

De maatschappelijke enquête herrezen. Over een enquêtebevoegdheid voor maatschappelijke organisaties

Ondernemingsrecht 2021/91

Sinds jaar en dag dient het enquêterecht mede een maatschappelijk doel. De advocaat-generaal maakt echter maar spaarzaam van zijn enquêtebevoegdheid gebruik. Het versterken van zijn bevoegdheid kan worden overwogen, maar waarschijnlijk zet dat geen zoden aan de dijk. Daarom verdient het overweging om enquêtebevoegdheid toe te kennen aan maatschappelijke organisaties, uiteraard niet zonder de nodige beperkingen en waarborgen. Deze bijdrage bevat een ruw uitgewerkt voorstel in de vorm van een conceptwettekst, schetst enkele concrete toepassingen van de aldus te overwegen maatschappelijke enquête en beziet de voors en tegens daarvan.

'A cause of action for non-shareholders to enforce the multistakeholder standard does not have to be easily or often deployed, but it must be there in some way, to make the system real.'

– D. Yosifon, *Corporate friction: How corporate law impedes American progress and what to do about it*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 179.²

1. Inleiding

Overwogen kan worden om het enquêterecht open te stellen voor organisaties die opkomen voor bepaalde collectieve of maatschappelijke belangen. Denk aan verenigingen die zich hard maken voor mensenrechten, het milieu of bijvoorbeeld maatschappelijk verantwoord ondernemen. Zo'n 'maatschappelijke enquête' kan een instrument zijn om ondernemingen aan te spreken op hun maatschappelijke verantwoordelijkheid. Dit in aanvulling op de voorstellen die op dit punt al zijn gedaan, zoals het voorstel van de 25 hoogleraren om een maatschappelijke zorgplicht in de bestuurstaak te verankeren en het recente consultatievoorstel om de besloten vennootschap met een maatschappelijk doel te regelen (dat onder meer voorstelt om stichtingen of

verenigingen die collectieve belangen behartigen, enquêtebevoegd te maken ten aanzien van de BvM).³

Dit idee van een maatschappelijke enquête lijkt misschien wild en onverdroten, maar is dat niet. Niet de minsten hebben het al geopperd.⁴ Bovendien is onder de huidige enquêteregeling de advocaat-generaal bevoegd om een enquête te verzoeken om redenen van openbaar belang (art. 2:345 lid 2 BW), terwijl met de vakbonden ook nu al organisaties enquêtebevoegd zijn die zich de belangen van een collectief aantrekken (art. 2:347 BW). Verder heeft de Ondernemingskamer al meermaals publieke of maatschappelijke belangen in haar beschikkingen meegevoegd. Bekend is de *Fortis*-zaak, waarin de Ondernemingskamer overwoog dat het bestuur van de bank 'bij zijn beleidsafwegingen en besluitvorming (...) ook het algemeen maatschappelijk belang dat gemoeid is met Fortis' instandhouding diende te betrekken.⁵

Alle reden om in de maatschappelijke enquête te duiken. De huidige enquêteregeling dient als startpunt (par. 2). Maakt de advocaat-generaal zijn maatschappelijke rol waar? Het antwoord luidt helaas ontkennend, maar wellicht kan de bevoegdheid van de advocaat-generaal nog worden versterkt (par. 3). Als ook dat geen soelaas biedt, dan verdient het aanbeveling dat de wetgever een maatschappelijke enquête als zo-even bedoeld invoert. Ik doe een concreet voorstel (par. 4), licht dat toe (par. 5) en geef drie voorbeelden (par. 6). Aan de maatschappelijke enquête zitten voordelen (par. 7) en nadelen (par. 8). Aan het

³ Zie J.W. Winter e.a., 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer', *Ondernemingsrecht 2020/86* respectievelijk 'Aanzet tot een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met een maatschappelijk doel (BvM)', 9 maart 2021, www.internetconsultatie.nl/bvm, onder 29, waarover Chr.M. Stokkermans, 'Naar een wettelijke verankering van de maatschappelijke onderneming', *MvO 2021*, afl. 3/4, p. 106.

⁴ S.M. Bartman & M. Holtzer, 'Enquêterecht voorzichtig onder het mes', *Ondernemingsrecht 2010/14*, par. 2 en S.M. Bartman, 'Van Rijnland naar Omniland', *AA 2010*, afl. 10, p. 678-679. In soortgelijke richting, maar voorzigtiger: M.W. Josephus Jitta, 'Het enquêterecht, hoe nu verder?', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002* (Serie VHI deel 68), Deventer: Kluwer 2002, p. 112-113 (uitbreiding naar elke belanghebbende verdient overweging) en G.C. Makkink, 'De plaats van de onderneming in de samenleving en van de samenleving in de onderneming', *MvO 2021*, afl. 7-8 (die de mogelijkheid noemt dat organisaties van stakeholders bevoegd worden gemaakt de naleving van normen af te dwingen via het enquêterecht). Afwijzend: K. Spruitenburg, *De enquêteregentijd bij de NV en de BV* (diss. Nijmegen; Serie VHI deel 153), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 359-361.

⁵ OK 5 april 2012, *JOR 2013/41*, m.nt. Bulten (*Fortis*), r.o. 4.4. Zie ook OK 10 december 2019, *JOR 2020/144*, m.nt. Duynstee (*Estro*), r.o. 3.18, OK 24 januari 2020, *JOR 2020/171*, m.nt. Bulten (*De Seizoenen*), r.o. 5.15 en OK 21 juli 2020, *JOR 2020/281*, m.nt. Bartman (*Radboud Universiteit*), r.o. 4.11 en 4.32.

¹ Koen van Vught is wetenschappelijk medewerker bij de Hoge Raad en (honorair) universitair docent aan de Universiteit Utrecht. Hij schrijft op persoonlijke titel. Weblinks zijn laatstelijk geraadpleegd op 12 augustus 2021.

