

Vergaderjaar 1992–1993

22 400

Wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête

Nr. 9

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET EINDVERSLAG

Ontvangen 22 februari 1993

De leden van de CDA-fractie hebben er opnieuw op gewezen dat de voorbereiding van het wetsvoorstel lange tijd in beslag heeft genomen. Op zichzelf is dat juist: sinds het tijdstip waarop voor het eerst op de uitbreiding van de werkingssfeer van het enquêterecht is aangedrongen, is geruime tijd verstreken. Ik meen echter dat die tijd niet ijdel is besteed. De onderwerpen die het wetsvoorstel regelt zijn veelal niet eenvoudig en, in het bijzonder waar het gaat om de uitbreiding van de werkingssfeer, van aanmerkelijk maatschappelijk belang. Het komt mij begrijpelijk voor dat de Sociaal-Economische Raad daarover eerst na rijp beraad een standpunt heeft kunnen innemen. Het enquêterecht is een ingrijpend middel om tegen wanbeleid op te treden en de vormgeving daarvan moet met zorg en niet overhaast geschieden. Ik mag in dat verband in herinnering roepen dat aan de herziening van het enquêterecht die in 1970 haar beslag heeft gekregen, ook een lange voorbereiding is voorafgegaan: de eerste keer dat in de Tweede Kamer werd geopperd een uitbreiding van het enquêterecht in overweging te nemen, was in 1957¹.

De opsomming van zaken waarbij de procureur-generaal bij de ondernemingskamer een enquête heeft gevorderd om redenen van openbaar belang, die deze leden wensten te verkrijgen, is als bijlage bij deze nota gevoegd. Zij omvat zowel de vorderingen op grond van artikel 345 tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken vorderde, als die op grond van artikel 355 lid 1 tot het treffen van voorzieningen. Deze leden wensten voorts inzicht te verkrijgen in het aantal malen dat bij de procureur-generaal is aangedrongen op het instellen van zo'n vordering. De gegevens die daarvoor noodzakelijk zijn, zijn echter niet eenvoudig voorhanden. Uit inlichtingen verstrekt door de advocaat-generaal die thans als procureur-generaal bij de ondernemingskamer fungeert, blijkt dat sinds 1990 twee maal is verzocht een enquête te vorderen. In het ene geval werd het verzoek gedaan door (een vereniging van) aandeelhouders van de inmiddels failliete rechtspersoon, die er in verband met de daarmee gemoede kosten voor terugschrokken zelf een enquêteprocedure in te leiden. De procureur-generaal meende, naar mijn oordeel terecht, dat dat onvoldoende rechtvaardiging

¹ Kamerstukken II, 3769, nr. 4, in: Van Zeben, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijke Wetboek, Boek 2 (Rechtspersonen), pagina 533.

opleverde voor het optreden om redenen van openbaar belang. In het andere geval bleek uit het verzoek niet van een vermoeden van onjuist beleid.

Deze leden hebben voorts gevraagd naar de rol van de werkgelegenheid in de overwegingen van de procureur-generaal. Zoals uit de praktijk blijkt, kan het feit dat werkgelegenheid op het spel staat voor de procureur-generaal een belangrijke, soms doorslaggevende reden zijn om op te treden. Er zijn gevallen geweest waarin de procureur-generaal zijn optreden in het bijzonder op een dreigend verlies van werkgelegenheid heeft gegrond en waarin de ondernemingskamer heeft aanvaard dat dat een openbaar belang kan zijn². Ik kan dat slechts verwelkomen. Verlies van werkgelegenheid tast niet alleen de belangen van de betrokken werknemers ingrijpend aan, maar kan ook de samenleving zodanig raken, dat het openbaar belang in het geding komt. Deze opvatting spoort, meen ik, met de uiteenzetting van de toenmalige Staatssecretaris van Justitie Zeevalking in zijn antwoord op de Kamer-vragen over de zaak Gero, waarnaar deze leden verwijzen. Staatssecretaris Zeevalking neemt niet het standpunt in dat dreigend verlies van werkgelegenheid niet een openbaar belang kan zijn. Hij wijst er slechts op dat voor het optreden van de procureur-generaal meer is vereist dan alleen een openbaar belang. Dat is juist. Een eerst vereiste voor het inleiden van een enquêteprocedure is immers, dat een vermoeden van onjuist beleid bestaat. Zo'n vermoeden volgt nog niet uit het enkele feit dat het een onderneming slecht gaat en dat daarvoor de werkgelegenheid in het gedrang komt. Er moeten zodanige feiten omtrent de gang van zaken in de onderneming op tafel zijn, dat de procureur-generaal gegronde redenen heeft om aan een juist beleid te twijfelen. Pas als aan die voorwaarde is voldaan, kan worden toegekomen aan de vraag of de onjuiste gang van zaken en de gevolgen daarvan, alle omstandigheden in aanmerking genomen, ingrijpen om redenen van openbaar belang gebieden.

