

**Ministerie van Justitie
Directie Wetgeving
Postbus 20001
2500 EA Den Haag.**

Secretariaat
Tweeboomlaan 125
1624 EC Hoorn
telefoon: 06-36118596
E-mail: stichtingmno@planel.nl
KvK: 34237864
www.stichting-mno.nl

Betreft: enquêterecht
Datum : 12 december 2009

Geachte heer, mevrouw,

In de Stichting Multinationale Ondernemingsradenoverleg (verder het MNO), komen vertegenwoordigers van (C)OR'en van 45 grote internationale ondernemingen op regelmatige basis bijeen. Bij deze aangesloten ondernemingen werken meer dan 650.000 mensen in Nederland en nog eens ruim 3 miljoen in het buitenland. Het MNO heeft als hoofddoelstelling een substantiële bijdrage leveren aan het bevorderen van een professionele medezeggenschap bij de aangesloten (C)OR'en. Het MNO wil verder als samenwerkingsorgaan en kenniscentrum, voor deze (C)OR'en goede medezeggenschap bevorderen.

In het kader van deze doelstelling benaderen wij u over de voorgenomen wetswijziging inzake het enquêterecht.

1. Inleiding

Op 30 oktober 2009 is een conceptwetsvoorstel tot aanpassing van het enquêterecht voor consultatie openbaar gemaakt. In dat voorstel laat minister Hirsch Ballin van Justitie weten dat het enquêterecht verandert voor de aandeelhouder van grote NV's en BV's. Hij is voornemens de criteria voor toegang van aandeelhouders en certificaathouders van naamloze en besloten vennootschappen (NV's en BV's) tot de Ondernemingskamer van het gerechtshof in Amsterdam te wijzigen. Er wordt straks onderscheid gemaakt tussen grote en minder grote NV's en BV's bij een enquêteverzoek. Ook krijgt de rechtspersoon zelf het recht om een enquêteprocedure te starten.

Voor de ondernemingsraad blijft echter alles bij het oude en is de minister niet voornemens de ondernemingsraad het enquêterecht toe te kennen. Een wetsvoorstel

hierover is voor advies naar verschillende instanties gestuurd, onder meer naar het MNO. In het persbericht laat de minister verder weten dat bij de voorbereiding onder meer gebruik is gemaakt van een onderzoek naar alle jurisprudentie van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad in enquêtezaken, en is gekeken naar het advies 'Evenwichtig ondernemingsbestuur' van de Sociaal Economische Raad (SER). Onderdeel van dit advies ging over de vraag of de ondernemingsraad niet het zelfstandig recht op enquête zou moeten hebben. Ten aanzien van het enquêterecht was er binnen de SER, evenals op andere onderdelen uit het advies, geen unanimititeit. De argumenten van de tegenstanders waren, evenals bij een adviesaanvraag van het kabinet in 1988 en in 2003, de volgende:

- De (C)OR heeft geen eigen vermogen en hierdoor ontbreekt de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer om een schadevergoeding op te leggen als blijkt dat de (C)OR te lichtvaardig gebruik heeft gemaakt van het enquêterecht.
- Ook de kosten voor onderzoek zijn om bovengenoemde reden niet op de (C)OR te verhalen.
- De angst dat de (C)OR te snel naar het middel van het enquêterecht gaat grijpen. Kortom het risico dat de (C)OR lichtvaardig zou omspringen met het enquêterecht.

Gemakshalve verwijst de SER in 2008, waar het gaat om haar opvattingen rond de vraag of de ondernemingsraad een zelfstandig recht op enquête zou moeten hebben, naar haar advies uit 2003.

In dit verband zijn een tweetal constatering van de SER interessant. Zo stelt de SER in haar advies 2008: *'In de afgelopen periode hebben zich belangrijke wijzigingen voorgedaan in de zeggenschaps- en eigendomsstructuur van Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen. Mede op advies van de raad is een wijziging van de structuurregeling doorgevoerd en zijn de zeggenschapsrechten voor aandeelhouders in beursvennootschappen uitgebreid.'*

De tweede interessante constatering in het SER-advies 2008 is: *'Het gebruik van het enquêterecht is, mede door de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer (OK) om in elke stand van het geding onmiddellijke voorzieningen te treffen, sterk toegenomen.'*

Deze twee constatering duiden er op dat het de SER niet is ontgaan dat er tussen 1988 en 2008 grote veranderingen hebben plaatsgevonden. Desalniettemin gaat de SER er kennelijk van uit dat die grote veranderingen niet of nauwelijks effect hebben op de wijze waarop de medezeggenschap haar werk moet doen. Op dit punt komen wij later nog terug.

