het enquêterecht de afgelopen jaren verder opengezet door de OK en de Hoge Raad. Sinds kort wordt aanvaard dat de enquêteprocedure openstaat voor twee groepen die op grond van de wet niet langer of geheel niet enquêtebevoegd zijn. De wijzigingen in het kader van de herziening van het enquêterecht in 2013 hebben eveneens bijgedragen aan een ruimere toegang tot de procedure. Sindsdien kan de vennootschap zelf, vertegenwoordigd door het bestuur of de raad van commissarissen, of de curator een enquêteverzoek indienen.

De geschiedenis van het enquêterecht laat door de jaren heen een aanzienlijke toename aan procedures zien. Debet hieraan is de ruimhartige en voortvarende wijze waarop de OK in processueel en inhoudelijk opzicht rechtspreekt. Daarbij heeft het enquêterecht zich in de handen van de OK ontwikkeld tot een breed werkende procedure ter oplossing van uiteenlopende geschillen die spelen binnen de (organen van de) vennootschap, ook voor geschillen die voorheen bij de gewone burgerlijke rechter (eventueel in kort geding) werden voorgelegd. Naarmate de enquêteprocedure in de afgelopen decennia een steeds belangrijker functie in het vennootschapsrecht inneemt, krijgt de processuele kant van de procedure meer aandacht. Dat wekt geen verwondering. Degene aan wie het enquêterecht toekomt, heeft een sterk middel in handen om invloed uit te oefenen op het beleid en de gang van zaken binnen een rechtspersoon. Daarbij komt dat als een enquêteverzoeker de OK eenmaal adresseert, partijen in het enquêterecht de grip op hun zaak verliezen. Dat heeft onder meer te maken met het feit dat de enquêteprocedure een verzoekschriftprocedure is en het belang van de vennootschap in die procedure centraal staat.⁵ Tijdens de enquêteprocedure voeren de OK en de door haar aangestelde functionarissen in feite de regie over de vennootschap.

De wetwijziging van 2013 leidt tot verschillende juridische vragen. Daarnaast verschaft de rechtspraak van de OK en de Hoge Raad over de toegang tot het enquêterecht niet voldoende duidelijkheid. Tegen deze achtergrond komt grote betekenis toe aan de vraag wie toegang heeft tot het enquêterecht en wie die toegang zou moeten hebben. Dit alles vormt aanleiding tot een analyse op de toegang tot het enquêterecht met het oog op het doel en de strekking ervan.

⁵ De verzoekschriftprocedure geeft de rechter in vergelijking met de dagvaardingsprocedure in het algemeen meer vrijheid. Dat biedt de OK ruimte om een actieve houding aan te nemen en het proces te sturen. In de praktijk is dit ook de wijze waarop de OK in het enquêterecht rechtspreekt. Zie Geerts, diss. (2004), p. 10-11 en Klaassen (2016), p. 196-199.

1.2 De doelstelling van het onderzoek

Dit onderzoek bevat een analyse van de toegang tot het enquêterecht naar huidig recht en wenselijk recht. Het onderzoek richt zich op de toegangsvereisten met de daarbij horende knelpunten, onduidelijkheden, voor- en nadelen en eventuele lacunes. Aan (de toegang tot) het enquêterecht liggen enkele beginselen ten grondslag. Deze uitgangspunten vormen een richtsnoer voor de door mij te geven oplossingen.

Bij het zoeken naar oplossingen zoek ik ook aanknopingspunten elders in het ondernemingsrecht en in het burgerlijk recht. Daarnaast put ik inspiratie uit de op dezelfde leest als de Nederlandse regeling geschoeide Curaçaose enquêteregeling.

De bespreking van de toegang tot het enquêterecht geschiedt in dit boek vanuit een dogmatische invalhoek. Zij is gebaseerd op de in de literatuur en jurisprudentie heersende opvatting. De daaruit voortvloeiende standpunten worden weergegeven en waar nodig van kritische kanttekeningen voorzien.