² Deze quote is geleend van L. Timmerman, 'Uitdagingen voor het ondernemingsrecht; op weg naar een echt ondernemingsrecht?' (oratie Rotterdam), *MvO 2020*, afl. 5/6, p. 140, nt. 86.

eind resteert de – rechtspolitieke – vraag: willen we een maatschappelijke enquête?

2. De advocaat-generaal

2.1 Bevoegdheid

Eigenlijk is de maatschappelijke enquête er nu al.⁶ De advocaat-generaal kan op grond van art. 2:345 lid 2 BW een enquête verzoeken ‘om redenen van openbaar belang’. De advocaat-generaal kan in het geweer komen als publieke of staatsbelangen dat vergen, maar een openbaar belang kan zich ook voordoen als een ‘veelheid van particuliere belangen’ in het geding is.⁷ In het verleden heeft de Ondernemingskamer de advocaat-generaal bevoegd geacht toen verlies van werkgelegenheid dreigde, het vertrouwen in een bepaalde bedrijfstak werd geschaad of strafbare gedragingen in een onderneming plaatsvonden.⁸ Uiteindelijk moeten bredere belangen in het geding zijn, die verder strekken dan de belangen van – bijvoorbeeld – de betrokken aandeelhouders of werknemers.⁹ De samenleving moet zijn geraakt.¹⁰

Het openbaar belang is ruim. Het lijkt weinig twijfel dat bijvoorbeeld ook schadelijke effecten van ondernemingsbeleid op het milieu en klimaat een enquêteverzoek van de advocaat-generaal zouden kunnen wettigen, al is dit in wetgeschiedenis noch rechtspraak aan de orde gekomen.¹¹ Te denken valt verder aan een onderneming wier beleid grote aantallen consumenten raakt of – in bredere zin – van groot belang is voor de economie.¹² Enquêtebevoegdheid is aan de advocaat-generaal bij uitstek gegeven om te waarborgen dat *iemand* voor maatschappelijke belangen kan opkomen bij de Ondernemingskamer. Daarmee is het enquêterecht mede een maatschappelijk instrument. Een instrument dat – dixit *Ogem* – praktijken kan blootleggen die anders verborgen blijven, de verantwoordelijken aanduidt en een preventief signaal afgeeft.¹³

6 Ik laat daar dat ook aandeelhouders voor maatschappelijke belangen kunnen opkomen in een enquêteprocedure en aldus kunnen optreden als ‘onbezoldigd politieagent’ van het maatschappelijk belang. Maatschappelijke organisaties of groepen zouden bovendien aandelen kunnen verwerven met dat doel. Bij mijn weten komt dit echter in de praktijk niet voor. Wel gebruiken bijvoorbeeld de actiegroepen Shell Must Fall en Follow This hun aandelen om de algemene vergadering van Shell indringend toe te spreken over het klimaat (<https://www.youtube.com/watch?v=T2S7F6Ln0vg>) respectievelijk om aldaar voorstellen te doen voor een groenere strategie (<https://nos.nl/artikel/2381269>).

7 *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, nr. 118b, p. 2 (EV).

8 Zie de overzichten van F. Veenstra, *Groene Serie Rechtspersonenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, art. 2:345 BW, aant. 1.23 en Spruitenburg 2018, p. 318-324.

9 Zie HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem*), r.o. 4.3.

10 *Kamerstukken II* 1992/93, 22400, nr. 9, p. 2 (NV II), onder verwijzing naar *Aanhangsel Handelingen II* 1975/76, nr. 460, p. 911.

11 Wel in de literatuur: E. Schmieman, ‘De bevoegdheden van de advocaat-generaal bij het gerechtshof Amsterdam in het enquêterecht (art. 2:345 lid 2 en 2:355 lid 1 BW)’, in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* (Serie VHI deel 75), Deventer: Kluwer 2004, p. 374.

12 Aldus ook het SER-advies 1988/14, p. 38.

13 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem*), r.o. 4.1.

2.2 Praktijk

De praktijk is prozaïscher. In vijftig jaar heeft de advocaat-generaal vijfmaal een enquêteverzoek gedaan.¹⁴ Het laatste verzoek is alweer twintig jaar geleden. Sinds *De Vries Robbé* is van hem niets meer vernomen.¹⁵ Hoewel de minister in een ver verleden heeft benadrukt dat de advocaat-generaal geen ‘behoeder van een gezond bedrijfsleven’ is en behoedzaamheid past,¹⁶ getuigt deze passiviteit van een wel zeer beperkte taakopvatting.

Waar ligt dit aan? Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat het openbaar belang in al die jaren zo sporadisch tot een enquêteverzoek aanleiding gaf. Aannemelijker lijkt de verklaring, zoals die in de literatuur al vaak is gegeven,¹⁷ dat de enquêtebevoegdheid bij het Openbaar Ministerie een stiefmoederlijk lot treft. Het heeft geen prioriteit voor het OM. Er zijn eenvoudigweg geen mensen en middelen voorhanden om een enquêteprocedure te entameren, ook niet waar het openbaar belang daartoe op zichzelf aanleiding zou geven. De advocaat-generaal is druk met strafrecht, en dat valt hem gezien de riemen waarmee hij moet roeien niet aan te rekenen. Talloze aansprongen in de literatuur hebben hierin geen verandering gebracht. Ook een wetswijziging is vruchteloos gebleken. Sinds 1994 is in art. 2:345 lid 2 BW opgenomen dat de advocaat-generaal deskundigen kan inschakelen, maar geholpen heeft dat niet.¹⁸

3. Een versterkte rol van de advocaat-generaal?

3.1 Caribisch enquêterecht

Misschien loont een blik westwaarts. Op Curaçao, Aruba en Sint Maarten kan het Openbaar Ministerie¹⁹ een enquête verzoeken ‘om redenen van openbaar belang, alsmede op de grond dat een belanghebbende op dringende gronden een verzoek daartoe tot het openbaar ministerie heeft gericht’.²⁰ Het OM kan op de eilanden dus optreden, ook als er géén openbaar belang in het spel is, vermits een belanghebbende zich op dringende gronden tot hem heeft

14 De A-G is bevoegd sinds 1971. Verwijzingen zijn te vinden bij Veenstra 2014, art. 2:345 BW, aant. 1.18.1 en een indeling in tijdvakken bij J.W.H. van Wijk, ‘Om redenen van openbaar belang’, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De landsadvocaat, voor deze. Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag: Boom 1999, p. 166-168.

