

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

inzake

het voorstel tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête (32 887)

1. INLEIDING

Op 8 september 2011 is het voorstel tot wijziging van het enquêterecht (32877) bij de Tweede Kamer ingediend.

Het voorstel is in lijn met het Voorontwerp aanpassing enquêterecht waarover in 2009 is geconsulteerd. Zonder de in het Wetsvoorstel gemaakte keuzes ter discussie te stellen adviseert de Gecombineerde Commissie het wetsvoorstel op een aantal technische punten te verbeteren.

De Gecombineerde Commissie plaatst eveneens, zonder de rechtspolitieke keuze die aan het wetsvoorstel ten grondslag ligt ter discussie te willen stellen, wel een aantal kanttekeningen naar aanleiding van de redenen die in de memorie van toelichting worden vermeld om het enquêterecht niet toe te kennen aan ondernemingsraden of aan rechtspersonen als bedoeld in art. 3:305a BW, zoals door verschillende respondenten in het kader van de consultatie was voorgesteld.

De memorie van toelichting gaat uitvoerig in op de positie van de ondernemingsraad (TK, 2010-2911, 32887, nr. 3, p. 11-14). De toelichting verschilt van de toelichting zoals die bij het Voorontwerp werd gepubliceerd. Terecht merkt de memorie van toelichting die daarbij het advies van de Commissie Vennootschapsrecht aanhaalt, op dat "de vraag of het enquêterecht rechtstreeks moet toekomen aan de ondernemingsraad primair een rechtspolitieke keuze betreft." Voor de argumenten die de memorie van toelichting verder hanteert geldt nog steeds de kwalificatie die Van Solinge in zijn column in WPNR gebruikte: "wat slapjes".¹

In zijn advies constateerde de Raad van State dat de argumenten die worden gebruikt om ondernemingsraden niet de bevoegdheid toe te kennen een enquêteverzoek te doen ook gelden voor cliëntenraden, waaraan in het voorstel voor de Wet cliëntenrechten wel de enquêtebevoegdheid wordt toegekend.²

¹ G. van Solinge, 'Naar een evenwichtig enquêterecht', *WPNR* 2010, p. 1.

² TK, 2020-2011, 32887, nr.4, p.2.

Cliëntenraden hebben die bevoegdheid nu al op grond van de Wet toelating zorginstellingen op grond waarvan zorginstellingen verplicht zijn in hun statuten het enquêterecht toe te kennen aan cliëntenraden. De Raad van State verbindt hier in zijn advies niet de conclusie aan dat de ondernemingsraad ook de bevoegdheid zou moeten krijgen, maar dat cliëntenraden die ook niet zouden moeten hebben. Het Nader Rapport volstaat met de opmerking dat cliëntenraden de enquêtebevoegdheid nu ook al hebben en dat de Raad van State in zijn advies bij het ontwerp voor het wetsvoorstel cliëntenrechten geen aanleiding heeft gezien opmerkingen over de enquêtebevoegdheid van cliëntenraden te maken. De memorie van toelichting gaat verder aan deze aspecten voorbij en handhaaft de argumenten die ook voor de cliëntenraden zouden gelden. Daarbij gaat het naar het oordeel van de Gecombineerde Commissie om argumenten *pour besoin de la cause*. Deze argumenten gaan voorts voorbij aan het feit dat de Wet op de ondernemingsraden een ondernemingsraad alleen de mogelijkheid biedt op te komen tegen bepaalde voorgenomen besluiten maar niet de mogelijkheid biedt om buiten dat kader, indien er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twifelen, het beleid van een rechtspersoon ter discussie te stellen. Ook miskent deze argumentatie dat de vertegenwoordigingsgraad van vakorganisaties sterk is afgenomen.