Hoe de procureur-generaal vaststelt dat *direct belanghebbenden* niet optreden of kunnen optreden – een volgende vraag van deze leden – zal afhangen van het geval. Soms zal het blijken door enkel tijdsverloop. Maar veelal zal de procureur-generaal in het kader van zijn voorbereidend onderzoek met belanghebbenden contact hebben, waarbij de vraag of het niet aan hen is op te treden aan de orde kan komen. Dat de procureur-generaal eerst een vordering instelt als andere belanghebbenden dat nalaten, is overigens geen wet van Meden en Perzen. In verschillende gevallen heeft de procureur-generaal een vordering ingesteld, terwijl tevens een verzoek van belanghebbenden aanhangig was³.

Bij de opvatting van deze leden dat de ondernemingsraad in het verband van het enquêterecht niet gelijk kan worden gesteld met «een ieder», sluit ik mij gaarne aan. De ondernemingsraad heeft als werknemersvertegenwoordigend orgaan een bijzondere positie. Hij zal doorgaans beter dan buitenstaanders inzicht hebben in de gang van zaken binnen de rechtspersoon. Hij zal een verzoek aan de procureur-generaal om op te treden deugdelijk kunnen onderbouwen en in staat zijn de procureur-generaal althans een deel van de verdere informatie te geven, die deze behoeft om zich een oordeel te vormen over de vraag of van onjuist beleid sprake is. Als een ondernemingsraad zich tot procureur-generaal wenst, ligt het daarom in de rede dat deze aan het verzoek ruime aandacht besteedt, zonder dat dat echter afbreuk doet aan zijn verantwoordelijkheid zich een eigen oordeel te vormen over de vraag of een vermoeden van onjuist beleid en een openbaar belang bestaan.

Met de conclusie van deze leden dat de procureur-generaal in de toekomst beter beslagen ten ijs moet komen dan nu nog mogelijk is, stem ik van harte in. Daarom juist voorziet het wetsvoorstel erin dat de

² Zie onder meer Hof Amsterdam 28 december 1981, NJ 1983, 25 en Hof Amsterdam 16 juli 1987, NJ 1988, 579.

³ Zie Hof Amsterdam 17 maart 1983, NJ 1984, 462, Hof Amsterdam 7 december 1989, NJ 1990, 242 (Bredero), HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem).

procureur-generaal voordat hij een vordering instelt een of meer deskundigen een voorbereidend onderzoek kan laten verrichten.

De leden van de fractie van de PvdA hebben gevraagd wat in de memorie van antwoord wordt bedoeld met «vakorganisatie». De memorie bedoelt daarmee de «vereniging van werknemers», waarvan de wet spreekt. Een beperking tot werknemersorganisaties die bij een vakcentrale zijn aangesloten, is niet bedoeld.