15 HR 1 februari 2002, *NJ* 2002/226, m.nt. Maeijer (*De Vries Robbé*), voorafgegaan door OK 26 oktober 2000, *JOR* 2000/240.

16 *Aanhangsel Handelingen II* 1975/76, nr. 460, p. 911.

17 Zie Spruitenburg 2018, p. 337-338, met verwijzingen.

18 Zie Spruitenburg 2018, p. 312-313.

19 Meer precies de procureur-generaal bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie, of bij diens afwezigheid een van de advocaten-generaal aldaar. Zie R.P. Jager, *Het enquêterecht in rechtsvergelijkend perspectief*, Zutphen: Paris 2014, p. 62.

20 Art. 2:272 lid 2 onder a CBW/BWA/SM-BW. Hetzelfde zal trouwens in Suriname gelden, als art. 2:272 van het ontwerp-Burgerlijk Wetboek wet wordt. Zie https://www.sris.sr/wp-content/uploads/2017/10/boek_2_tekst_dna.pdf.

gewend.²¹ Deze extra bevoegdheid strekt ertoe 'klachten uit de samenleving te kanaliseren, opdat deze op een evenwichtige manier kunnen worden gerepresenteerd'. Het OM kan als 'tussenpersoon' optreden.²²

Het OM-overzee is niet verplicht om op een verzoek in te gaan.²³ Bovendien beoordeelt het OM in eerste instantie zelf of degene die zich tot hem wendt inderdaad belanghebbende is en of zich dringende redenen voordoen, zo overweegt het Gemeenschappelijk Hof van Justitie in de *Aqualectra*-beschikking. Het Hof lijkt het oordeel van het OM dus afstandelijk te toetsen, al overweegt het in genoemde beschikking wel dat dit oordeel juist is. Het Hof wijst, in navolging van het OM, op de statutaire doelstelling van de stichting die het verzoek tot het OM had gericht.²⁴ De Fundashon Akshon Sivil stelt zich blijkens de statuten tot doel de kwaliteit van het (bestuur van) overheidsvennootschappen te verbeteren en actief toe te zien op de handhaving van wettelijke normen en waarden, onder andere door het doen van aangiften bij het OM.²⁵

Het verzoek in de Curaçaose *Aqualectra*-zaak is bij mijn weten het enige waaraan een dringend verzoek van een belanghebbende ten grondslag is gelegd. Eigenlijk was de nieuwe grond hier overbodig. Het OM beriep zich in die zaak tevens op een eigen, openbaar belang. Dit beroep is door het Hof gehonoreerd: bij het enquêteverzoek bestond een openbaar belang omdat *Aqualectra* de overheidsvennootschap is die Curaçao voorziet van water en elektriciteit.²⁶ Daarnaast heeft het OM één andere enquête verzocht – naar de havenbedrijven op Sint Maarten –, maar daarbij heeft het zich uitsluitend op het openbaar belang beroepen.²⁷ Het Caribisch OM is kortom actiever, maar of dit aan de verruiming van zijn bevoegdheid is te danken, laat zich enigszins raden.

21 Zie W.J.M. van Veen, *Parl. Gesch. Boek 2 Burgerlijk Wetboek van Aruba*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 296 (MvT): '[A]an het openbaar ministerie [wordt] de bevoegdheid gegeven om een enquêteverzoek te doen om redenen van openbaar belang. Daarnaast wordt aan het openbaar ministerie de rol toegekend om als zelfstandig tussenpersoon tussen een belanghebbende en het Hof op te treden.' [curs. KvV] In gelijke zin M.F. Murray, *Parl. Gesch. Curaçaose Burgerlijk Wetboek. Deel 1*, Den Haag: Boom 2016, p. 582 (MvT). Zo ook Van den Heuvel, in zijn noot onder Gem. Hof 15 juli 2013, *JOR* 2013/270 (*Aqualectra*), *Jager* 2014, p. 61 en W.J.M. van Veen, *De NV en VBA naar Arubaans recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 177. Overigens is een soortgelijk idee al eerder in Nederland voorgesteld door de commissie-Verdam, maar door de wetgever niet gevolgd. Zie Spruitenburger 2018, p. 306.

22 Citaten afkomstig uit de wetgeschiedenis waarnaar verwezen is in de vorige noot.

23 Zie de wetgeschiedenis aangehaald in noot 21 hiervoor.

24 Gem. Hof 15 juli 2013, *JOR* 2013/270, m.nt. Van den Heuvel (*Aqualectra*), r.o. 2.2.

25 Art. 2 lid 1 van de statuten d.d. 17 augustus 2012, zoals te vinden op <https://docplayer.nl/9769614-Oprichting-fundashon-akshon-sivil.html>.

26 Gem. Hof 15 juli 2013, *JOR* 2013/270, m.nt. Van den Heuvel (*Aqualectra*), r.o. 2.2.

27 Gem. Hof 14 juni 2018, *ARO* 2018/88 (*Sint Maartense havenbedrijven*), r.o. 3.1. Het verzoek is onlangs afgewezen: Gem. Hof 11 december 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:274.