In de consultatie en door sommige schrijvers is de suggestie gedaan dat rechtspersonen als bedoeld in artikel 3:305a BW de bevoegdheid zouden moeten krijgen een enquêteverzoek in te dienen. Deze suggestie is in het wetsvoorstel niet gevolgd. Ook hierbij is primair van een rechtspolitieke keuze sprake. De Gecombineerde Commissie denkt dat het op zich technisch mogelijk zou zijn de bezwaren te ondervangen door bijvoorbeeld het stellen van een representativiteitseis. Dat de advocaat-generaal om redenen van openbaar belang een onderzoek kan uitlokken is juist, maar de eerlijkheid gebiedt te zeggen dat het openbaar ministerie als gevolg van een gebrek aan middelen, mankracht en kennis niet geëquipt is om van deze bevoegdheid gebruik te maken. Het argument dat onduidelijk is of een dergelijke rechtspersoon baat zou kunnen hebben bij de voorzieningen in de zin van artikel 2:356 BW³ miskent dat sinds de Ogem-zaak vaststaat dat de Ondernemingskamer bevoegd is ook over te gaan tot de vaststelling dat van wanbeleid sprake is geweest zonder voorzieningen te bevelen.

2. VERBETERPUNTEN

Artikel 2:346

Overeenkomstig het voorontwerp blijft voor naamloze en besloten vennootschappen met een geplaatst kapitaal van ten hoogste € 22,5 miljoen de toegangsdrempel ongewijzigd. Bij deze vennootschappen moeten de aandeelhouders en certificaathouders die het verzoek doen moeten samen tenminste 10% van het geplaatste kapitaal van de vennootschap houden, met dien verstande dat in alle gevallen een nominale waarde van € 225.000 volstaat. Indien

³ TK, 2010–2011, 32 887, nr. 3, p. 17.

het nominaal geplaatste kapitaal hoger is dan € 22,5 miljoen zijn alleen aandeelhouders/certificaathouders die samen tenminste 1% van het geplaatste kapitaal houden bevoegd een enquêteverzoek te doen. Indien de aandelen of certificaten zijn toegelaten tot de handel op Euronext Amsterdam volstaat ook, indien dat minder is, een belang dat een waarde vertegenwoordigt van € 20 miljoen. Deze lagere drempel geldt op grond van het voorstel niet indien de aandelen of certificaten alleen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt buiten Nederland of tot de handel op een met een gereguleerde markt vergelijkbare markt buiten Nederland. Ook geldt de lagere drempel niet indien de aandelen of certificaten alleen verhandeld worden op een multilaterale handelsfaciliteit. Het wetsvoorstel licht niet toe waarom in die gevallen de lagere drempel niet zou moeten gelden en er lijkt ook geen reden voor te bestaan.

Afwijking bij statuten

Het is vermoedelijk geen bewuste keuze, maar terwijl artikel 2:346 lid 1 onder b voor naamloze en besloten vennootschappen met een geplaatst kapitaal van ten hoogste € 22,5 miljoen de mogelijkheid opent om in de statuten te bepalen dat de enquêtebevoegdheid ook aan de houders van een kleiner kapitaal belang toekomt, voorziet het wetsvoorstel niet in deze mogelijkheid indien een dergelijke vennootschap een geplaatst kapitaal heeft van meer dan € 22,5 miljoen. Ook het huidige 2:346 lid 1 onder a dat betrekking heeft op verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen voorziet, evenmin als dat thans het geval is, niet in een dergelijke mogelijkheid. Er lijkt geen reden te zijn om in dit opzicht een onderscheid te maken tussen de verschillende categorieën rechtspersonen. Nu artikel 2:346 lid 1 onder c (in het Voorstel is dit 2:246 lid 1 sub e) in algemene zin de mogelijkheid opent om bij statuten de enquêtebevoegdheid toe te kennen, en er geen reden bestaat waarom op grond van dat onderdeel ook niet in deze zin een uitbreiding van de enquêtebevoegdheid zou kunnen plaatsvinden, zou in plaats van de expliciete vermelding in de onderdelen a en c dat de statuten ook een lager aantal/nominaal bedrag kunnen bepalen ook besloten kunnen worden in onderdeel b de woorden "of zoveel minder als de statuten bepalen" te laten vervallen.