Deze leden hebben voorts gevraagd of het recht een enquêteprocedure in te leiden niet ook aan de ondernemingsraad moet worden gegeven. De Sociaal-Economische Raad heeft deze vraag in zijn advies onder ogen gezien. Een duidelijke meerderheid, waaronder de werknemersleden van de FNV en de vakcentrale MHP, zag hiertegen overwegende bezwaren. De moeilijkheid is dat op een ondernemingsraad de artikelen 350 lid 2 en 354 niet kunnen worden toegepast. Deze bepalingen voorzien erin dat de ondernemingskamer de verzoeker(s) tot een enquête kan veroordelen tot schadevergoeding (artikel 350) of tot betaling van de kosten van het onderzoek (artikel 354) als het verzoek niet op redelijke grond is gedaan. Het doel is aldus lichtvaardige enquêteverzoeken tegen te gaan. Tegen een ondernemingsraad, die geen eigen vermogen heeft, kan een veroordeling tot schadevergoeding of betaling van kosten echter niet worden uitgesproken. De rem op ongegronde enquêteverzoeken die de wet bevat, kan daarom ten aanzien van ondernemingsraden niet worden toegepast.

Ik ben met de meerderheid van de Sociaal-Economische Raad van mening dat het bezwaarlijk is aan ondernemingsraden de bevoegdheid toe te kennen een enquête te verzoeken, als niet voldoende waarborgen bestaan dat die bevoegdheid alleen op deugdelijke gronden wordt gebruikt. Niet mag uit het oog worden verloren dat een enquêteverzoek – vooral door de publiciteit die daarmee gepaard pleegt te gaan – voor de betrokken rechtspersoon tot aantasting van zijn goede naam en tot zeer aanzienlijke schade kan leiden. In zoverre verschilt de enquêteprocedure ook belangrijk van de procedures uit hoofde van de Wet op de ondernemingsraden, waarin een ondernemingsraad evenmin in de proceskosten kan worden veroordeeld. In die procedures gaat het altijd om een concreet besluit van de ondernemer. De maatregel die de ondernemingskamer kan gebiedten zijn tot dat besluit beperkt. Een enquêteprocedure grijpt veel dieper in. Niet slechts één besluit, maar het gehele beleid van de rechtspersoon komt aan de orde. De voorzieningen die getroffen kunnen worden hebben, gegeven hun reikwijdte een zwaarte, een sterk incriminerend effect. De meerderheid van de Sociaal-Economische Raad, die meent dat de bevoegdheid van de werknemersorganisaties om een enquête te verzoeken volstaat, wijst daar ook op.

Voor het gevaar waarop deze leden wijzen dat sectoren ontstaan waarin geen werknemersorganisatie werkzaam is, zodat een ondernemingsraad die meent dat een enquête zou moeten worden ingesteld een aanspreekpunt heeft, behoeft naar mijn oordeel niet te worden gevreesd. De eis van artikel 346 dat een werknemersvereniging in de betrokken bedrijfstak of onderneming werkzaam moet zijn, mag ruim worden uitgelegd. De wet eist niet dat voor de bedrijfstak of onderneming een cao is uitgesloten of dat de bonden daarnaar streven. Ik zou menen dat voldoende kan zijn dat een werknemersorganisatie werknemers die in de bedrijfstak of onderneming werkzaam zijn als lid toelaat en in voorkomend geval daadwerkelijk als behartiger van hun belangen – individueel of collectief – optreedt. Zo'n ruime uitleg doet recht aan de bedoeling die bij de totstandkoming van artikel 346 heeft voorgestaan. In het oorspronkelijke wetsvoorstel tot herziening van het enquêterecht werd de bevoegdheid een enquête te verzoeken slechts gegeven aan algemeen erkende centrale organisaties van werknemers; de huidige

tekst is eerst bij amendement in de wet gekomen⁴. De gedachte daarachter was de toegang tot de enquêtetprocedure te verbreden door ook de categorale organisaties tot de procedure toe te laten. Een beperking die ertoe zou leiden dat in bepaalde gevallen geen enkele werknemersorganisatie meer bevoegd zou zijn, is bepaald niet bedoeld.

