

Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing  
enquêterecht in de praktijk

dr. A.J.F. Lafarre LLM Msc  
B.C.J. Schippers LLM  
S.F.W. van den Bosch LLM Msc  
prof. dr. C.F. Van der Elst  
mr. dr. G.J.H. van der Sangen

Kenmerk WODC: 2791

Publicatiedatum: februari 2018

*Volledige citeertitel (APA):*

Lafarre, A.J.F., Schippers, B.C.J., van den Bosch, S.F.W., Van der Elst, C.F., van der Sangen, G.J.H. (2018). *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquête-recht in de praktijk* (WODC-rapport 2791, Tilburg University, Departement Business Law).

*Verkorte citeertitel (alfabetische volgorde):*

Rapport Lafarre/Schippers/Van den Bosch/Van der Elst/Van der Sangen

*Contactgegevens:*

Departement Business Law  
Tilburg Law School, Tilburg University  
Montesquieu-gebouw (M) 2.31  
Postbus 90153  
5000 LE Tilburg  
Tel: +31 13 466 2672  
E-mailadres: C.vdrElst@tilburguniversity.edu

© 2018; Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum. Auteursrechten voorbehouden. Niets uit dit rapport mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm, digitale verwerking of anderszins, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het WODC.

## SAMENVATTING

In dit onderzoeksrapport staat de evaluatie van de op 1 januari 2013 in werking getreden Wet aanpassing enquêterecht, zoals neergelegd in art. II van deze wet, centraal. De volgende onderzoeksvraag is hierbij geformuleerd: 'In welke opzichten en in welke mate wordt het doel van het enquêterecht, te weten het snel en doeltreffend oplossen van het geschil, zodat de rechtspersoon verder kan opereren, bereikt door de invoering van de Wet aanpassing enquêterecht en welke andere effecten kunnen worden onderscheiden?'. Voor het doel van het enquêterecht is aansluiting gezocht bij de door de Hoge Raad geformuleerde doeleinden in de *OGEM*-beschikking. Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag worden de door de wetgever genoemde doelstellingen in de Memorie van Toelichting van de verschillende wetswijzigingsonderdelen van de Wet aanpassing enquêterecht als uitgangspunt genomen. Deze doelstellingen, die in hoofdstuk twee worden besproken, zijn door de wetgever gedefinieerd binnen het kader van de in de *OGEM*-beschikking geformuleerde doeleinden van het enquêterecht. De Wet aanpassing enquêterecht bestaat uit vijf wetswijzigingscategorieën, betreffende 1. ontvankelijkheidscriteria; 2. de koppeling van onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek; 3. waarborgen ten aanzien van het onderzoek; 4. het indienen van verweerschriften en; 5. de kosten van verweer.

In dit onderzoeksrapport wordt gebruikgemaakt van een juridisch onderzoek en literatuuronderzoek, een jurisprudentieanalyse van alle uitspraken van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad in enquêteprocedures in de periode 2008-2016 (hierna: de ARO-populatie), een kwalitatief onderzoek door middel van een vragenlijst en een beperkt aantal interviews en een casestudieonderzoek van de onderzoeks- en gespreksverslagen in enquêteprocedures in de periode 2008-2016. Aan de hand van het juridisch onderzoek en literatuuronderzoek is een juridisch kader ontwikkeld waarbinnen de doelstellingen van de vijf wetswijzigingscategorieën worden besproken. Deze doelstellingen zijn gekoppeld aan meetbare criteria (hoofdstuk 2). Deze meetbare criteria vormen het onderwerp van het onderzoek naar de doelbereiking en effecten van de wetswijzigingscategorieën (hoofdstuk 4 tot en met 8). Deze bevindingen worden hieronder per wetswijzigingscategorie besproken. Hoofdstuk 3 geeft de algemene descriptieve gegevens uit de jurisprudentieanalyse weer en biedt daarmee, in aansluiting op de resultaten van het rapport Cools/Kroeze, algemene inzichten in het gebruik van het enquêterecht in de praktijk.