De enquêtebevoegdheid van de rechtspersoon

Namens een rechtspersoon kan een enquêteverzoek zowel door het bestuur als door de raad van commissarissen worden gedaan. Indien van een *one tier board* sprake is, zullen zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende bestuurders een enquête kunnen vragen. De bevoegdheid wordt toegekend aan het orgaan (de raad van commissarissen en het bestuur respectievelijk de niet-uitvoerende en uitvoerende bestuurders). Het voorstel regelt niet op welke wijze de raad van commissarissen of de niet-uitvoerende bestuurders vertegenwoordigd worden.⁴ Het is verstandig dit wel in de wet te regelen. Dat voorkomt onduidelijkheid. Een

⁴ In het geval van het bestuur c.q. de uitvoerende bestuurders gelden de gewone regels voor vertegenwoordiging van de rechtspersoon .

dergelijke regeling zou kunnen inhouden dat het verzoek hetzij door alle leden van een orgaan gezamenlijk kan worden gedaan, maar ook door degenen die bij besluit van het orgaan zijn aangewezen om het verzoek namens het orgaan te doen. Een dergelijk besluit zal vanzelfsprekend genomen moeten worden overeenkomstig de voor de besluitvorming van het orgaan geldende wettelijke en statutaire regelingen, waaronder de tegenstrijdig belangregeling. Die laatste regeling is van belang indien in de enquête de positie van een of meer bestuurders of commissarissen/niet uitvoerende bestuurders aan de orde wordt gesteld.

Schadeplichtigheid en kosten van verweer

Algemeen

Het zou zonder meer onwenselijk zijn indien het risico van schadeplichtigheid of van het moeten maken van kosten van verweer iemand er van zou weerhouden een benoeming als onderzoeker, bestuurder, commissaris of beheerder van aandelen door de Ondernemingskamer te aanvaarden. Voor zover die risico's een rol spelen is het bepaald niet zeker dat de voorgestelde bepalingen daarvoor een afdoende oplossing bieden.⁵ De Gecombineerde Commissie stelt voor de regeling te verduidelijken en aan te scherpen.

Onderzoekers

Het wetsvoorstel introduceert in het nieuw voorgestelde vijfde lid van artikel 2:351 een regeling voor de aansprakelijkheid van onderzoekers die aansluit bij het criterium voor aansprakelijkheid van arbiters.⁶ Voor de aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen, wordt geen apart criterium voorgesteld, terwijl de Gecombineerde Commissie zich juist zou kunnen voorstellen dat daar het probleem groter zou kunnen zijn dan in het geval van onderzoekers.

Waar het gaat om de kosten van door onderzoekers te voeren verweer tegen een aansprakelijkstelling wordt artikel 2:350 lid 2 aangevuld: de rechtspersoon zal de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer van onderzoekers moeten dragen; de kosten die de onderzoeker moet maken indien hij schadeplichtig is, komen niet voor rekening van de rechtspersoon. De memorie van toelichting vermeldt niet dat indien onderzoekers in het ongelijk worden gesteld de rechtspersoon de kosten niet alsnog op de onderzoekers kan verhalen. Nu de memorie van toelichting dat wel vermeldt waar het gaat om door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen, die niet zonder meer aanspraak kunnen maken op vergoeding van de door hen te maken kosten van verweer, zal dat echter wel de bedoeling zijn. Het lijkt verstandig dat wel vast

⁵ Prof. dr. K. Cools RA, Mr. P.G.F.A. Geerts, Prof. mr. M.J. Kroeze, Mr. drs. A.C.W. Pijls. HET RECHT VAN ENQUÊTE, *Een empirisch onderzoek*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 44, schrijven dat het aannemelijk is dat het aansprakelijkheidsrisico dat onderzoekers lopen bij het doen van onderzoek naar een beursvennootschap, mensen er meer dan vroeger van weerhoudt een aanstelling als onderzoeker te aanvaarden. Op grond waarvan zij tot deze conclusie komen, blijkt niet uit de publicatie. Dat neemt niet weg dat hun aanname serieus moet worden genomen.

⁶ TK, 2010-2011, 32887, nr. 3, p. 39; HR 16 juni 2010, NJ 2011/131 m.nt. Vranken.

te leggen, althans, indien het de bedoeling is dat een rechtspersoon indien onderzoekers aansprakelijk zijn de kosten wel op hen te verhalen, dit ook duidelijk in de wetsgeschiedenis tot uitdrukking te brengen.

