

Datum: 29 december 2009
Inzake: internetconsultatie conceptwetsvoorstel aanpassing enquêterecht
Telefoonnummer: 020-5252392
e-mail: i.zaal@uva.nl

Excellentie,

1. Inleiding

Het Hugo Sinzheimer Instituut (Universiteit van Amsterdam) maakt hierbij gebruik van de mogelijkheid te reageren op het voorstel aanpassing enquêterecht van 29 oktober 2009. Dit doen wij onder redactie van R.H. Van het Kaar en I. Zaal.* Wij beperken onze reactie tot de positie van de OR in het enquêterecht. De overige aspecten van het wetsvoorstel ondersteunen wij.

2. De OR en het enquêterecht

2.1. Inleiding

Uit de toelichting op het wetsontwerp aanpassing enquêterecht volgt dat de OR geen wettelijk enquêterecht toegekend krijgt.¹ De belangrijkste redenen voor dit standpunt lijken te zijn dat de OR geen procesbevoegdheid heeft en niet in de kosten van de procedure kan worden veroordeeld. Deze motivering overtuigt ons niet en wij betreuren het dat een enquêterecht van de OR wordt afgewezen op formele gronden. Wij hadden graag gezien dat een fundamenteel standpunt werd ingenomen over de wenselijkheid van een enquêterecht voor de OR in het kader van de huidige discussie over corporate governance en het herstel van het machtsverevenwicht in de vennootschap.² In deze bijdrage zullen wij enkele argumenten voor het toekennen van een wettelijk enquêterecht aan de OR uiteenzetten. Voorafgaand hieraan geven wij een reactie op de motivering in de toelichting bij het wetsvoorstel.

2.2. Procesbevoegdheid

In de toelichting staat terecht vermeld dat de OR geen natuurlijk persoon dan wel rechtspersoon is en daardoor in beginsel procesbevoegdheid ontbeert, tenzij dit uitdrukkelijk uit de wet voortvloeit. Dit doet echter niet terzake als argument om de OR geen wettelijk enquêterecht toe te kennen. Immers, indien de OR een dergelijke bevoegdheid toegekend krijgt, staat deze wettelijke grondslag vast. De procesbevoegdheid van de OR gaat onder het huidige recht overigens al verder dan de bevoegdheden die voortvloeien uit de WOR. Daarbij kan allereerst worden gewezen op de structuurregeling. In het algemeen wordt ook aanvaard dat de OR kan procederen in een art. 2:14 of 2:15 BW-procedure en gebruik kan maken van de jaarrekeningprocedure. In 2008 heeft het Gerechtshof Arnhem een OR ontvankelijk verklaard in een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor³. Ten slotte wordt in het

* Dr. R.H. Van het Kaar is als senior onderzoeker verbonden aan het Hugo Sinzheimer Instituut. Hij is gepromoveerd op het gebied van het medezeggenschapsrecht en publiceert regelmatig over dit onderwerp. Hij heeft onder meer de SER geadviseerd bij het advies evenwichtig ondernemingsbestuur. Mr. I. Zaal is promovenda aan het Hugo Sinzheimer Instituut. Zij bereidt een proefschrift voor over de reikwijdte van medezeggenschap. In deze dissertatie gaat zij onder meer in op de positie van de OR in het vennootschapsrecht.

¹ Toelichting p. 10-17.

² Zie onder meer het SER-advies evenwichtig ondernemingsbestuur.

³ Gerechtshof Arnhem 15 juli 2008, *JAR* 2008/314.

enquêterecht reeds procesbevoegdheid voor de OR aanvaard in het geval hij zich als belanghebbende voegt in een door een andere partij geëntameerde enquêteprocedure.