### **Wetswijzigingscategorie 1: ontvankelijkheidscriteria**

De eerste wetswijzigingscategorie houdt de aanpassingen van de ontvankelijkheidscriteria in. Onderdeel a) houdt een wijziging in van het ontvankelijkheids criterium voor aandeelhouders van grote vennootschappen. De doelstelling van het nieuwe ontvankelijkheidsvereiste van 1% van het geplaatste kapitaal voor aandeelhouders van grote vennootschappen was om een redelijke verhouding tot stand te brengen tussen de omvang van het belang van aandeelhouders (en certificaathouders) in grote vennootschappen en de omvang van de vennootschap om een beroep toe te staan op de enquêteprocedure. Onderdeel b) van de wetswijziging betreft de enquêtebevoegdheid van de rechtspersoon

(het bestuur, de raad van commissarissen en de curator) sinds de wetwijziging. Hiermee werd beoogd ook gedragingen van andere organen dan het bestuur en de raad van commissarissen, zoals de algemene vergadering, tot onderwerp van een enquête te maken. Deze wetwijzigingscategorie is als volgt onderzocht. In de jurisprudentieanalyse is het aantal en aandeel enquêteverzoeken dat is gedaan door aandeelhouders en de rechtspersoon onderzocht, en is de ontvankelijkheidsdrempel waarop aandeelhouders zich beroepen, het kapitaalbelang van aandeelhouders en het geplaatst kapitaal bij beursvennootschappen bestudeerd. Daarnaast zijn de respondenten in de vragenlijst gevraagd naar hun beoordeling van de nieuwe ontvankelijkheidsdrempel en de enquêtebevoegdheid van de rechtspersoon. De bevindingen uit de jurisprudentieanalyse geven indicaties dat onderdeel a) geen onevenredig effect heeft gehad op de mogelijkheid van aandeelhouders van grote vennootschappen om enquêteprocedures te starten. Zo is er bijvoorbeeld geen significant verschil op te merken ten aanzien van het type rechtspersoon waarbij een enquêteverzoek plaatsvindt. Dit geldt ook voor het aantal en aandeel verzoeken dat is ingediend door (minderheids)aandeelhouders. Ook zijn er ook geen grote wijzigingen op te merken met betrekking tot de hoogte van het geplaatste kapitaal van beursvennootschappen waarbij een enquêteverzoek plaatsvindt en de ontvankelijkheidsgrond waarop de verzoekers zich beroepen. Hierbij moet echter wel worden opgemerkt dat het aantal observaties laag is. Uit de vragenlijst kan worden opgemerkt dat de respondenten over het algemeen een neutraal-positieve beoordeling geven van dit wetwijzigingsonderdeel. Uit de opmerkingen van de respondenten in de vragenlijst blijkt dat er een onevenredige beperking zou kunnen bestaan voor aandeelhouders van grote vennootschappen met aandelen met een lage nominale waarde, hetgeen de volledige doelbereiking van dit wetwijzigingsonderdeel eventueel zou kunnen aantasten. De jurisprudentieanalyse kan dit beeld van de respondenten niet bevestigen.

Daarentegen geven zowel de jurisprudentieanalyse als de vragenlijst voldoende inzichten om te concluderen dat het doel van onderdeel b) is bereikt, omdat de enquêtebevoegdheid van de rechtspersoon heeft geleid tot een invulling van een behoefte in de praktijk. De bevindingen laten zien dat in de periode 2013-2016 6% van de enquêteverzoeken is gedaan door de rechtspersoon. Dit zijn tien verzoeken, waarvan er acht zijn verzocht door het bestuur en twee zijn verzocht door de raad van commissarissen of raad van toezicht. Hieruit blijkt dat de relevantie van de enquêtebevoegdheid van de curator in de praktijk genuanceerd dient te worden; in geen enkel geval is de curator namelijk de verzoekende partij. De respondenten beoordelen de enquêtebevoegdheid van het bestuur en de raad van commissarissen positief, terwijl de beoordeling van de curator neutraal-positief is. Volgens sommige respondenten voegt de enquêtebevoegdheid van de curator weinig toe in de praktijk.