Bestuurders, commissarissen en beheerders

Voor door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen geldt niet automatisch een verplichting voor de rechtspersoon om de door hen te maken kosten van verweer te dragen. Het nieuw voorgestelde zesde lid van artikel 2:357 bepaalt dat de Ondernemingskamer kan bepalen dat deze kosten voor rekening van de rechtspersoon zullen komen. Indien de door de Ondernemingskamer benoemde persoon vervolgens schadeplichtig blijkt, kan de rechtspersoon de kosten van verweer niet op de betrokkene verhalen. De Gecombineerde Commissie meent dat het wenselijk is bij de regeling voor door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen hetzelfde uitgangspunt te kiezen als voor onderzoekers geldt. Voor deze laatste geldt namelijk dat deze recht hebben op vergoeding van de kosten van verweer, echter met dien verstande dat de Ondernemingskamer op zwaarwegende gronden kan besluiten hiervan af te wijken.

Waar het gaat om de plaats waar de regeling in het wetsvoorstel is opgenomen, lijkt van een weloverwogen keuze geen sprake te zijn. Door de plaatsing van deze bepaling in artikel 2:357 zou de Ondernemingskamer deze mogelijkheid alleen krijgen in de gevallen dat een bestuurder, commissaris of beheerder door de Ondernemingskamer als voorziening ná enquête wordt benoemd en zou de Ondernemingskamer deze bevoegdheid niet krijgen indien een bestuurder, commissaris of beheerder van aandelen wordt benoemd bij wijze van onmiddellijke voorziening op grond van art. 2:349a of 2:355 lid 3. De toelichting probeert dit te ondervangen door te stellen dat de Ondernemingskamer analoog aan het nieuwe artikel 2:357 lid 6 (de toelichting spreekt ten onrechte over lid 4) kan bepalen dat de rechtspersoon de redelijke kosten van verweer van de als van onmiddellijke voorziening benoemde personen moet dragen. De Gecombineerde Commissie meent dat ondanks de goede bedoelingen van de wetgever dit niet kan werken. Artikel 2:349a geeft geen grondslag voor de mogelijkheid dat een door de Ondernemingskamer als onmiddellijke voorziening benoemde persoon de Ondernemingskamer kan vragen de rechtspersoon te bevelen zijn kosten van verweer te voldoen. De door de Ondernemingskamer benoemde personen zijn niet bevoegd een verzoek op grond van artikel 2:349a te doen en een dergelijk verzoek kan ook moeilijk gezien worden als verband te houden met de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek. Een zelfstandige wettelijke regeling ten behoeve van de als onmiddellijke voorziening benoemde personen is daarvoor nodig.

De memorie van toelichting suggereert dat decharge door de aandeelhoudersvergadering een bestuurder en commissaris een grotere mate van bescherming biedt dan feitelijk het geval is. Een beheerder van aandelen kan door de aandeelhoudersvergadering vanzelfsprekend geen decharge verleend worden.

Decharge veronderstelt daarbij het afleggen van verantwoording aan de aandeelhoudersvergadering ook door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen voor het door hen gevoerde beleid en gehouden toezicht. De Ondernemingskamer heeft in het verleden juist beslist "dat de door haar benoemde functionarissen omtrent hun handelen en nalaten in het kader van de door de Ondernemingskamer aangewezen taak geen verantwoording zijn verschuldigd aan [de vennootschap waarbij zij zijn benoemd], aan haar aandeelhouders of aan andere bij de vennootschap betrokken partijen. Zij behoeven daarvan, noch van hun bevindingen – nu zij het geraden hebben geacht zich omtrent door of namens de rechtspersoon verrichte (rechts)handelingen en besluiten te doen informeren – aan enig orgaan van [de rechtspersoon] of aan andere bij [de rechtspersoon] betrokken partijen verslag uit te brengen."⁷

Gemaakte kosten

In beide gevallen spreekt de bepaling over *de redelijke en in redelijkheid gemaakte* kosten van verweer. Of het de bedoeling is, is onduidelijk, maar deze zou zo uitgelegd kunnen worden dat de kosten eerst door de betrokkene moeten zijn gemaakt en deze voor zover hij/zij de kosten nog niet heeft betaald wel betalingsplichtig moet zijn geworden voordat het desbetreffende verzoek aan de Ondernemingskamer kan worden gedaan. De betrokkenen zouden de mogelijkheid moeten hebben een dergelijk verzoek ook te doen voordat de kosten gemaakt zijn en de tekst zou moeten luiden *de redelijke en in redelijkheid te maken en gemaakte kosten van verweer*.