2.3. Veroordeling in de kosten

Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid heeft tevens tot gevolg dat de OR niet in de kosten van de procedure kan worden veroordeeld. In het wetsvoorstel lijkt dit het belangrijkste argument te zijn om geen wettelijk enquêterecht aan de OR toe te kennen. De kostenveroordeling is volgens de minister de belangrijkste waarborg tegen lichtvaardige enquêteverzoeken. De vrees bestaat dat wanneer de OR niet in de kosten kan worden veroordeeld de OR lichtvaardig met het enquêterecht zal omgaan. Die vrees lijkt ons niet terecht. De OR kan op grond van de WOR en Boek 2 BW verschillende procedures voeren bij de rechter. Gewezen kan worden op de beroepsprocedure van artikel 26 WOR, de algemene geschillenregeling van artikel 36 WOR, artikel 2:14/15 BW en de jaarrekeningprocedure. In geen enkele van deze procedure kan hij in de kosten worden veroordeeld. Toch kan niet worden gesteld dat de OR lichtvaardig gebruik maakt van deze mogelijkheden. Ons is niet duidelijk waarom dit anders zal zijn voor de enquêteprocedure. Daar komt bij dat, anders dan de meeste andere procedures⁴, de enquêteprocedure een andere belangrijke waarborg kent tegen lichtvaardig gebruik. Een enquêteverzoeker moet immers eerst zijn bezwaren kenbaar maken aan de ondernemer. Deze voorfase is naar onze mening een belangrijke filter tegen lichtvaardig gebruik.⁵ Bovendien biedt de norm misbruik van bevoegdheid (3:13 BW) voldoende waarborgen tegen lichtvaardig gebruik. In de enquêteprocedures die de OR voerde op basis van een ondernemingsovereenkomst is reeds een aantal keer aangevoerd dat de OR misbruik maakte van zijn bevoegdheid.⁶ De Ondernemingskamer heeft geen van deze keren aangenomen dat de OR zijn bevoegdheid misbruikte. Het argument dat de OR niet in de kosten kan worden veroordeeld ontbeert in onze visie ook praktische relevantie, nu een kostenveroordeling in het enquêterecht slechts eenmaal is uitgesproken.

2.4. Andere ontwikkelingen in het enquêterecht

Hierboven bespraken wij dat het ontbreken van rechtspersoonlijkheid naar onze mening niet aan de weg staat aan een wettelijk enquêterecht voor de OR. Wij willen hieraan toevoegen dat dit argument zich slecht verhoudt tot andere ontwikkelingen in het enquêterecht. Zo wordt in het wetsvoorstel inzake de maatschappelijke onderneming een enquêterecht toegekend aan een belangenvertegenwoordiging die, voorzover wij weten, natuurlijke noch rechtspersoon is.⁷ De Minister van Volksgezondheid heeft bovendien aangekondigd dat de cliëntenraad in de Wet cliëntenrechten zal worden toegevoegd aan de enquêtegerechtigden. Wij begrijpen niet dat het ontbreken van rechtspersoonlijkheid het enige en doorslaggevende argument is om de OR geen enquêterecht toe te kennen, terwijl op hetzelfde moment andere entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid wel deze bevoegdheid toegekend krijgen.

⁴ Alleen bij de algemene geschillenregeling van artikel 36 WOR moet eerst bemiddeling van de Bedrijfscommissie verzocht worden.

⁵ Zie ook: B. Van Duren-Kloppert, 'Enquêterecht en medezeggenschap: tijd voor Doornroosje om te ontwaken', *Arbeidsrecht* 2005 6/7.

⁶ Zie bijvoorbeeld Ondernemingskamer 5 oktober 2005, *JOR* 2005/266 (Smit Transformatoren) en Ondernemingskamer 10 december 2008, *JOR* 2009/38 (AHAM). In de laatste zaak is inmiddels cassatieberoep ingesteld.

⁷ Kamerstukken II 2008-2009 32003. Zie ook: M. Holtzer, 'Onderbenutting van rechten door werknemers?' *Ondernemingsrecht* 2009-15, p. 628