3.2 Toepassing in Nederland?

Verdient het Caribisch voorbeeld navolging? Te bedenken valt dat ook nu een belanghebbende zich tot de advocaat-generaal kan wenden met het voorstel een enquête te starten. Daar is geen wettelijke grondslag voor nodig.²⁸ Weinig aannemelijk is dat zo'n grondslag zou helpen. Misschien zou hij ertoe leiden dat meer belanghebbenden zich tot de advocaat-generaal wenden, maar dat zegt niets over de manier waarop de advocaat-generaal met zulke verzoeken omgaat. Een gebrek aan mankracht, tijd en kennis is met een wetsbepaling niet verholpen, zodat verwacht kan worden dat verzoeken zullen eindigen in een bureaulade ten parkette.

Misschien moet worden overwogen de advocaat-generaal te verplichten om gemotiveerd op een verzoek te reageren.²⁹ Op dit moment hoeft hij dat namelijk niet, als we op de woorden van een vroegere minister mogen afgaan:

"Ik meen (...) dat de procureur-generaal tegen een aanvrager moet kunnen zeggen: mijnheer, waar gaat het eigenlijk om? Het moet niet zo zijn, dat, als er een briefje komt, hij aan werk moet gaan en moet motiveren waarom hij geen vordering instelt. (...) Hij mag geen brievenbus worden om dan te moeten mededelen: Ik doe het niet. (...) Het moet (...) niet gebeuren dat elke ontevreden werknemer, klant of leverancier hem een brief schrijft en hij dan gedwongen is te onderzoeken of er voldoende termen zijn voor een aanvraag."³⁰

Ik vrees evenwel dat een motiverings- of zelfs een onderzoeksplicht niet veel zou helpen. Ook dat vergt de nodige mankracht, die bij het OM kennelijk ontbreekt. Zouden aan de motivering of het te verrichten onderzoek eisen worden gesteld, dan druist dat in tegen de beleidsvrijheid die het OM niet zonder reden toekomt. Een advocaat-generaal die achter zijn bureau verzoeken moet wegschrijven kan geen 'boeven vangen'. Zulke keuzes zijn aan het OM. Om vergelijkbare redenen zie ik weinig in de gedachte een artikel 12-procedure op te tuigen. Dit zou ertoe leiden dat een hof (de Ondernemingskamer zelf?) moet bezien of de advocaat-generaal terecht geen enquête start, waarbij dat hof moet vooruitlopen op de vraag of zich een openbaar belang (en gegronde redenen) voordoen. De omslachtigheid hiervan is niet het minste bezwaar.³¹

Ook het overnemen van de Caribische regeling ligt niet voor de hand. Een bezwaar daartegen is dat ze de advocaat-generaal bevoegd maakt, zelfs waar het openbaar belang met een enquête niet is gediend, zolang de advocaat-generaal maar optreedt op verzoek van een belanghebbende.

28 Vgl. *Kamerstukken II* 1968/69, 9596, nr. 6, p. 14 (MvA).

29 In deze zin Spruitenburger 2018, p. 355.

30 *Handelingen II* 1969/70, p. 2958.

31 Zo ook Spruitenburger 2018, p. 342.

Dit betekent dat de advocaat-generaal particuliere belangen kan verdedigen als 'dringende gronden' daartoe aanleiding geven, hetgeen mijns inziens niet goed valt te rijmen met de taakstelling van het OM.³²

Kortom: wellicht kan bij een toekomstige herziening van het enquêterecht in de wet worden opgenomen dat belanghebbenden de advocaat-generaal kunnen attenderen op een situatie die een enquête vraagt omwille van het openbaar belang. Wonderen zijn hiervan niet te verwachten. De kern van het probleem is een gebrek aan prioriteit bij het OM. Slechts meer mensen, meer geld en meer aandacht zouden dit kunnen veranderen – maar daarop is het slechts hopen en kijken naar de formatietafel. Intussen is het openbaar belang niet adequaat gewaarborgd. Anders dan de wetgever voorzag, komt niemand bij de Ondernemingskamer voor dat openbaar belang op. De maatschappelijke enquête is thans *law on the books*. Kan dit niet anders?

4. Het voorstel

Wie meent dat het enquêterecht moet openstaan voor maatschappelijke belangen en toegankelijk hoort te zijn voor maatschappelijke organisaties, kan overwegen het volgende te wijzigen in de enquêteregeling van Boek 2 BW:

A

Er wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende:

art. 2:347a BW

1. Tot het indienen van een verzoek als bedoeld in artikel 345 is voorts bevoegd een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die blijkens haar statuten en feitelijke werkzaamheden opkomt voor bepaalde maatschappelijke belangen en die belanghebbende is bij het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon.
2. De vereniging als bedoeld in het eerste lid is slechts ontvankelijk indien zij beschikt over:
 - a. een raad van commissarissen als bedoeld in artikel 47, tenzij uitvoering is gegeven aan artikel 44a lid 1;
 - b. een substantiële achterban van in ieder geval ten minste 5.000 betalende leden; en
 - c. voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het doen van het verzoek en het voeren van de procedure.
3. De vereniging als bedoeld in het eerste lid is, onverminderd het in artikel 349 lid 1 bepaalde, voorts slechts ontvankelijk indien zij:

- a. in de gegeven omstandigheden voldoende heeft getracht het verzochte door het voeren van overleg met de rechtspersoon te bereiken; en
- b. nadat in het overleg als bedoeld onder a geen overeenstemming is bereikt: haar voornemen een verzoek als bedoeld in artikel 345 in te dienen ten minste één maand tevoren kenbaar heeft gemaakt aan het bestuur en de raad van commissarissen van de rechtspersoon, alsook aan de advocaat-generaal bij het ressortsparket.

4. Indien de advocaat-generaal voornemens is om op vergelijkbare gronden een verzoek te doen, deelt hij dit mede aan de vereniging als bedoeld in het eerste lid binnen twee weken nadat hij is verwittigd van het voornemen als bedoeld in het derde lid onder b. In dat geval is de vereniging niet ontvankelijk, tenzij de advocaat-generaal niet binnen zes maanden na zijn mededeling aan de vereniging een verzoek heeft ingediend.