Ter voorkoming van mogelijke discussies zou in de wetsgeschiedenis tot uitdrukking moeten worden gebracht dat onder de kosten van verweer worden begrepen de redelijke en in redelijkheid gemaakte advocaat/adviseurskosten in het traject na een aansprakelijkheidsdreiging en vóór de dagvaarding.

Hoe moeten de kosten van verweer worden gevraagd

Het wetsvoorstel zwijgt over de wijze waarop het verzoek door degene die aanspraak wil maken op vergoeding van de kosten van verweer door de vennootschap, moet worden gedaan. Er zal in ieder geval sprake zijn van een verzoekschriftprocedure. Maar is bijstand door een advocaat in een dergelijke procedure verplicht of dwingt in het algemeen een dergelijk verzoek niet tot een beslissing over geschilpunten en rechtvaardigt dat een informele procedure en is de verzoekschriftprocedure in een dergelijk geval niet verder van toepassing dan past bij de aard van het bevel dat wordt gevraagd?⁸ Het lijkt verstandig dat de wet het antwoord op deze vragen geeft en deze niet pas later in procedures beantwoord moeten worden.

Indiening verweerschriften

⁷ OK 21 juni 2007, JPR 2007/142, m. nt. Blanco Fernandez.

⁸ Vgl HR 20 november 1999, LJN BJ7322 (KPNQwest).

De in de praktijk reeds door de Ondernemingskamer toegepaste regel dat door belanghebbenden slechts verweerschriften kunnen worden ingediend tot een door de Ondernemingskamer te bepalen tijdstip voor de behandeling, wordt door het wetsvoorstel van een wettelijke basis voorzien.⁹ De Gecombineerde Commissie juicht dit toe. De regeling zoals die nu in het voorstel is opgenomen, is echter te stringent. Omdat de kring van belanghebbenden onbepaald is, is het bijvoorbeeld denkbaar dat sommige belanghebbenden pas laat bekend worden met de indiening van een enquêteverzoek en een door de Ondernemingskamer voor de indiening van een verweerschrift gestelde termijn. Er kunnen ook andere redenen zijn die verlenging van de termijn voor indiening van een verweerschrift rechtvaardigen. De Gecombineerde Commissie acht het wenselijk dat de Ondernemingskamer ook de bevoegdheid krijgt om afwijkingen van de door haar gestelde termijn voor indiening toe te staan.

Het onderzoek

Het nieuw voorgestelde vierde lid van artikel 2:351 introduceert een zekere vorm van "hoor en wederhoor" van degenen die door de onderzoekers in hun verslag worden genoemd. De personen moeten de gelegenheid krijgen opmerkingen te maken naar aanleiding van de wezenlijke bevindingen die in het verslag zijn opgenomen en die op hen betrekking hebben. Dat iemand in het verslag wordt genoemd, betekent niet dat hij altijd de mogelijkheid moet hebben van het concept verslag kennis te nemen. De memorie van toelichting legt daarbij naar het oordeel van de Gecombineerde Commissie te zeer het accent op de potentieel defamerende werking van een onjuist verslag en gaat daarbij enigszins voorbij aan het belang dat feiten waarvan de onderzoekers uitgaan ook moeten kloppen.¹⁰