## **Wetwijzigingscategorie 2: onmiddellijke voorzieningen**

De tweede wetwijzigingscategorie omvat de wetwijzigingsonderdelen ten aanzien van het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Deze categorie bevat drie wetwijzigingsonderdelen, namelijk a) de wettelijke verankering van de belangenafweging voor toewijzing

van onmiddellijke voorzieningen; b) het vereiste van een voorlopig oordeel dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen alvorens onmiddellijke voorzieningen kunnen worden opgelegd, en; c) het vereiste dat de Ondernemingskamer na het opleggen van onmiddellijke voorzieningen binnen een redelijke termijn moet beslissen of een onderzoek zal plaatsvinden. De doelstellingen van deze wetswijzigingsonderdelen beogen de band tussen het treffen van onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek te versterken en de onzekerheid over een eventueel later bevolen onderzoek weg te nemen. Daarnaast beoogde de minister met deze wetswijzigingen de mogelijkheid om in onderling overleg tot een oplossing te komen, te behouden. Deze wetswijzigingscategorie is als volgt onderzocht. Allereerst is in de jurisprudentieanalyse het aantal en aandeel verzochte, toegewezen, afgewezen en aangehouden onmiddellijke voorzieningen, de verschillende soorten onmiddellijke voorzieningen en het aantal onmiddellijke voorzieningen per zaak onderzocht. Daarnaast is het verdere verloop van de procedure na het treffen van onmiddellijke voorzieningen onderzocht, waarbij is onderzocht wat de beslissing ten aanzien van het onderzoek was van de Ondernemingskamer en de termijn waarop deze beslissing is genomen. Ook is het aantal en aandeel getroffen minnelijke regelingen na het toewijzen van onmiddellijke voorzieningen onderzocht. In de vragenlijst zijn de respondenten gevraagd naar hun beoordelingen van de drie onderdelen.

Wat betreft de eerste twee wetswijzigingsonderdelen (onderdeel a en b) kan worden geconcludeerd dat er weinig effecten te merken zijn in de praktijk. Uit de jurisprudentieanalyse volgt dat het aandeel enquêteverzoeken waarbij onmiddellijke voorzieningen worden verzocht sinds 2013 ongeveer gelijk is gebleven, namelijk in 90 respectievelijk 91% van de enquêteverzoeken. Sinds de wetswijziging is het aandeel verzoeken waarin onmiddellijke voorzieningen worden toegewezen significant gestegen, van 52% naar 64%. Van deze verzoeken, waarin onmiddellijke voorzieningen zijn toegewezen, is vóór de wetswijziging in 86% van de gevallen een onderzoek bevolen; vanaf de wetswijziging is dit 91%. Deze stijging geeft, alhoewel niet significant, een (lichte) indicatie dat er sinds de wetswijziging een sterkere koppeling is tussen de toewijzing van onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek. Dit is een indicatie die kan duiden op doelbereiking van de onderdelen a) en b). Verder geeft de Ondernemingskamer aan dat de wijze van haar afweging bij het toewijzen van onmiddellijke voorzieningen sinds de wetswijziging *de facto* niet gewijzigd is. De respondenten oordelen positief over het vereiste van een voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer of een onderzoek kan worden bevolen voordat onmiddellijke voorzieningen kunnen worden toegewezen. 76% van de 41 respondenten die de stelling over de band tussen de onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek hebben ingevuld, is van mening dat dit wetswijzigingsonderdeel de band tussen het treffen van onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek bevordert. Alle respondenten die de stelling over de mogelijkheid om in onderling overleg tot een oplossing te komen hebben ingevuld (in totaal 60), geven aan dat deze mogelijkheid niet wordt weggenomen.