1.3 De opzet van het onderzoek

1.3.1 De methode van onderzoek

In dit onderzoek ga ik per hoofdstuk in op de ontvankelijkheidsvereisten van een enquêtegerechtigde partij. Bij de analyse van de toegang tot het enquêterecht per enquêtegerechtigde gelden de doeleinden en strekking van het enquêterecht als algemeen uitgangspunt. Daarnaast tracht ik met een uitgebreide bespreking van de (wets) geschiedenis van iedere enquêtegerechtigde partij de bedoeling van de wetgever te achterhalen. Die achtergrond vormt samen met de doeleinden en de strekking van het enquêterecht het kader waarbinnen ik de toegang tot het enquêterecht van een specifieke partij analyseer. Bij die analyse betrek ik steeds het belang van de vennootschap om niet bezwaard te worden met een enquêteprocedure vanwege de publicitaire gevolgen, de kosten, het tijdsbeslag en de impact op de besluitvorming en de bedrijfsvoering.

Alle hoofdstukken hebben aldus goeddeels dezelfde opbouw. Dit zorgt voor een logisch en overzichtelijk onderzoek.

1.3.2 De afbakening van het onderzoek

Het onderzoek beperkt zich tot de juridische aspecten van de toegang tot het enquêterecht bij de NV en BV. De enquêteprocedure vervult vooral een rol bij deze kapitaalvennootschappen. Het is denkbaar ook hoofdstukken te wijden aan de toegang tot het enquêterecht bij stichtingen, verenigingen (alsmede de coöperatie en onderlinge

waarborgmaatschappij). Enquêteverzoeken bij stichtingen, verenigingen en coöperaties vinden echter relatief weinig plaats.⁶ Slechts in een aantal van die procedures doen zich ontvankelijkheidsvragen voor. Deze beschikkingen behandel ik wel in mijn onderzoek. Het oordeel over de ontvankelijkheid kan mutatis mutandis van waarde zijn voor de toegang tot het enquêterecht bij de NV en BV.

Een enquête kan niet plaatsvinden bij vennootschappen naar buitenlands recht, ook niet indien zij alle of nagenoeg alle activiteiten in Nederland ontplooiën.⁷ Dit volgt uit de opsomming van rechtspersonen naar Nederlands recht in art. 2:344 BW. Afgezien daarvan heeft de OK geen rechtsmacht om kennis te nemen van een enquêteverzoek ten aanzien van een buitenlandse rechtspersoon.⁸ Voor beschouwingen over de wenselijkheid van de toepassing van het enquêterecht op formeel buitenlandse vennootschappen verwijs ik naar andere literatuur.⁹ Ik bespreek in dit onderzoek enkel de toegang tot het enquêterecht bij een naar Nederlands recht opgerichte NV en BV.

Ik besteed voorts zijdelings aandacht aan de bezwarenplicht van art. 2:349 lid 1 BW. In de praktijk geeft deze bepaling niet veel aanleiding tot discussie. De OK gaat doorgaans ruimhartig om met deze regel. De werking van dit artikel komt alleen aan de orde bij de nieuwkomers in het enquêterecht per 1 januari 2013: de vennootschap zelf en de curator.

1.4 De verantwoording

Het onderzoek is gebaseerd op de (juridische) literatuur, jurisprudentie, wetgeving en de parlementaire geschiedenis betreffende de toegang tot het enquêterecht.

Tijdens de duur van dit onderzoek ben ik werkzaam geweest bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (september 2014 tot en met februari 2015). Gedurende deze periode ben ik daarom aan de kant van de rechterlijke macht betrokken geweest bij verschillende enquêteprocedures.

Het onderzoek is afgesloten omstreeks 15 juni 2018.

6 Voor zover bij mij bekend zijn er tot op heden geen enquêteverzoeken ingediend bij onderlinge waarborgmaatschappijen.

7 Zie OK 16 juli 2004, *ARO* 2004/96 (*Citadel Beheer*). Zie ook HR 13 mei 2005, *NJ* 2005/298; *JOR* 2005/147 (*Zeelandia Curaçao*).

8 Op grond van art. 24 lid 2 Brussel I-bis is de rechter van de vestigingsplaats van de rechtspersoon exclusief bevoegd, zie T&C BW/Van Solinge, art. 10:119 BW, aant. 5 en T&C BW/Van Solinge, Titel 8 Boek 10 BW, Inleidende opmerkingen, aant. 2 (online bijgewerkt tot 1 juli 2017).