De raadsheer-commissaris

De Gecombineerde Commissie juicht de introductie van de figuur van de raadsheer-commissaris toe. Het Voorstel en de toelichting werken niet uit hoe een verzoek moet aan de raadsheer-commissaris moet worden gedaan en of daarop de algemene verzoekschriftprocedure van toepassing is. Ook hier rijst de vraag of bijstand door een advocaat bij het doen van een verzoek verplicht is of dat een meer informele procedure gerechtvaardigd is. Ook indien een meer informele procedure op zijn plaats is, is het de vraag of mondelinge behandeling van het verzoek moet plaatsvinden. Tijdens een dergelijke zitting kan dan ook de argumentatie uitwisseling tussen verzoekers, eventuele belanghebbenden en onderzoeker plaatsvinden. Een zorgvuldige procedure is temeer van belang nu er geen beroep open staat op beslissingen van de raadsheer-commissaris. De Gecombineerde Commissie meent dat het belangrijk is dat de beslissing op een verzoek krachtens lid 4 in de vorm van een te publiceren beschikking wordt gedaan waardoor de rechtsvorming op dit nieuwe onderdeel van het enquêterecht verder kan worden ontwikkeld en er gaandeweg duidelijkheid ontstaat over de kaders waarbinnen verzoeken voor aanwijzingen zinvol en haalbaar zijn.

⁹ Artikel 2:349 lid 1.

¹⁰ TK, 2010–2011, 32 887, nr. 3, p. 25 en 38.

3. GEEN WIJZIGING VOORZIENGEN NA ENQUÊTE

Verschillende respondenten hebben in het kader van de consultatie gepleit voor de uitbreiding van de in artikel 2:356 genoemde voorzieningen met de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer om naast de mogelijkheid de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer te bevelen ook de definitieve gedwongen overdracht mogelijk te maken.¹¹ In haar proefschrift pleit ook Bulten na een uitvoerige analyse voor invoering van de verplichte overdracht als voorziening na enquête.¹² Daarbij gaat zij ook in op de wijze waarop mogelijke bezwaren tegen een gedwongen overdracht als voorziening in een enquêteprocedure ondervangen kunnen worden. De Commissie Vennootschapsrecht heeft in haar advies van 19 oktober 2010 onder meer geadviseerd onderzoek te doen naar de mogelijkheid die overdracht van aandelen als voorziening na enquête in te voeren. Dat onderzoek zou zich met name mede moeten richten op de vraag welke processuele waarborgen op grond van artikel 6 EVRM noodzakelijk zijn, gelet op het onteigeningskarakter van deze voorziening.¹³ Op die aspecten is Bulten in haar proefschrift onder meer ingegaan. Daarbij heeft Bulten een concreet voorstel voor een mogelijke wettelijke regeling gedaan.¹⁴ Een uitvoerige studie is dan ook misschien niet meer nodig. Het wetsvoorstel volgt het advies van de Commissie Vennootschapsrecht dat werd uitgebracht voordat het boek van Bulten uitkwam, en voorziet niet in de invoering van deze nieuwe voorziening. Bij het wetgevingsoverleg over het voorstel voor de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Kamerstukken 32426) heeft minister Opstelten op 26 september 2011 meegedeeld van plan te zijn in 2012 te starten met de voorbereiding van wetgeving rondom de geschillenregeling. Mogelijk zou het onderzoek in dat kader kunnen plaatsvinden. Toch lijkt hier sprake te zijn van een gemiste kans.

4. OVERGANGSBEPALING

De memorie van toelichting gaat er van uit dat de rechtszekerheid er mee gediend is dat in de zaken waarin al een enquêteverzoek is gedaan, het "oude" recht van toepassing blijft. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of die conclusie juist is. Een andere keuze is mogelijk. De Gecombineerde Commissie meent dat die ook de voorkeur verdient voor verschillende van de in het wetsvoorstel opgenomen bepalingen.

Dat de bevoegdheid om een enquêteverzoek in te dienen wordt bepaald aan de hand van de criteria die gelden op het moment van indiening van het

¹¹ G. van Solinge, 'Naar een evenwichtig enquêterecht', WPNR 2010, p. 3 en S.M. Bartman en M. Holtzer, 'Enquêterecht voorzichtig onder het mes', *Ondernemingsrecht* 2010/14, p. 85.

¹² C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, Deventer: Kluwer 2011.