Het MNO is uitermate teleurgesteld met de inhoud van dit wetsvoorstel. Het doet geen recht aan de medezeggenschap anno 2009. De argumenten deugen niet en het beeld dat hierdoor ontstaat, lijkt geenszins op de ervaringen binnen de medezeggenschap van de bij het MNO aangesloten bedrijven en daarbuiten. Uit het voorstel van de minister blijkt dat hij evenals de SER kennelijk het idee heeft dat de veranderingen van de laatste vijftien jaar binnen organisaties aan de medezeggenschap voorbij zijn gegaan en dat die veranderingen alleen het bestuur, de toezichthouder en de aandeelhouder betreft. De praktijk laat echter een totaal ander beeld zien. Kortom zowel de door de SER genoemde argumenten als de argumenten die door de minister

worden gebruikt om de ondernemingsraad af te houden van het gebruik van het enquêterecht kloppen niet en zijn niet van deze tijd.

In hoofdstuk 2 noemen we de argumenten tegen toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad en voorzien dat van commentaar. In hoofdstuk 3 noemen we argumenten vóór toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad.

2. Argumenten tegen toekenning

In de toelichting op het op 30 oktober 2009 gepubliceerde wetsvoorstel van minister Hirsch Ballin lezen we in het onderdeel *Positie ondernemingsraad* dat de minister geen andere argumenten hanteert dan, die in 2003 en 2008 ook al door de SER werden geopperd, overigens steeds met een verdeelde SER. Maar ook al eerder is de vraag over toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad binnen de SER aan de orde geweest. De eerste keer was dat naar aanleiding van het advies van de Commissie Verdam in 1971 en later nogmaals in 1988.

Wij behandelen hier de belangrijkste tegenargumenten.

1. Het argument dat de ondernemingsraad door andere enquêtebevoegden onder druk wordt gezet om een enquêteverzoek te doen, waardoor die derden het risico van een kostenveroordeling kunnen vermijden is puur een veronderstelling en nergens op gebaseerd. Of heeft de minister onderzocht het aantal keren dat de ondernemingsraad door anderen (bv. vakbonden) is bewogen een art 26 of 36 procedure te starten op kosten van de ondernemer. Indien dat aantoonbaar het geval is geweest dan mag dit als een valide argument worden beschouwd. Het MNO zelf heeft overigens geen enkele aanwijzing in die richting.
2. Het argument van lichtvaardige enquêteverzoeken is evenals het onder 1 genoemd een pure veronderstelling. Bij deze veronderstelling speelt angst overduidelijk een grote rol. Het MNO zou het waarderen als de minister van Justitie zich aan de feiten houdt voor zover beschikbaar. Die lichtvaardige houding zou bijvoorbeeld kunnen blijken uit de enquêteprocedures waar de ondernemingsraad is gevoegd of het enquêterecht heeft toegewezen gekregen via een statutaire regeling. De minister heeft recht van spreken indien bij die situaties blijkt dat de ondernemingsraad lichtvaardig met een enquêteverzoek is omgegaan. Ook op dit punt heeft het MNO geen enkele aanwijzing in die richting. De minister zou ook recht van spreken hebben als de ondernemingsraad lichtvaardig om zou springen met de toepassing van het beroepsrecht (art. 26 WOR) of de algemene geschillenregeling (art. 36 WOR). Kortom er is geen enkele reden om te veronderstellen dat de ondernemingsraad nu ineens bij toekenning van het enquêterecht lichtvaardig zou handelen. In het verlengde geldt dat ook het argument dat de ondernemingsraad niet in de kosten van een ten onrechte ingediend enquêteverzoek kan worden veroordeeld niet juist is. Immers: de huidige stand van zaken is dat bij beroepsprocedures bij de Ondernemingskamer dit in de praktijk geen bezwaar bleek te zijn.

3. Argumenten vóór toekenning

Hieronder een aantal argumenten waarom de ondernemingsraad wel zelfstandig recht op enquête zou moeten krijgen.