5. De voorzitter van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam kan op verzoek van de rechtspersoon, ingediend binnen twee weken nadat de rechtspersoon is verwittigd van het voornemen als bedoeld in het derde lid onder b, de vereniging als bedoeld in het eerste lid verbieden een verzoek in te dienen, indien hem summierlijk is gebleken dat aan de vereisten van het eerste tot en met het derde lid niet zal worden voldaan, de rechtspersoon onevenredig schade zal worden berokkend of dat het verzoek niet op redelijke grond zal worden gedaan. De voorzitter kan het verbod doen uitstrekken tot ten hoogste drie jaren. Tegen de beslissing van de voorzitter staat geen voorziening open.

B

In artikel 349a wordt een vierde lid toegevoegd, luidende:

Een onmiddellijke voorziening kan niet worden getroffen op verzoek van de vereniging als bedoeld in artikel 347a lid 1.

5. Toelichting

Het voorgestelde art. 2:347a BW verleent enquêtebevoegdheid aan verenigingen die een bepaald maatschappelijk belang behartigen. De aldus geïntroduceerde maatschappelijke enquête richt zich op de maatschappelijke kant van het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. Welke externe effecten heeft het beleid van de rechtspersoon, bijvoorbeeld op de nabije leefomgeving? En welke keuzes heeft de leiding van de rechtspersoon in dit verband gemaakt? De maatschappelijke enquête strekt ertoe openheid te verschaffen. Ze dwingt de rechtspersoon om verantwoording af te leggen naar de maatschappij toe. Ze geeft een stem aan perifere stakeholders zonder stem, zoals omwonenden, de natuur en toekomstige gene-

³² Zo ook Jager 2014, p. 61.

raties. Ze scherpt in dat rechtspersonen en ondernemingen een maatschappelijke verantwoordelijkheid hebben en draagt bij aan het ontwikkelen van normen op dat vlak.

5.1 Beperkingen

De maatschappelijke enquête klinkt goed, maar kan niet zonder beperkingen en waarborgen. Anders verwordt het enquêterecht tot een *actio popularis*. In het voorgestelde art. 2:347a BW is als eerste beperking aangebracht dat slechts kan worden opgekomen voor 'maatschappelijke' belangen. Werknemersbelangen vallen buiten art. 2:347a BW: daarvoor zijn de vakorganisaties aangewezen (art. 2:347 BW). En aandeelhouders die de bevoegdheidsdrempel niet halen, kunnen geen vereniging oprichten om bevoegdheid te creëren. Het moet kortom gaan om maatschappelijke belangen, waarvoor onder de huidige regeling niemand anders dan de advocaat-generaal in het geweer kan komen. Te denken valt aan abstracte belangen zoals het al genoemde klimaat, maar ook aan collectieve belangen van indirect betrokkenen bij een onderneming. Zo is denkbaar dat wordt opgekomen voor de inwoners van Wijk aan Zee, de huizenbezitters boven het Groningerveld of de dragers van PIP-implantaten. De maatschappelijke organisatie kan optreden waar de doorgaans inactieve advocaat-generaal dat verzuimt.

De maatschappelijke organisatie moet voorts belanghebbende zijn. Zij moet nauw betrokken zijn (geweest) bij het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon.³³ Dit betekent dat de organisatie moet kunnen bogen op een zekere continue betrokkenheid bij de rechtspersoon en zijn beleid. Dit hoeft niet tot uiting te komen in formele rollen, maar houdt in dat de organisatie de rechtspersoon in kwestie enige tijd moet hebben gevolgd en moet hebben aangesproken op zijn handelingen.

Daarnaast is een belangrijke beperking gegeven door de bepaling dat geen onmiddellijke voorziening kan worden getroffen; zie art. 2:349a lid 4 BW (voorstel). Het enquêterecht voor maatschappelijke organisaties strekt er niet toe direct in de rechtspersoon of onderneming in te grijpen. Het doel ervan is om openheid van zaken te bieden: de feiten moeten door een onderzoek aan het licht worden gebracht. Het treffen van onmiddellijke voorzieningen gaat dit doel te buiten. Voor het overige verloopt de enquêteprocedure als gebruikelijk. De Ondernemingskamer kan dus op basis van het onderzoeksverslag wanbeleid vaststellen, de verantwoordelijken daarvoor aanwijzen en definitieve voorzieningen treffen (art. 2:355 lid 1 BW). Vanzelfsprekend gaat hieraan de eerste fase vooraf, waarin de Ondernemingskamer beoordeelt of zich gegronde redenen voordoen en de betrokken belangen weegt alvo-

rens al dan niet tot een enquête te besluiten (art. 2:350 lid 1 BW).

5.2 Waarborgen

Het enquêterecht is een zwaar middel. Voorkomen moet worden dat Jan en alleman er gebruik van kan maken. Daarom moet de maatschappelijke organisatie een zekere substantie bezitten. Uit haar statutaire doelomschrijving en uit haar feitelijke werkzaamheden moet blijken dat zij de belangen behartigt waarop zij het enquêteverzoek grondt. De doelomschrijving mag niet te ruim zijn³⁴ en de feitelijke werkzaamheden moeten voldoende om het lijf hebben. Clubs die zich uitsluitend met procederen bezighouden zijn niet welkom.³⁵ Daarnaast stelt het voorgestelde art. 2:347a lid 2 BW enkele eisen aan de structuur van de organisatie, die mede zijn geïnspireerd op de eisen die sinds 1 januari 2020 worden gesteld aan belangenbehartigers die een collectieve actie in de zin van art. 3:305a BW instellen.³⁶ De belangrijkste is dat de organisatie een 'substantiële' achterban heeft en aldus in voldoende mate op steun kan rekenen in de samenleving. Om dit te kwantificeren is gekozen voor een getalsmatige ondergrens van 5.000 betalende leden.³⁷ De voorgestelde tekst laat ruimte voor de Ondernemingskamer om in het concrete geval nadere eisen te stellen. Daarnaast wordt de eis gesteld dat sprake is van een formele vereniging – dus niet van een stichting – waarmee interne ledendemocratie is gewaarborgd. De vereniging moet een raad van commissarissen of one tier board hebben ingesteld.