¹³ In dat onderzoek zou ook de mogelijkheid van de ruziesplitsing als voorziening na enquête, die Van Solinge ('Naar een evenwichtig enquêterecht', WPNR 2010, p. 3) als mogelijkheid heeft genoemd, betrokken kunnen worden.

¹⁴ C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, Deventer: Kluwer 2011, p. 363.

enquêteverzoek (en dat niet het tijdstip waarop een ingediend verzoek behandeld wordt beslissend is) is zonder meer redelijk. Tegen het feit dat de verhoogde toegangsdrempel van artikel 346 lid 1 onder c niet met terugwerkende kracht kan worden toegepast, kan geen bezwaar bestaan. Het is goed dat dat ook uit de overgangsbepaling volgt.

De Gecombineerde Commissie vraagt zich af wat de reden is dat de bijzondere bepaling omtrent de criteria voor aansprakelijkheid van een onderzoeker (art. 2:351 lid 5) en de regeling voor vergoeding van de door een onderzoeker (art. 2:350 lid 2) en door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen (art. 2:357 lid 6) te maken kosten van verweer alleen zouden moeten gelden voor enquêteprocedures die na van kracht worden van de wet zijn geëntameerd? Waarom zou de Ondernemingskamer niet in een lopende procedure alsnog een raadsheer-commissaris kunnen of zelfs moeten benoemen (artikel 2:350 lid 4)? Waarom zou de AFM in de daarvoor in aanmerking komende gevallen niet reeds op de in het wetsvoorstel voorziene wijze ook in lopende enquêteprocedures geïnformeerd worden? In ieder van deze gevallen meent de Gecombineerde Commissie dat het de voorkeur verdient indien de overgangsbepaling voorziet in onmiddellijke werking.

De memorie van toelichting noemt als voorbeeld van een geval waarin rechtsonzekerheid zou kunnen ontstaan het geval dat onderzoekers in een bepaalde zaak hun onderzoek al zouden kunnen hebben afgerond en hun verslag al bij de Ondernemingskamer hebben gedeponereerd zonder dat degenen die in het onderzoek worden genoemd in de gelegenheid zijn gesteld om op de in het wetsvoorstel voorziene wijze commentaar te geven bij het concept verslag.¹⁵ Daargelaten dat verstandige onderzoekers dat ook nu al zouden moeten doen omdat het de kwaliteit van hun verslag alleen maar ten goede kan komen, laat het in de memorie van toelichting gesignaleerde probleem zich zonder meer ondervangen door in de Overgangsbepaling vast te leggen dat artikel 2:351 lid 4 niet van toepassing is in de gevallen dat onderzoekers op het tijdstip van inwerkingtreding van de wet het verslag van hun onderzoek al hebben gedeponereerd. De memorie van toelichting miskent daar overigens bij dat de eerste fase van de enquêteprocedure eindigt door het deponeren door onderzoekers van het verslag van hun onderzoek en dat derhalve de nieuwe regeling niet op hen van toepassing kan zijn..

Bij de overgangsbepaling rijst verder nog een bijzondere vraag: de 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. Maar wat wordt verstaan onder "zaken"? Valt daar in de gevallen dat het verslag van het onderzoek nog niet is gedeponereerd of indien de termijn van artikel 2:355 lid 2 nog loopt ook een eventuele tweedefaseprocedure onder? En, 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, op grond van de bewoordingen

¹⁵ TK, 2010–2011, 32 887, nr. 3, p. 30.

van artikel 2:355 lid 1 die verwijzen naar de oorspronkelijke verzoekers bevoegd ook een tweedefaseverzoek te doen, ook indien zij mogelijk niet voldoen aan de nieuwe eisen van artikel 2:346 lid 1 onder c? En, kunnen het bestuur, de raad van commissarissen en een eventuele faillissementscurator in die gevallen ook zelf een tweedefaseverzoek indienen? De Gecombineerde Commissie ziet zelf niet direct een reden om degenen die bevoegd waren het enquêteverzoek te doen niet ook bevoegd te achten een tweedefaseverzoek in te dienen, maar ziet ook geen reden om het bestuur, de raad van commissarissen of de faillissementscurator in voorkomende gevallen daartoe niet ook bevoegd te achten

Den Haag, 3 november 2011