De mogelijkheid waarop deze leden wijzen, dat de organisatiegraad in een bedrijfstak te laag is, is voor de werknemersorganisaties geen verhindering om op te treden. Artikel 346 eist niet een bepaalde organisatiegraad. Het is voldoende dat de werknemersorganisatie krachtens haar statutaire doel in de onderneming of bedrijfstak de belangen van haar leden behartigt en voorts personen die in de onderneming werkzaam zijn onder haar leden telt.

Deze leden hebben voorts gevraagd naar de praktische en juridische moeilijkheden die ik voorzie bij uitbreiding van het enquêterecht tot niet-Nederlandse rechtspersonen. Ik heb in de memorie van antwoord al aangegeven dat dit onderwerp strikt genomen buiten het kader van dit wetsvoorstel valt, dat zich immers bezig houdt met de toepassing van het enquêterecht op Nederlandse rechtspersonen. Desalniettemin ga ik op de vraag gaarne wat nader in. Ik concentreer mij daarbij op wat ik zou willen aanduiden als «daadwerkelijk buitenlandse rechtspersonen»: rechtspersonen die niet slecht naar buitenlands recht zijn opgericht, maar ook vanuit in het land van herkomst worden geleid, daar activiteiten ontplooiën en meer in het algemeen daar geworteld zijn. Op de zogenaamde «pseudo-buitenlandse rechtspersonen» kom ik hieronder terug, naar aanleiding van een vraag die de leden van de D66-fractie daarover hebben gesteld.

De moeilijkheden die ik voorzie treden zowel op in de onderzoeksfase als bij het treffen van de voorzieningen, die artikel 356 mogelijk maakt.

Wat het onderzoek betreft, stel ik voorop dat een enquête zich moet richten op de rechtspersoon als geheel. Een enquête die zich beperkt tot een onderdeel, bijvoorbeeld één onderneming, en alleen kijkt naar het beleid en de gang van zaken die daarin worden bepaald, kan niet aan haar doel beantwoorden. Zelfs in een grote rechtspersoon met een complexe gedeconcentreerde organisatie zullen de hoofdlijnen van het beleid worden bepaald door het bestuur en zal tussen beleid en de gang van zaken in verschillende onderdelen van de organisatie altijd een zekere verwevenheid bestaan, die het onmogelijk maakt een goed beeld te krijgen van één onderdeel, als niet ook de andere in de beschouwingen worden betrokken.

Dit gegeven dat een enquête zich over de gehele rechtspersoon moet uitstrekken, stuit bij toepassing van het enquêterecht op buitenlandse rechtspersonen op de grenzen van de Nederlandse rechtsmacht. De enquêteur zal zich slechts een deel van de gegevens die hij voor zijn onderzoek nodig heeft, in Nederland kunnen verschaffen. Voor een volledig onderzoek zal hij moeten beschikken over inlichtingen en stukken die komen van het bestuur van de rechtspersoon en mogelijk van anderen die bij de niet-Nederlandse activiteiten van de rechtspersoon betrokken zijn. Dat bestuur en die anderen, die in het buitenland zetelen, zijn niet aan de Nederlandse rechtsmacht onderworpen. Zij kunnen dus juridisch noch praktisch worden gedwongen om aan de enquête mee te werken. De Nederlandse enquêteur kan hen daarom vragen, maar als zij weigerachtig zijn, staat hij met lege handen. Een zinvol onderzoek naar het beleid en de gang van zaken is dan niet mogelijk.

Een parallel met artikel 351 lid 2, waarnaar deze leden verwijzen, zou ik niet onmiddellijk durven trekken. In die bepaling gaat het niet om de onderzochte rechtspersoon zelf, maar om andere rechtspersonen, waarmee de rechtspersoon nauw verbonden is. Overigens geldt ook voor deze bepaling dat zij niet de grenzen van de Nederlandse rechtsmacht doorbreekt. Zij opent wel toe de mogelijkheid dat buitenlandse rechts-

⁴ Kamerstukken II, 9596, nrs. 2 (artikel 53 lid 2 onder b) en 7.

personen in het onderzoek worden betrokken, maar laat onverlet dat, voor zover de rechtspersonen en de daarbij betrokkenen in het buitenland gevestigd zijn, hun medewerking niet kan worden afgedwongen.