1. Binnen de zeggenschap en medezeggenschap is in Nederland veel veranderd. De organisatievorm waarbij de zeggenschap op het hoogste niveau in Nederland ligt is in veel bedrijven verlaten. Dit was overigens wel de organisatievorm die de wetgever voor ogen stond toen hij de WOR in 1950 invoerde. Inmiddels is de positie en plaats van de medezeggenschap binnen de organisatie veranderd, evenals de machtsverhoudingen rondom de onderneming. Bij verreweg de meeste bij het MNO aangesloten concerns moet de medezeggenschap haar weg zoeken richting zeggenschap. Voor die situaties is het wenselijk dat de ondernemingsraad via het enquêterecht de besluitvorming kan beïnvloeden wanneer dat noodzakelijk is in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen.
2. Aansluitend op het onder 1 genoemde zijn er de veranderingen in de versterkte positie van de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) en het terugdringen van de invloed van de Raad van Commissarissen (RvC) en de invloed van de ondernemingsraad op de samenstelling van de RvC. In verband met deze veranderde wet- en regelgeving zou het toekennen van de enquêtebevoegdheid de positie van de ondernemingsraad op dit vlak een positieve impuls kunnen geven.
3. De medezeggenschap moet een rol van betekenis kunnen spelen als de situatie binnen het concern escaleert en de belangen van de werknemers op het spel komen te staan. In die situatie moet de medezeggenschap niet afhankelijk worden gesteld van bijvoorbeeld de vakorganisaties of het toekennen van het enquêterecht via een statutaire regeling. Deze omweg is onnodig, tijdrovend en kostbaar en is niet in het belang van het goed functioneren van de onderneming. In de tijd van de introductie van het enquêterecht, namelijk 1971, werd besloten dat werknemers via vakorganisaties konden beschikken over het enquêterecht. Belangrijk argument daarbij was het feit dat de ondernemingsraad een college van overleg was met als voorzitter de ondernemer. Zoals eerder aangeven, het is nu 2009, er is veel veranderd en de argumenten van toen zijn vandaag de dag niet meer valide. Ten aanzien van de enquêteprocedures waar de ondernemingsraad is gevoegd moet worden opgemerkt dat daar de weg van het enquêteverzoek via de vakbond niet altijd open staat. Niet binnen iedere onderneming zijn vakbonden actief die voldoen aan de definitie van art. 2:347 BW.
4. Naast het MNO zijn ook andere organisaties pleitbezorger van een zelfstandig recht op enquête van de ondernemingsraad. Binnen de SER bijvoorbeeld zijn dat een aantal Kroonleden en alle in de SER participerende vakorganisaties. In 1988 behoorden de werknemersleden, benoemd door FNV en MHP, nog tot de meerderheid van de SER die overwegende bezwaren zag tegen toekenning van een enquêtebevoegdheid aan de ondernemingsraad. Daarnaast is in juni 2009, in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, een onderzoek uitgevoerd naar de mogelijke onderbenutting van bevoegdheden en mogelijkheden door de (Centrale)

Ondernemingsraden in grote Nederlandse ondernemingen. Ten aanzien van het enquêterecht laten de onderzoekers weten dat het enquêterecht de laatste jaren wat vaker met succes is toegepast, vooral bij ondernemingen (zoals Stork, SKON, Smit Transformatoren of AHAM) waar met name de bestuurder- vaak onder druk van aandeelhouders- belang had bij een (centrale) ondernemingsraad met een directe of indirecte mogelijkheid tot enquête. Verder stellen de onderzoekers dat de invoering van een eigen enquêterecht volgens de respondenten die ervoor pleiten, niet direct leiden tot een lichtvaardig gebruik ervan door de (centrale) ondernemingsraad.

5. De voorbeelden waar de ondernemingsraad zich heeft gevoegd of het enquêterecht heeft toegewezen gekregen via een statutaire regeling of overeenkomst zijn weliswaar beperkt, maar kijkend naar de inhoud van deze procedures kunnen de volgende conclusies worden getrokken:
 - a. In het belang van de onderneming was het noodzakelijk dat de ondernemingsraad de mogelijkheid van het enquêterecht kon benutten;
 - b. In alle procedures waar de ondernemingsraad bij betrokken is geweest zijn de verzoeken tot een enquêteprocedure door de Ondernemingskamer gehonoreerd.