9 Verbrugh en Timmerman (2009) pleiten bijvoorbeeld voor een zekere uitbreiding van het toepassingsbereik van het enquêterecht. Zij zouden graag zien dat de Nederlandse wetgever het enquêterecht, zij het in verlichte vorm, op buitenlandse vennootschappen met vrijwel uitsluitend activiteiten in Nederland van toepassing verklaart.

1.5 Het plan van behandeling

Dit onderzoek bestaat uit 12 hoofdstukken. *Hoofdstuk 2* vangt aan met een korte schets van de ontwikkeling van het enquêterecht met het oog de doeleinden en strekking ervan.

In *hoofdstuk 3* staat de enquêtebevoegdheid van kapitaalverschaffers centraal. Dit is een omvangrijk hoofdstuk. Uit empirisch onderzoek blijkt dat de meeste enquêteverzoeken afkomstig zijn van de kapitaalverschaffers, veelal van de aandeelhouders.¹⁰ De meeste vragen over de toegang tot het enquêterecht doen zich dan ook voor bij de aandeelhouder. De enquêtebevoegdheid komt niet alleen toe aan de aandeelhouders, maar ook aan de certificaathouders. Zij zijn, net als aandeelhouders, verschaffers van risicodragend kapitaal zijn. Veel van de juridische aspecten die ik bespreek over de toegang tot het enquêterecht van de aandeelhouders gelden derhalve mutatis mutandis voor de certificaathouders. In de jurisprudentie en literatuur is voorts de vraag opgekomen hoe om te gaan met degenen die aandeelhouder noch certificaathouder zijn, maar uiteindelijk wel risicodragend kapitaal verschaffen aan de vennootschap (de economisch gerechtigden). Ik onderzoek tevens wanneer de economisch gerechtigde tot aandelen of certificaten toegang heeft tot het enquêterecht.

In *hoofdstuk 4* bespreek in de ontvankelijkheidsvereisten voor de enquêtebevoegdheid van pandhouders en vruchtgebruikers. Daarnaast beantwoord ik de vraag of een pandhouder en vruchtgebruiker zonder ‘certificaathoudersrechten’ de enquêtebevoegdheid kan toekomen. Voorts bespreek ik de mogelijkheden die een kredietverschaffer met een pandrecht op aandelen heeft om via het enquêterecht in te grijpen bij een vennootschap.

De aandeelhouder of certificaathouder, de economisch gerechtigde tot aandelen of certificaten en de pandhouder of vruchtgebruiker van aandelen of certificaten moeten aan de kapitaalseisen van art. 2:346 lid 1 sub b of c BW voldoen om enquêtebevoegd te zijn. In *hoofdstuk 5* bespreek ik op welk(e) moment(en) aan die kapitaalseis voldaan moet zijn.

In *hoofdstuk 6* bespreek in een bijzonder type enquête: de zogenoemde concernenquête. Bij een concernenquête beveelt de OK een enquête naar het beleid en de gang van zaken van een moedervenootschap en haar dochtervenootschap(pen). Het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden een dergelijke enquête mogelijk is, blijft ook na de bekende *Landis*-beschikking van de Hoge Raad onzeker. De overwegingen op grond waarvan de OK concernquêtes toewijst, lopen uiteen. In dat licht onderzoek ik welke omstandigheden een ‘neerwaartse concernenquête’ rechtvaardigen. Tevens bezie ik of een ‘opwaartse concernenquête’ vanuit de dochtervenootschap naar de moedervenootschap mogelijk is, en zo ja, onder welke omstandigheden.

¹⁰ Rapport Cools/Kroeze (2009), p. 68-69 en Rapport Lafarre/Schippers/Van den Bosch/Van der Elst/Van der Sangen (2018), p. 64.