Wat het treffen van voorzieningen betreft – schorsing of vernietiging van besluiten, schorsing of ontslag en tijdelijke benoeming van bestuurders en commissarissen, tijdelijke afwijking van de statuten, tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer, ontbinding –, voorzie ik moeilijkheden die voortvloeien uit het feit dat een buitenlandse rechtspersoon nu eenmaal is onderworpen aan het toepasselijke buitenlands recht. Alle onderwerpen ten aanzien waarvan artikel 356 een voorziening mogelijk maakt, worden in eerste instantie door dat buitenlands recht beheerst. Het treffen van voorzieningen zal leiden tot de toepasselijkheid van twee rechtssystemen – het buitenlandse en het Nederlandse –, waarbij het buitenlandse recht de Nederlandse voorzieningen die een inbreuk op de eigen rechtsorde vormen, niet zal erkennen. De Adviescommissie vennootschapsrecht heeft in zijn recente advies inzake het internationaal privaatrecht met betrekking tot rechtspersonen gewezen op de innerlijk tegenstrijdige situaties die daarvoor zouden kunnen ontstaan⁵. Voor eenzelfde (buitenlandse) rechtspersoon kan, zo merkt de Commissie terecht op, niet gelijktijdig gelden dat iemand bestuurder is, omdat hij door het krachtens het toepasselijke buitenlandse recht bevoegde orgaan is benoemd, en dat niet is, omdat hij door de Nederlandse rechter is ontslagen. Evenmin kan iemand commissaris zijn, omdat hij door de ondernemingskamer tijdelijk als zodanig is aangesteld, en dat tevens niet zijn, omdat volgens het op de rechtspersonen toepasselijke buitenlands recht commissarissen uitsluitend door de algemene vergadering kunnen worden benoemd. Het is niet voor te stellen dat een besluit zowel geldig is krachtens het toepasselijke vreemde recht, als ongeldig, omdat het door de Nederlandse rechter vernietigd is. Het is een onmogelijke situatie dat een statutaire bepaling zowel moet worden toegepast, omdat zij onder het toepasselijke vreemde recht geldig deel uitmaakt van de statuten, als buiten toepassing moet blijven, omdat de rechter hier te lande haar tijdelijk buiten toepassing heeft verklaard. Deze moeilijkheden die de Commissie schetst verhinderen, naar het mij voorkomt, een effectieve toepassing van de enquêtevoorzieningen op buitenlandse rechtspersonen.

Hoewel deze leden daar niet naar vragen, zou ik er tenslotte op willen wijzen dat ook principiële vragen zouden rijzen, als buitenlandse rechtspersonen onder dit typisch Nederlandse stuk wetgeving werden gebracht. Toepassing van het enquêterecht in zulke gevallen zou er in wezen op neer komen dat de Nederlandse activiteiten tijdelijk van de buitenlandse rechtspersoon wordt losgemaakt en onder de Nederlandse rechtsorde een eigen leven gaan leiden. Men zou het zelfs als tijdelijke onteigening kunnen zien. Het is de vraag of zo'n maatregel in de internationale verhoudingen aanvaardbaar is. Nederland zou er ook niet van gediend zijn, als een buitenlands recht dergelijke maatregelen zou kunnen verordnen ten aanzien van buitenlandse activiteiten van Nederlandse rechtspersonen.

Waarop deze leden doelen, als zij stellen dat ook de Europese wetgever de toepassing van enquêtes op buitenlandse rechtspersonen hanteert, is mij niet duidelijk. Het Europese (vennootschaps-)recht voorziet niet in enige procedures die met de Nederlandse enquêteprocedure vergelijkbaar is.