6. In maart 2009 is door het ministerie van Justitie een rapport over de evaluatie van het enquêterecht toegestuurd aan de leden van de Tweede Kamer. De evaluatie is in opdracht van het ministerie van Justitie uitgevoerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht en bestrijkt de periode 1971-2007. Dit rapport bevat een aantal interessante uitkomsten. Hieronder die uitkomsten en in *cursief* de reactie van het MNO:
 - a. Indieners van het enquêteverzoek
 - In de periode 1971-2007 is in 486 van de in totaal 510 zaken (95%) het verzoek tot enquête gedaan door de kapitaalverschaffers.
 - De VEB deed in deze periode in totaal 14 keer een verzoek tot enquête.
 - In 369 zaken was de ontvankelijkheid van de kapitaalverschaffers gebaseerd op de zogeheten proportionele drempel (10% van het geplaatste kapitaal).
 - In 22 zaken was de ontvankelijkheid van de kapitaalverschaffers gebaseerd op de zogeheten absolute drempel (rechthebbend op een bedrag van € 225.000 in het geplaatste kapitaal).
 - De vakbonden deden in deze periode in totaal 15 keer een verzoek tot enquête.
 - De advocaat-generaal deed in deze periode in totaal 5 keer een verzoek tot enquête.
 - Gerechtigden, genoemd in artikel 2:346 onder c BW deden in deze periode in totaal 4 keer een verzoek tot enquête.

In 80 zaken (slechts 16% van het totaal) heeft de ondernemingskamer wanbeleid vastgesteld. Deze cijfers tonen aan dat 38 % van de verzoeken niet zijn gehonoreerd.

Is dat wat de minister en de SER bedoelen met het lichtvaardig indienen van een enquêteverzoek?

- b. In de periode 1971-2007 is van de in totaal 510 zaken 486 keer (95%) het verzoek tot enquête gedaan door de kapitaalverschaffers. De vakbonden deden in deze periode zelden een verzoek tot enquête. De advocaat-generaal deed in deze periode in totaal 5 keer een verzoek tot enquête. In 4 gevallen is door de ondernemingsraad een enquêteverzoek ingediend op basis van een daartoe toegekende bevoegdheid via statuten of een overeenkomst met de rechtspersoon. *Het MNO trekt hier de conclusie uit dat aan de kant van de werknemers extra inspanningen op zijn plaats zijn door het enquêterecht ook voor de ondernemingsraad open te stellen.*
- c. Verder staat in het rapport te lezen dat aangezien het enquêterecht een zwaar middel is, moeten de verzoekers tot enquête voordat zij hun verzoekschrift indienen hun bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken aan het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap kenbaar maken en aan hen een redelijke termijn gunnen om op die bezwaren te reageren. Doen verzoekers dat niet dan is hun enquêteverzoek niet ontvankelijk (artikel 2:349 BW). Deze bepaling moet voorkomen dat de leiding van de vennootschap door een enquêteverzoek wordt overvallen. *Dit is een uitstekende afspraak die feitelijk meer zegt over het fatsoen van de enquêteverzoeker. Voor de ondernemingsraad is een dergelijke werkwijze, gebaseerd op fatsoenlijke omgangsvormen, heel normaal. Denk daarbij alleen maar aan de advies en instemmingprocedures.*
- d. Ook laten de onderzoekers weten dat aan de andere kant een ontwikkeling gaande is waarbij het toepassingsgebied van de enquêteprocedure wordt uitgebreid. Regelgeving schrijft voor dat pensioenfondsen en zorginstellingen in hun statuten toegang tot het enquêterecht moeten toekennen aan deelnemersraden respectievelijk cliëntenraden of landelijke koepels van cliëntenraden (in de periode die dit onderzoek bestrijkt hebben onder die regels nog geen enquêteprocedures plaatsgevonden). De tijd lijkt daarom rijp voor een herbezinning op het functioneren van het enquêterecht. *Deze uitspraak laat aan duidelijk niets te wensen over.*
- e. Dat de vakbonden nagenoeg nooit van hun enquêtebevoegdheid gebruik maken en dat recent in twee gevallen de enquêtebevoegdheid op grond van artikel 2:346 onder c BW is toegekend aan de ondernemingsraad kan als argument dienen voor toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad. *Ook deze uitspraak laat aan duidelijk niets te wensen over.*
7. De coördinatie tussen de departementen Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Justitie is minimaal opmerkelijk te noemen. Zo komt het ministerie van Justitie met een conceptwetsvoorstel tot aanpassing van het enquêterecht, waarbij de rol van de ondernemingsraad aan de orde komt, terwijl het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, volgens afspraak met de Tweede Kamer, in december 2009 met een nota komt waarin de stand van zaken rond de medezeggenschap wordt behandeld en ingegaan wordt op de vraag hoe een toekomstbestendige medezeggenschap vorm moet worden gegeven. Hierdoor

doorkruist de consultatie over het wetsvoorstel enquêterecht de stand van zakendiscussie over de medezeggenschap met de Tweede Kamer. Het MNO vindt deze aanpak getuigen van een slechte of wellicht totaal geen communicatie over zo'n belangrijk onderwerp voor miljoenen werknemers in Nederland.