De jurisprudentieanalyse geeft een (lichte) indicatie van doelbereiking van wetswijzigingsonderdeel c), aangezien de tijdsperiode tussen het toewijzen van de onmiddellijke voorzieningen en het bevelen van het onderzoek gemiddeld is gedaald sinds de wetswijziging. Wel dient hierbij opgemerkt te worden dat deze daling niet significant is en het

hier een zeer klein aantal beschikkingen betreft. Het overgrote deel van de respondenten geeft aan positieve gevolgen te merken van de wetswijziging; zo geven de respondenten aan dat de wetswijziging de rechtszekerheid voor betrokkenen bevordert en dat het de snelheid van de enquêteprocedure bevordert. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat de Ondernemingskamer de mogelijkheid heeft om de benoeming van de onderzoeker, na het bevelen van het onderzoek, uit te stellen. Partijen kunnen dan om een benoeming van de onderzoeker verzoeken.

### **Wetswijzigingscategorie 3: waarborgen in de onderzoeksfase**

Wetswijzigingscategorie 3 omvat drie wetswijzigingsonderdelen die te maken hebben met de onderzoeksfase van de enquêteprocedure. Zo houdt onderdeel a) een verduidelijking van de aansprakelijkheidsnorm van de onderzoekers in, stelt onderdeel b) dat onderzoekers de in hun verslag genoemde personen in de gelegenheid dienen te stellen om opmerkingen te maken ten aanzien van de wezenlijke bevindingen van die personen, en introduceert onderdeel c) de aanstelling van de raadsheer-commissaris die toezicht houdt op de onderzoeksfase. De doelstelling van de laatste twee wetswijzigingsonderdelen is het introduceren van meer waarborgen in de onderzoeksfase. Daarnaast zou wetswijzigingsonderdeel a) eraan bijdragen dat onderzoekers eerder geneigd zijn om een onderzoekstaak op zich te nemen. Voor deze wetswijzigingsonderdelen zijn in de jurisprudentieanalyse de beschikkingen waarin partijen zich (kritisch) uitlaten over de werkwijze van de onderzoeker of het onderzoeksrapport en de beschikkingen waarin het beginsel van hoor en wederhoor aan bod komt onderzocht. Daarnaast is de aanstellingstermijn van de onderzoekers en de aanwijzing van de raadsheer-commissaris geanalyseerd. In de vragenlijst zijn de respondenten gevraagd naar hun beoordeling ten aanzien van de drie afzonderlijke onderdelen. Tot slot is in de analyse van de onderzoeksverslagen het aantal en aandeel betrokkenen onderzocht dat een reactie heeft gegeven. Ook is de verwijzing van de onderzoeker naar de reacties van betrokkenen op het conceptverslag en wat de onderzoeker vervolgens gedaan heeft met deze reacties onderzocht aan de hand van de onderzoeksverslagen. Wat betreft de rol van de raadsheer-commissaris, is er onderzocht of er een vermelding wordt gemaakt van deze rol in de onderzoeksverslagen.

Wat betreft het eerste wetswijzigingsonderdeel kan worden gesteld dat de jurisprudentieanalyse geen sluitende conclusie met betrekking tot de doelbereiking oplevert. Er zijn geen gevallen van aansprakelijkheid van de onderzoeker in de ARO-populatie bekend, en de gemiddelde aanstellingstermijn van de onderzoeker is niet significant verkort sinds de wetswijziging. Daarentegen is de gemiddelde beoordeling van de respondenten ten aanzien van deze wetswijziging positief te noemen. Ook blijkt uit het gesprek met de Ondernemingskamer en de andere interviews dat de Ondernemingskamer geen moeilijkheden ondervindt om onderzoekers bereid te vinden om een onderzoekstaak op zich te nemen. Naar aanleiding hiervan kan worden gesteld dat, alhoewel uit dit onderzoeksrapport niet volledig kan volgen dat dit wetswijzigingsonderdeel haar doel bereikt, er indicaties zijn dat het risico van aansprakelijkstelling van de onderzoeker geen groot probleem vormt in de praktijk.