Deze leden hebben voorts opgemerkt dat het verzoek tot het treffen van een onmiddellijke voorziening als bedoeld in artikel 349a in een procedure ex artikel 355 ook moet kunnen worden gedaan door degenen die in die procedure als verzoeker (of, ingeval van de procureur-generaal, als eiser) optreden, en niet slechts door de oorspronkelijke verzoekers.

⁵ Advies van 29 oktober 1992, Stcrt. 1992, 227, pagina 6 e.v.

Artikel 355 lid 2, dat artikel 349 van overeenkomstige toepassing verklaart, moet echter zo worden verstaan dat uitsluitend de verzoekers ex artikel 355 een verzoek tot het treffen van een onmiddellijke voorziening kunnen doen. De oorspronkelijke verzoekers kunnen dat dus ook, mits zij (mede) het verzoek van artikel 355 hebben ingesteld. Hebben zij geen aanleiding gevonden om zo'n verzoek in te dienen, dan is er ook geen reden om hen de bevoegdheid van artikel 349 lid 2 tot het vragen van onmiddellijke voorzieningen toe te kennen. De toevoeging in artikel 349a die deze leden suggereren kan dan ook achterwege blijven.

De leden van de fractie van D66 hebben gevraagd of ik het enquêterecht in beginsel een geëigend middel acht om oneigenlijk gebruik van zogenaamde pseudo-buitenlandse rechtspersonen tegen te gaan. Oneigenlijk gebruik begrijp ik in dat verband als: het onderbrengen van een Nederlandse onderneming in een buitenlandse rechtspersoon, bijvoorbeeld een Delaware corporation, uitsluitend of overwegend met het doel aldus de toepasselijkheid van dwingende regels van Nederlands rechtspersonenrecht te ontgaan. Hoewel ik van mening ben dat het wenselijk is dergelijk oneigenlijk gebruik te bestrijden – deze leden herinneren er reeds aan dat op het ministerie thans wetgeving ter zake wordt voorbereid – zie ik in dit verband vooralsnog voor het enquêterecht geen rol, dit overeenkomstig het hierboven al genoemde advies van de Adviescommissie vennootschapsrecht, waarin aan dit punt veel aandacht is besteed⁶. Ik heb evenmin als de Commissie aanwijzingen dat voor het gebruik van pseudo-buitenlandse rechtspersonen wordt gekozen met als overwegend oogmerk het enquêterecht te ontgaan. Een toepasselijkverklaring van het enquêterecht zal de reden van het bestaan van pseudo-buitenlandse rechtspersonen niet wegnemen en dus in zoverre geen zoden aan de dijk zetten. Voor zover deze leden voor ogen staat dat door toepassing van het enquêterecht ondernemers die een pseudo-buitenlandse rechtspersoon gebruiken worden gedwongen op hun schreden terug te keren, vrees ik dat het toepassingsgebied van het enquêterecht daarvoor te beperkt is. Een enquête kan immers slechts worden ingesteld als sprake is van (een vermoeden van) wanbeleid en het gaat te ver het gebruik van een pseudo-buitenlandse rechtspersoon, hoezeer maatschappelijk ook onwenselijk, op zichzelf reeds als wanbeleid te zien. Alleen ten aanzien van pseudo-buitenlandse rechtspersonen waarbij, alle omstandigheden in aanmerking genomen, geen (economisch en sociaal) juist beleid is gevoerd, zou het enquêterecht toepassing kunnen vinden. Het gaat dan echter niet meer om het tegengaan van het oneigenlijke gebruik van pseudo-buitenlandse rechtspersonen, maar alleen om het tegengaan van wanbeleid. Op dat punt wijs ik nog eens op de moeilijkheden, waarop de toepassing van het enquêterecht op buitenlandse rechtspersonen stuit. Die gelden ook, als het om pseudo-buitenlandse rechtspersonen gaat.

De Staatssecretaris van Justitie,
A. Kosto

⁶ Zie noot 5.