8. De voorgenomen besluitvorming ten aanzien van het enquêterecht voor ondernemingsraden steekt schril af bij de voorgenomen besluitvorming over de toekenning van het enquêterecht voor de maatschappelijke onderneming. Een korte toelichting: *een maatschappelijke onderneming is een nieuwe (nog niet wettelijk vastgelegde) Nederlandse rechtsvorm voor organisaties die op bedrijfsmatige wijze diensten aanbieden waarbij grondrechten in het geding zijn. De maatschappelijke onderneming is met name bedoeld voor instellingen in de semipublieke sector maar eventueel ook voor andere organisaties actief in de derde sector – de sector naast bedrijfsleven en overheid. Voorbeelden van maatschappelijke ondernemingen zijn scholen, ziekenhuizen en woningcorporaties. Het idee achter deze nieuwe rechtsvorm is om de mogelijke inspraak en invloed van de belanghebbenden steviger te verankeren dan in sommige rechtsvormen, zoals bij stichtingen of verenigingen. In juli 2009 heeft de Minister van Justitie een wetsvoorstel ter goedkeuring naar het parlement gestuurd.* Ten aanzien van het enquêterecht is bij deze nieuwe rechtsvorm besloten de belangenhebbendenvertegenwoordiging de bevoegdheid zal worden toegekend om een enquête te verzoeken. Het MNO vindt dit een buitengewoon opmerkelijk besluit om deze nieuwe vorm van medezeggenschap wel het enquêterecht toe te kennen en de traditionele vorm van medezeggenschap niet. Dit heeft alle schijn van onzorgvuldigheid of het meten met twee maten.
9. Aansluitend hetgeen onder 8 beschreven is het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ten aanzien van zorginstellingen voornemens in de Wet Cliëntenrechten te bepalen dat Cliëntenraden ook het recht van enquête krijgen toegekend. Kortom voorbeelden waar de overheid onduidelijk is en met twee maten meet.

4. Conclusies

Het enquêterecht heeft tot doel om in geval van wanbeleid de verhoudingen binnen de onderneming zo spoedig mogelijk te herstellen. Het enquêterecht dient met andere woorden het belang van de onderneming en de daaraan verbonden werknemers. Door de ondernemingsraad de toegang tot het enquêterecht te ontzeggen gaat de minister er kennelijk van uit dat de ondernemingsraad voldoende middelen ter beschikking heeft om wanbeleid aan de kaak te stellen of de minister is van mening dat wanbeleid niet het werkterrein is van de ondernemingsraad. Het laatste argument past in de tijd van de introductie van het enquêterecht, namelijk 1971. toen werd besloten dat werknemers via vakorganisaties konden beschikken over het enquêterecht. Belangrijk argument daarbij was het feit dat de ondernemingsraad een college van overleg was met als voorzitter de ondernemer. Zoals eerder aangeven het is nu 2009, er is veel veranderd en de argumenten van toen zijn vandaag de dag niet meer valide.

Op basis van bovenstaande is het MNO van mening dat er steekhoudende argumenten zijn aangevoerd op grond waarvan de ondernemingsraad zelfstandig het enquêterecht zou moeten kunnen toepassen. Een toekenning van dat recht aan de ondernemingsraad zou duiden op een consistente besluitvorming rekening houdend met de omstandigheden anno 2009 en een belangrijke stap zijn in de richting van een toekomstbestendige medezeggenschap waar werknemers zich graag voor willen inzetten.

Geraadpleegde literatuur:

- Onderzoek in opdracht van het ministerie van Justitie. 'Het recht van enquête, een empirisch onderzoek', uitgebracht 5 maart 2009.
- SER-advies 'Evenwichtig ondernemingsbestuur', uitgebracht 15 februari 2008.
- Onderzoek in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 'Gebruik, niet gebruik of onderbenutting' uitgebracht juni 2009.
- L.C.J. Sprengers, G.W. van der Voet (red.), De toekomst van de medezeggenschap, aanbevelingen aan de wetgever nr: 37 van de Vereniging voor Arbeidsrecht (2009).
- M. Holtzer, Onderbenutting van rechten door werknemers? Ondernemingsrecht 2009-15 en De medezeggenschap van de belangenhebbendenvertegenwoordiging in de maatschappelijke onderneming, Ondernemingsrecht 2007-6.

Met vriendelijke groet,

J.A. Tang
Secretaris Stichting Multinationale Ondernemingsradenoverleg