De wetswijzigingsonderdelen b) en c) bereiken (grotendeels) het doel, omdat de waarborgen in de onderzoeksfase zijn vergroot. Het tweede wetswijzigingsonderdeel stelt partijen in de gelegenheid om opmerkingen te maken ten aanzien van (bepaalde passages in) het onderzoeksverslag. In de jurisprudentieanalyse zijn slechts drie beschikkingen gevonden die (direct) over dit aspect van het hoor- en wederhoorbeginsel gaan. De analyse van de onderzoeksverslagen wijst uit dat sinds de wetswijziging het aandeel conceptverslagen dat wordt voorgelegd aan de betrokkenen gestegen is met vier procentpunt. Deze stijging is echter niet significant. Het aandeel gevallen waarbij de gespreksverslagen en het plan van aanpak wordt voorgelegd aan partijen is wel significant gestegen sinds de wetswijziging. Daarnaast is het aantal betrokkenen dat een reactie heeft gegeven op de wezenlijke bevindingen in het onderzoeksverslag die op henzelf betrekking hebben, relatief gestegen. Bovendien zijn zowel het aantal onderzoeksverslagen waarin wordt verwezen naar de reacties van partijen op het conceptverslag, als het aantal onderzoeksverslagen waarin de onderzoeker ook daadwerkelijk deze reacties op enige wijze meeneemt in het onderzoeksverslag relatief gestegen. Al deze stijgingen zijn echter niet significant. Wel significant gestegen sinds de wetswijziging is het aandeel onderzoeksverslagen waarin de onderzoeker inhoudelijk verwijst naar de reacties van partijen. Tot slot geven de respondenten een positieve beoordeling van dit wetswijzigingsonderdeel. Het merendeel van de respondenten is van mening dat het risico op onjuiste informatie in het verslag van de onderzoeker wordt verkleind en dat de wetswijziging zorgt voor betere waarborgen in de onderzoeksfase. Deze bevindingen wijzen op doelbereiking van het vergroten van het hoor- en wederhoorbeginsel in het enquêterecht. Wetswijzigingsonderdeel c) ziet op de benoeming van de raadsheer-commissaris. Uit de jurisprudentieanalyse blijkt dat in op één na alle enquêteverzoeken sinds de wetswijziging een raadsheer-commissaris is benoemd. Bovendien blijkt dat de partijen ook een aantal keren een verzoek tot aanwijzing of bevel doen aan de raadsheer-commissaris in de praktijk, hetgeen aangeeft dat de raadsheer-commissaris daadwerkelijk een rol speelt in de praktijk. Uit de analyse van de onderzoeksverslagen volgt dat er soms verwezen wordt naar de raadsheer-commissaris, waarbij één keer een inhoudelijke opmerking over deze persoon wordt gemaakt. De rol van de raadsheer-commissaris wordt in de praktijk neutraal-positief beoordeeld. Volgens twee derde van de respondenten verloopt het onderzoek onder het toezicht van de raadsheer-commissaris beter, terwijl sommige respondenten stellen dat het niet altijd duidelijkheid is wat de rol van de raadsheer-commissaris is. Niettemin kan over het algemeen worden gesteld dat dit derde wetswijzigingsonderdeel haar doel (grotendeels) bereikt.

#### **Wetswijzigingscategorie 4: indienen van verweerschriften**

Wetswijzigingscategorie 4 gaat over de termijn van het indienen van verweerschriften. De wetswijziging houdt in dat de Ondernemingskamer een tijdstip voorafgaand aan de zitting dient te bepalen voor het indienen van de verweerschriften. De doelstelling van deze wetswijziging is het bevorderen van een goede procesorde. Deze wetswijzigingscategorie is in de jurisprudentieanalyse onderzocht door middel van de termijn tussen het

indienen van het verweerschrift en de openbare zitting. Daarnaast zijn ook de respondenten in de vragenlijst gevraagd naar hun beoordeling van deze wetswijzigingscategorie.