Een tweede waarborg is dat de belangenorganisatie enkele stappen moet doorlopen, alvorens zij een enquêteverzoek kan indienen. De organisatie moet haar bezwaren kenbaar maken ingevolge het huidige art. 2:349 lid 1 BW en moet in overleg treden met het bestuur van de rechtspersoon ingevolge art. 2:347a lid 3 onder a BW (voorstel).³⁸ Als dat overleg niets oplevert, moet de organisatie het bestuur van de rechtspersoon op de hoogte stellen van het voornemen om een enquêteverzoek in te dienen (art. 2:347a lid 3 onder b BW (voorstel)). Dit stelt de rechtspersoon in staat om alsnog de nodige maatregelen te nemen. Ook kan de rechtspersoon deze kennisgeving gebruiken

³³ Vgl. het tweede criterium voor het zijn van belanghebbende in de rechtspraak van de Hoge Raad, laatstelijk in HR 12 oktober 2018, *JOR* 2018/296, m.nt. Berkhout (*ANV Fondsen*), r.o. 4.1.2.

³⁴ Vgl. het bestuursrechtelijke art. 1:2 lid 3 Awb en de rechtspraak over die bepaling, waaruit volgt dat de statutaire doelomschrijving voldoende specifiek moet zijn, bijv. door een functionele of geografische beperking. Zie R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/147 en J.C.A. de Poorter & L.A. van Heusden, 'Bovenindividuele belangenbehartiging', *JBPlus* 2017, par. 3.1.

³⁵ Vgl. ook hier de bestuursrechtelijke rechtspraak, zoals ABRvS 1 oktober 2008, *AB* 2008/348 m.nt. Michiels (*Stichting Openbare ruimte*) en waarover Schlössels & Zijlstra 2017/149. Soepeler is de Afdeling voor organisaties die collectieve belangen vertegenwoordigen; zie m.n. ABRvS 24 juni 2009, *JB* 2009/178 (*Buurtplatform Randwyck*).

³⁶ Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie, *Stb.* 2019, 130.

³⁷ Ik geef direct toe dat deze ondergrens iets willekeurig heeft, maar dat kan denk ik niet anders. Zie (de discussie over het stellen van een leden-eis) in het bestuursrecht: R. Stolk, 'Wie zijn zij...?! De representativiteit van procederende belangenorganisaties', *NTB* 2020/204, p. 474.

³⁸ Vgl. art. 3:305a lid 3 onder c BW.

om zich tot de voorzitter van de Ondernemingskamer te wenden, die de aanstaande enquête in de kiem kan smoren, opdat onnodige schade voor de rechtspersoon wordt voorkomen. De voorzitter kan verbieden een enquêteverzoek in te dienen, als dit verzoek evident niet aan de vereisten zou voldoen, de rechtspersoon onevenredige schade zou berokkenen of als zo'n verzoek manifest lichtzinnig zou zijn, aldus art. 2:347a lid 5 BW (voorstel). Verwacht mag worden dat de rechtspersoon deze voorprocedure standaard zal volgen. Dat lijkt me geen onoverkomelijk bezwaar. De procedure is niet zwaar opgetuigd en een zekere vorm van 'testen voor toegang' lijkt onontbeerlijk gezien de verruiming van de enquêtebevoegdheid die het voorstel met zich brengt.

Vanzelfsprekend gelden verder de waarborgen die het enquêterecht al kent. Te wijzen valt op de al genoemde bezwarenbrief (art. 2:349 lid 1 BW) en de aansprakelijkheid van de verzoekers, als zij het verzoek lichtvaardig hebben gedaan (art. 2:350 lid 2 BW).³⁹ De belangrijkste zekerheid biedt de Ondernemingskamer. Zij kan het enquêteverzoek slechts toewijzen als zich gegronde redenen voordoen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen (art. 2:350 lid 1 BW). Ook als zich gegronde redenen voordoen, kan de Ondernemingskamer het enquêteverzoek, gelet op de betrokken belangen, afwijzen. Het belang van de rechtspersoon staat voorop.⁴⁰ Als een enquête aan de rechtspersoon onevenredig veel reputatieschade toebrengt, kan de Ondernemingskamer ervan afzien. Denkbaar is ook dat een enquêteonderzoek de maatschappelijke belangen waarvoor wordt opgekomen niet kan dienen. Als de gerekwestreerde rechtspersoon bijvoorbeeld al alle openheid heeft gegeven over zijn beleid tegen 'moderne slavernij' en de uitvoering van dat beleid, valt niet in te zien hoe een enquêteonderzoek nog zou kunnen bijdragen aan meer transparantie op dat punt.

Een verdere waarborg is, ten slotte, dat de Ondernemingskamer niet licht dient te komen tot het oordeel 'wanbeleid'. Daarvan zal slechts sprake zijn als elementaire normen van goed ondernemerschap met voeten zijn getreden.⁴¹ In dit criterium (alook bij de gegronde redenen) weegt mee dat het maatschappelijk betamelijke zich niet steeds gemakkelijk laat vaststellen; de normen zijn diffuus. Bovendien is lang niet alle handelen dat vanuit maatschappelijk oogpunt minder gewenst is, ook laakbaar. De rechtspersoon kan niet alle lasten van de wereld dragen. Hij moet het voordeel van de twijfel krijgen. Voor

een enquête in voorgestelde zin, laat staan voor het oordeel 'wanbeleid' in zo'n enquête, is – anders gezegd – slechts plaats, indien de belangen van de geschade betrokkenen met het gevoerde beleid dusdanig zijn veronachtzaamd dat dit als maatschappelijk onbetamelijk moet worden aangemerkt. Aangezien dit een op het concrete geval toegesneden beoordeling vergt, is er in het voorstel van afgezien om 'wanbeleid' (of 'gegronde redenen') nader in te kaderen. Op dit punt moet worden vertrouwd op de Ondernemingskamer, zoals het ook thans aan haar is overgelaten om in het concrete geval het juiste van het onjuiste beleid te scheiden.