Sinds 1 januari 2013 kan de vennootschap een onderzoek naar haar eigen beleid en gang van zaken verzoeken. In *hoofdstuk 7* sta ik uitgebreid stil bij de voorwaarden waaraan het bestuur (of een bestuurder) moet voldoen om een enquêteverzoek namens de vennootschap in te dienen. Het gaat daarbij in het bijzonder om de vraag of bij de indiening van het enquêteverzoek sprake is van besluitvorming of vertegenwoordiging. Hetzelfde bespreek ik voor de raad van commissarissen en de niet uitvoerende bestuurders in een one tier vennootschap. Vervolgens behandel ik de werking van art. 2:349 lid 1, derde volzin, BW ingeval de vennootschap zelf een enquêteverzoek doet. Als laatste komt de enquêtebevoegdheid van een geschorste bestuurder en commissaris aan bod.

Hoofdstuk 8 gaat over de enquêtebevoegdheid van de curator. Ook hij is een nieuwkomer in het enquêterecht per 1 januari 2013. De curator is bevoegd een enquêteverzoek in te dienen bij de rechtspersoon in wiens faillissement hij is aangesteld. Tot op heden heeft de curator nimmer gebruikgemaakt van zijn enquêtebevoegdheid. Mede gelet op deze inactiviteit, rijst de vraag wat het belang is van de curator bij zijn enquêtebevoegdheid. Daarnaast onderzoek ik hoe de taak van de curator zich verhoudt met de doeleinden, aard en inrichting van de enquêteprocedure. Als laatste besteed ik aandacht aan de werking van art. 2:349 lid 1 BW in faillissementssituaties en de onderzoekskosten.

In *hoofdstuk 9* staat de toegang tot het enquêterecht van de werknemers centraal. Op grond van de huidige enquêteregeling kunnen zij hun stem binnen de enquêteprocedure enkel laten gelden via de vakbond. Ik bespreek de vereisten waaraan een vakbond moet voldoen voor enquêtebevoegdheid. Aan de toepassing van die vereisten schenk ik in het bijzonder de aandacht indien er ten tijde van het indienen van het enquêteverzoek geen leden meer werkzaam zijn in de onderneming van de te onderzoeken rechtspersoon en bij de concernrechtelijke uitleg van de enquêtebevoegdheid van de vakbond. Tot op heden maken vakbonden weinig gebruik van hun enquêtebevoegdheid. Gelet op deze geringe enquêtebereidheid van de vakbonden onderzoek ik of het enquêterecht (niet ook) aan de ondernemingsraad moet toekomen. Ik geef een overzicht van alle voor- en nadelen van een wettelijk enquêterecht voor de ondernemingsraad.

De enquêtebevoegdheid van de Advocaat-Generaal (A-G) bij het ressortsparket komt aan bod in *hoofdstuk 10*. De A-G is bevoegd tot het indienen van een enquêteverzoek wanneer het openbaar belang dat vergt. De aanwezigheid van een openbaar belang is een ontvankelijkheidsvereiste voor een verzoek op grond van art. 2:345 lid 2 BW en art. 2:355 lid 1 BW. Over de al dan niet beperkende werking van het begrip openbaar belang is met name in de wetsgeschiedenis veel van doen geweest. Aan de hand van die wetsgeschiedenis, de rechtspraak en literatuur definieer ik wanneer een openbaar belang in het geding kan zijn. De A-G maakt zelden gebruik van zijn enquêtebevoegdheid. De mogelijke oorzaken voor die terughoudende opstelling komen aan bod. In dat kader onderzoek ik of het opportuniteitsbeginsel geldt bij een optreden van de A-G in het enquêterecht, en zo ja, wat daarvan de gevolgen zijn.

Ik kom tot een aantal aanbevelingen om een actievere opstelling van de A-G naar geldend recht te bewerkstelligen. Ik sluit af met een alternatieve gedachte over de enquêtebevoegdheid om redenen van openbaar belang. De langdurige inactiviteit van de A-G in het enquêterecht roept bijvoorbeeld de vraag op of de enquêtebevoegdheid niet beter overgeheveld kan worden naar een andere instantie.

Hoofdstuk 11 ziet op de verschillende juridische aspecten die een rol spelen bij de toekenning van de enquêtebevoegdheid bij statuten of overeenkomst met de (beurs)vennootschap.

Elk hoofdstuk is afgesloten met een conclusie. *Hoofdstuk 12* behelst een samenvatting van deze conclusies.