Deze wetswijzigingscategorie bereikt het doel. Uit de analyse van de jurisprudentie volgt dat de perioden tussen het indienen van het (eerste) verzoekschrift, verweerschrift en de zitting vanaf de wetswijziging significant langer zijn dan vóór de wetswijziging, hetgeen betekent dat de partijen gemiddeld genomen langer de tijd hebben gekregen om zich te verweren. De respondenten beoordelen de verplichting om een tijdstip voor het indienen van verweerschriften, voorafgaand aan de zitting te bepalen, overwegend positief. Een grote meerderheid van de respondenten is expliciet van mening dat de wetswijziging de procesorde ten goede komt.

### **Wetswijzigingscategorie 5: kosten van verweer**

De laatste wetswijzigingscategorie, categorie 5, houdt in dat de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer van onderzoekers en OK-functionarissen voor rekening (kunnen) komen van de rechtspersoon. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds onderzoekers, waarbij de redelijk gemaakte kosten voor rekening komen van de rechtspersoon, en OK-functionarissen waarbij de Ondernemingskamer *kan* bepalen dat de redelijke kosten van verweer voor rekening van de rechtspersoon komen. Daarnaast is sinds de wetswijziging bepaald dat een eenmaal door de Ondernemingskamer toegekende vergoeding of de beloning van onderzoekers en OK-functionarissen niet als onverschuldigde betaling teruggevorderd kan worden. De doelstelling van deze wetswijzigingscategorie is het voorkomen dat het zeer moeilijk is om personen bereid te vinden om als onderzoeker of als OK-functionaris aan de slag te gaan. In de analyse van de jurisprudentie is onderzocht wat de aanstellingstermijn is van onderzoekers en OK-functionarissen. Daarnaast hebben de respondenten een beoordeling gegeven van deze wetswijzigingscategorie.

Deze wetswijzigingscategorie lijkt het doel wel te bereiken voor de positie van de onderzoeker, maar niet voor de positie van de OK-functionaris. Uit de bevindingen van wetswijzigingscategorie 3 is reeds naar voren gekomen dat de gemiddelde aanstellingstermijn van de onderzoeker sinds de wetswijziging niet significant is gedaald. De Ondernemingskamer stelt echter dat ze geen moeilijkheden ondervindt in het vinden van onderzoekers die bereid zijn om een onderzoekstaak uit te voeren. Ook de respondenten lijken over het algemeen geen problemen te ervaren met betrekking tot een (dreigende) aansprakelijkstelling van onderzoekers. Wat betreft de OK-functionarissen is er geen benoemingswaardige significante verandering op te merken in de aanstellingstermijn. De respondenten geven aan, alhoewel ze positief zijn over de wetswijziging, dat OK-functionarissen nog steeds dreigingen met aansprakelijkstelling ondervinden.

### **Besluit**

Over het algemeen kan gesteld worden dat uit dit onderzoek voortvloeit dat de gestelde doelen van de verschillende wetswijzigingscategorieën (grotendeels) worden bereikt. Bij wetswijzigingscategorie 5 dient te worden opgemerkt dat sommige respondenten in de



vragenlijst aangeven dat OK-functionarissen nog steeds het risico zouden lopen van aansprakelijkstelling. Daarnaast blijkt uit de vragenlijst dat de effecten van de Wet aanpassing enquêterecht op de aspecten doorlooptijd van de enquêteprocedure, kwaliteit van de enquêteprocedure – inclusief de onderzoeksfase – en hoeveelheid enquêteprocedures niet groot zijn. Wat betreft andere (onbedoelde) effecten van de Wet aanpassing enquêterecht kwam uit het literatuuronderzoek en de vragenlijst naar voren dat er een onevenredige beperking zou kunnen bestaan voor aandeelhouders van grote vennootschappen met aandelen met een lage nominale waarde.