6. Drie voorbeelden

De contouren van art. 2:347a BW staan. Maar hoe zou de maatschappelijke enquête in de praktijk kunnen werken? Ik schets drie gevallen die zich zouden kunnen voordoen. De voorbeelden zijn algemeen van aard; ik heb geen ondernemingen in het bijzonder op de korrel.

Denkbaar is allereerst dat maatschappelijke groeperingen hun pijlen richten op het klimaatbeleid van grote ondernemingen. Enerzijds zou een maatschappelijke enquête – op zijn minst genomen – openheid kunnen brengen wat betreft de klimaatkeuzes die ondernemingen hebben gemaakt, waarover dan publieke verantwoording kan worden afgelegd. Wat wist men op welk moment van klimaatverandering en welke maatregelen zijn getroffen? Zonder te belanden in lastige aansprakelijkheidsvragen, zoals naar schade en causaliteit, kan bovendien een oordeel worden verkregen over het gevoerde (en te voeren) klimaatbeleid. Anderzijds zullen ook in enquête moeilijke vragen voorliggen, zoals de vraag of een onderneming verantwoordelijk kan worden gehouden als zij voorziet in een nu eenmaal bestaande vraag naar een product en daarbij binnen de wettelijke kaders handelt. Ik kan me voorstellen dat de Ondernemingskamer zich op dit vlak terughoudend zal opstellen. Hoe dan ook ligt er een onderzoeksverslag, zodat een oordeel kan worden geveld in het publieke debat.

Een tweede voorbeeld. Niet ondenkbeeldig is dat de slachtoffers van een milieuramp die heeft plaatsgevonden als gevolg van ondernemingsactiviteiten, zich verenigen en een enquêteprocedure entameren om een aansprakelijkheidsprocedure te stutten (zoals een enquêteprocedure wel vaker de opmaat is naar een aansprakelijkheidsprocedure). Zij moeten dan wel aantonen dat een maatschappelijk belang is gediend met het gelasten van een onderzoek. Volgens de huidige wetsgeschiedenis (wat betreft het 'openbaar belang' in art. 2:345 lid 2 BW⁴²) volstaat een 'veelheid van belangen', maar onduidelijk is of dan elke veelheid volstaat. Van geval tot geval zal moeten

39 Al zal de betekenis van laatstbedoelde aansprakelijkheid gering zijn, gezien de voorprocedure waarin art. 2:347a lid 5 BW (voorstel) voorziet. Laat de Ondernemingskamer het enquêteverzoek toe, dan is voor aansprakelijkheid denkkelijk geen ruimte. Wijst de Ondernemingskamer het af, dan is aansprakelijkheid denkbaar, maar zal de schade (hopelijk) beperkt zijn.

40 HR 30 maart 2007, JOR 2007/138, m.nt. Josephus Jitta (ATR), r.o. 4.4.

41 Vaste rechtspraak sinds OK 21 juni 1979, NJ 1980/71 (Batco). Zie vóór alles J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'Materieel enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2018/72, p. 418-420.

42 Zie *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, nr. 118b, p. 2 (EV), waarover par. 2.1 hiervoor.

worden gemotiveerd, dunkt mij, waarom een enquêteprocedure (mede) een maatschappelijk doel dient. Dat zal geen sinecure zijn, al is het altijd gemakkelijker wanneer een concrete zaak voorligt.

Ten slotte kan aan het enquête-instrument worden gedacht bij ondernemingen wier activiteiten leiden tot hinder en zelfs schade bij een groot aantal personen in de omgeving. Een onafhankelijk onderzoek naar het ondernemingsbeleid en de gevolgen daarvan voor de omgeving, gelast door de Ondernemingskamer, zou een 'vliegwieleffect' teweeg kunnen brengen. Met het onderzoeksverslag in de hand kunnen omwonenden, daarin wellicht gesteund door de media en het parlement, de autoriteiten aanzetten tot een scherpere naleving van de milieuregels. Dit zet vanzelfsprekend wel druk op het enquêteonderzoek. Nu zijn de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoekers wel wat gewend, maar de praktijk moet uitwijzen of de bestaande onderzoekspraktijk geëigend is voor de maatschappelijke enquête. In ieder geval moeten onderzoekers met specifieke expertise worden aangezocht.

7. Voorargumenten

Wat kan de maatschappelijke enquête ons brengen? Ik schets kort de belangrijkste argumenten die het gedane voorstel ondersteunen.

7.1 Verantwoording, zeggenschap en afdwingbaarheid

Eerst en vooral onderstreept de maatschappelijke enquête dat op de vennootschap en haar onderneming een maatschappelijke verantwoordelijkheid rust. Het bestuur moet verantwoording afleggen over het beleid dat het op dit punt voert. De enquête dwingt het bestuur om in gesprek te gaan met maatschappelijke organisaties. Daarbij komt dat het debat ter zitting voor de Ondernemingskamer plaatsvindt, waarbij de raadsheren en raden allicht scherpe vragen zullen stellen. De maatschappelijke enquête schept dus een forum voor verantwoording, in aanvulling op de (niet altijd even doortastende) algemene vergadering. Vergeleken met die algemene vergadering kent de maatschappelijke enquête bovendien het voordeel dat ook anderen dan aandeelhouders worden gehoord. Ze geeft een stem aan maatschappelijke stakeholders in de gevallen waarin het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon hun belangen ernstig schaadt. Dat doet ertoe. Ik citeer Garcia Nelen:

“Wat ik niet logisch vind, is dat zij [het bestuur en de raad van commissarissen, KvV] de hoeders zijn van de belangen van alle relevante stakeholders, maar dat zij die rekenschap slechts moeten afleggen aan één groep stakeholders. (...) Door het afleggen van verantwoor-

ding aan alleen aandeelhouders erkent het bestuur die specifieke stakeholders alsnog als ‘hoogste macht’.”⁴³