2.5. Het enquêterecht en ontwikkelingen op het gebied van corporate governance

De wijziging van het enquêterecht past binnen de huidige ontwikkelingen op het gebied van corporate governance. Het SER-advies evenwichtig ondernemingsbestuur dat (mede) ten grondslag ligt aan dit wetsvoorstel beoogde voorstellen te doen tot herstel van het machtsevenwicht in de onderneming. De macht van aandeelhouders was door de wijziging van de structuurregeling en de corporate governance code aanzienlijk uitgebreid en dit leidde tot een aantal ‘machtsconflicten’ bij grote vennootschappen. Sinds vorig jaar zijn daarom door het kabinet verschillende initiatieven genomen om het evenwicht tussen kapitaal en arbeid te herstellen, zoals het voorstel voor een spreekrecht voor de OR in de algemene vergadering van aandeelhouders en het voorstel tot aanpassing van sommige rechten van aandeelhouders. Een wettelijk enquêterecht voor de OR past naar onze mening goed binnen deze ontwikkelingen. Dat ondernemingsraden en andere medezeggenschaporganen behoefte hebben aan een dergelijke uitbreiding van hun wettelijke bevoegdheden blijkt uit de praktijk. In de afgelopen vier jaar heeft de OR viermaal gebruik gemaakt van een hem bij ondernemingsovereenkomst toegekende enquêtebevoegdheid.⁸ Bovendien heeft de OR zich ten minste tweemaal gevoegd als belanghebbende in een door een andere enquêtegerechtigde ingestelde procedure.⁹ Vooral wanneer het gaat om de toetsing van het beleid van de aandeelhouders(vergadering) voorziet het enquêterecht in een belangrijke aanvulling op de bevoegdheden van de OR. De bevoegdheden van de OR zijn immers gekoppeld aan (voorgenomen) besluiten van het bestuur en niet aan die van de aandeelhoudersvergadering, terwijl in het enquêterecht ook het beleid van andere organen kan worden getoetst.¹⁰ Bovendien biedt het enquêterecht een mogelijke uitweg wanneer sprake is van een patstelling in de vennootschap¹¹, terwijl artikel 26 WOR niet openstaat bij non-decisie (niets doen is geen voorgenomen besluit in de zin van artikel 25 WOR). Het lijkt ons wel wenselijk dat bij een wettelijk enquêterecht voor de OR een samenloopregeling met artikel 26 WOR wordt gecreëerd, nu het naar onze mening niet de bedoeling kan zijn dat de OR in plaats van beroep in te stellen ex artikel 26 WOR het enquêterecht gebruikt om een adviesplichtig voorgenomen besluit aan te tasten. Het enquêterecht is immers bedoeld voor beleid en niet voor concrete incidentele besluiten. Een vergelijkbaar samenloopprobleem bestaat ook tussen artikel 26 WOR en de artikelen 2:14 en 2:15 BW. Ten aanzien van laatstgenoemde procedure wordt wel aangenomen dat de OR niet-ontvankelijk is indien de weg van artikel 26 WOR gevolgd kan worden.¹² Eenzelfde benadering is denkbaar voor het enquêterecht.

2.6. OR of vakbonden?

Het enquêterecht voor de factor arbeid is van oudsher neergelegd bij de vakbonden, en niet bij de OR. De belangrijkste argumenten hiervoor waren destijds dat de OR niet

⁸ Ondernemingskamer 1 mei 2005, *JOR* 2005/87 (Stichting Kinderopvang Nederland), Ondernemingskamer 5 oktober 2008, *JAR* 2005/266 (Smit Transformatoren), Ondernemingskamer 5 augustus 2008, *RO* 2008/79 (Sijthoff), Ondernemingskamer 10 december 2008, *JAR* 2009/14, *JOR* 2009/38 (AHAM).

⁹ Ondernemingskamer 17 januari 2007, *JOR* 2007/42 (Stork), Ondernemingskamer 13 mei 2009, *JOR* 2009/163 (ASMI).

¹⁰ Zie toelichting p. 14.

¹¹ Dit deed zich voor in de zaak SKON, Ondernemingskamer 1 mei 2005, *JOR* 2005/87 (Stichting Kinderopvang Nederland). Zie ook: P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 81.

¹² P. Van Schilfgaarde, J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 273.

onafhankelijk was van het bestuur van de vennootschap en dat de OR geen ‘buitenstaander’ was. Het argument dat de OR niet onafhankelijk is van het bestuur van de vennootschap is deels achterhaald door wat in de literatuur wel ‘het volwassen worden’ van de OR is genoemd. De bevoegdheden van de OR zijn sinds de jaren zeventig aanzienlijk uitgebreid en het bestuur maakt geen deel meer uit van de OR (‘verzelfstandiging van de OR’). De omstandigheid dat de OR een ‘insider’ is, pleit naar onze mening juist vóór het toekennen van een enquêterecht aan dit orgaan, nu hij in een vroegtijdig stadium bekend zal worden met onjuist beleid. Bovendien vloeit uit zijn dubbele doelstelling (art. 2 WOR) voort dat hij, anders dan de vakbonden, niet alleen de belangen van het personeel behartigt, maar tevens het belang van de onderneming in zijn geheel. De OR kan daarmee optreden als bewaker van het vennootschappelijk belang.¹³

Aan het exclusief neerleggen van het enquêterecht voor de factor arbeid bij de vakbonden kleeft voorts het nadeel dat de vakbonden in sommige sectoren niet of nauwelijks zijn vertegenwoordigd. De vakbonden lijken het gebruik van het enquêtemiddel afhankelijk te stellen van de organisatiegraad binnen de onderneming die aan de rechtspersoon is verbonden.¹⁴ Dit pleit naar onze mening voor het toekennen van een enquêterecht aan de OR naast de vakbonden.¹⁵

2.7. Huidige mogelijkheden OR

De OR heeft reeds op grond van de huidige regeling verschillende mogelijkheden om te participeren in een enquêteprocedure. De toelichting noemt onder meer het aansporen van andere enquêtegerechtigden en de het krijgen van de bevoegdheid bij ondernemingsovereenkomst. Ondernemingsraden weten blijkbaar soms gebruik te maken van deze mogelijkheden, maar deze zijn naar onze mening echter niet voldoende. Eerder wezen wij op de omstandigheid dat vakbonden niet snel een enquêteverzoek zullen doen indien zij geen leden hebben in de onderneming van de rechtspersoon. De OR resteert dan de mogelijkheid de advocaat-generaal te verzoeken gebruik te maken van zijn bevoegdheid. Deze kan een dergelijk verzoek echter slechts indienen in het kader van het algemeen belang. Uit de memorie van toelichting blijkt dat hiermee niet is bedoeld op privébelangen of belangen van diegenen voor wie andere enquêtegerechtigden kunnen opkomen. Nu de belangen van de werknemers worden behartigd door de vakbonden is het maar de vraag of de advocaat-generaal voor bijvoorbeeld het belang van de werknemers kan opkomen. De OR kan het enquêterecht wel bij ondernemingsovereenkomst toegekend krijgen, maar dit biedt geen mogelijkheden indien de OR het beleid van het bestuur wil laten toetsen, nu de ondernemingsovereenkomst tussen datzelfde bestuur en de OR moet worden gesloten.

3. Concluderende opmerkingen

¹³ Dat de OR hiertoe goed in staat is, blijkt bijvoorbeeld uit het onderzoeksrapport van PCM. Een van de conclusies in het onderzoek naar het beleid van PCM was dat de vraag of wel in het belang van de vennootschap werd gehandeld, niet plaatsvond in de RVC-vergaderingen maar in de vergaderingen met de COR (Zie onderzoeksrapport p. 24).

¹⁴ Dit was de reden dat de FNV geen enquête entameerde bij ABN AMRO. Zie ook: M. Holtzer, ‘Doen alsof: de zaak ABN AMRO en de positie van de vakorganisaties’, *Sociaal Recht* 2007-9, p. 279-281. J.M. van Slooten, ‘De teloorgang van een vakbondsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 142.

¹⁵ Zie over de rol van vakbonden ook het recent verschenen rapport over het enquêterecht van het Instituut voor Ondernemingsrecht in opdracht van het Ministerie van Justitie. K.Cools, P.G.F.A. Geerts, M. J. Kroeze, A.C.W. Pijls, *Het recht van enquête. Een empirisch onderzoek*, Instituut voor Ondernemingsrecht 2009.

Wij menen dat de positie van de OR in het enquêterecht heroverweging behoeft, mede gezien de huidige ontwikkelingen op het gebied van corporate governance. De motivering in het wetsvoorstel is te summier en te formeel van aard en een materieel fundamentele discussie ontbreekt. Naar onze mening zijn er twee belangrijke argumenten voor het toekennen van het enquêterecht aan de OR, naast dat van de vakbonden. In de eerste plaats kan naar onze mening een enquêterecht voor de OR een belangrijke bijdrage leveren aan het herstel van evenwicht in de vennootschap. De OR heeft als ‘insider’ goed zicht op het beleid van de vennootschap en kan, gezien zijn dubbele taakstelling, een belangrijke rol vervullen bij het waarborgen van het vennootschappelijk belang. Het in rechte laten toetsen van het beleid van de vennootschap past naar onze mening bij deze taak. Nu het onderzoek zich ook kan uitstrekken over het beleid van andere organen dan het bestuur vormt een wettelijk enquêterecht een belangrijke aanvulling op de bevoegdheden van de OR. Een tweede belangrijk argument is de relatief beperkte rol van de vakbonden in het enquêterecht. Vakbonden lijken geen gebruik te maken van het enquêterecht indien zij onvoldoende leden hebben in de onderneming van de rechtspersoon. Een enquêterecht voor de OR naast dat van de vakbonden zorgt voor een betere vertegenwoordiging van de factor arbeid in het enquêterecht.

De argumenten in de toelichting tegen een wettelijk enquêterecht voor de OR hebben ons niet overtuigd. Ons belangrijkste bezwaar tegen deze motivering is dat andere entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid, zoals de belangenvertegenwoordiging bij de maatschappelijke onderneming, wel een wettelijk enquêterecht toegekend krijgen. Daar komt bij dat uit andere procedures reeds blijkt dat de OR niet lichtvaardig omgaat met zijn bevoegdheden en bij het argument van kostenveroordeling praktische relevantie ontbreekt.

Hoogachtend,
Hugo Sinzheimer Instituut (Universiteit van Amsterdam)

R.H. Van het Kaar
I. Zaal