Daarbij sluit de maatschappelijke enquête aan bij eerder geopperde ideeën over het versterken van het maatschappelijk besef van ondernemingen. Denk aan het instellen van een maatschappelijke raad of van een participantenvergadering, waarin naast aandeelhouders ook werknemers, klanten, leveranciers en banken zitting hebben.⁴⁴ Goede ideeën, maar ze missen tanden. Ze gaan uit van vrijblijvendheid. Scherper geformuleerd: statige *statements* en nieuwe normen lezen fraai, maar hoe kunnen ondernemingen die hun maatschappelijke context grove-lijk miskennen nu écht worden gecorrigeerd?⁴⁵ De maatschappelijke enquête maakt maatschappelijke plichten in zekere zin afdwingbaar, omdat het verzaken daarvan kan leiden tot de vaststelling van wanbeleid. Ze werkt complementair aan het niet steeds ideale aansprakelijkheidsrecht – een onrechtmatigedaadsactie werkt slechts achteraf, raakt het ondernemingsbeleid niet altijd rechtstreeks en is soms lastig rond te krijgen, gezien leerstukken als causaliteit en schade.⁴⁶

7.2 Indirecte effecten

Verantwoording, zeggenschap en afdwingbaarheid dus. Er zijn nog twee meer indirecte effecten. Allereerst draagt het maatschappelijk enquêterecht bij aan de ontwikkeling van normen. Zoals de rechtspraak van de Ondernemingskamer de ontwikkeling van het ondernemingsrecht *in het algemeen* voortstuwt – zoals bij het tegenstrijdigbelangleerstuk, wat men daarvan ook vindt⁴⁷ – zo zou de Ondernemingskamer maatschappelijke plichten tot vrucht kunnen doen komen. Maatschappelijk verantwoord ondernemen geldt als vaag, weinigzeggend en juridisch ongrijpbaar, maar krijgt vaster gestalte waar de Ondernemingskamer eraan te pas komt. Daarmee krijgt het ondernemingsrecht een socialer gezicht. Ik geef toe: op dit punt mogen we niet te veel verwachten. Het normenkader is nu eenmaal ongewis en afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Een tweede onrechtstreeks effect van de maatschappelijke enquête: er gaat een preventieve prikkel vanuit. Ook als

43 S.B. Garcia Nelen, *De beursvennootschap, corporate governance en strategie* (diss. Rotterdam; Serie IvO deel 120), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 367.

44 Zoals voorgesteld door J.W. Winter e.a., 'Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen. Een antwoord op de reacties (naschrift)', *Ondernemingsrecht* 2021/6, p. 36 respectievelijk Garcia Nelen 2020, p. 370-379.

45 Zie voor een vergelijkbare vraagstelling B.T.M. Steins Bisschop, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen en het ondernemingsrecht*, Den Haag: Boom 2004, p. 73-97, A.J.A.J. Eijsbouts, 'Elementaire beginselen van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen', in: A.J.A.J. Eijsbouts e.a., *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (preadvies NJV 2010-1), Deventer: Kluwer 2010, p. 76-82, K.A.M. van Vught, 'Gaan de tijden veranderen?', *WPNR* 2020/7291, p. 501-502 en Makkink 2021.

46 Vgl. S.J.M. Biesmans, 'De betekenis van het Urgenda-arrest voor ondernemingen', *AV&S* 2021/31 en E.R. de Jong, 'Klimaat aansprakelijkheid van private ondernemingen', *NTBR* 2021/1.

47 Zie laatstelijk J.M. de Jongh, 'Drie aspecten van tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/68, p. 361-363.

een maatschappelijke enquête zelden voorkomt, zullen ondernemingen in de wens zo'n enquête te vermijden maatschappelijk verantwoordelijker handelen dan daarzonder. Een preventieve werking in deze zin moet zich uiteraard empirisch bewijzen, maar het is voorshands niet onaannemelijk dat een maatschappelijke enquête zo zou werken. Niet zonder reden wordt het enquêterecht een preventieve werking toegedicht: de enquêtebeschikking voor de een strekt ten voorbeeld van vele anderen.⁴⁸ Veel zal afhangen van de populariteit van het instrument en de wijze waarop de Ondernemingskamer het hanteert. Maar als een dergelijk effect er zou zijn, dan is dat pure winst. Het zou aanzetten tot meer betrokkenheid bij en dialoog met stakeholders en tot een (positieve) verandering van het ondernemingsgedrag.

7.3 Enquêterecht

Hoe verhoudt het voorstel zich tot het enquêterecht? Uit de toekenning van enquêtebevoegdheid blijkt dat het enquêterecht mede bedoeld is als maatschappelijk instrument. Een enquêteonderzoek kan reeds omwille van het openbaar belang plaatsvinden. Het hierboven gedane voorstel behelst dus in zoverre niets nieuws. Het stoft een bestaand instrument af dat obsoleet is geworden door de inactiviteit van de advocaat-generaal. Nieuw is slechts dat een ander, een maatschappelijke groepering, de maatschappelijke enquête kan aanzwengelen. De doelen van het enquêterecht worden daarmee verwezenlijkt: openheid van zaken, vaststelling van verantwoordelijkheid en de afgifte van een preventief signaal.⁴⁹ Het voorstel past kortom goed in het enquêterecht.

8. Tegenargumenten

Het voorstel voert niet zonder meer naar een *paradise by the dashboard light*. Er kleven serieus te nemen bezwaren aan. Ik noem er enkele⁵⁰ en voorzie ze van een reactie die op deze plaats kort moet blijven.

8.1 Principiële bezwaren

Ten eerste kan worden betoogd dat de maatschappelijke enquête te zeer ingrijpt in de autonomie van de rechtspersoon en de betrokkenen. Het gedane voorstel geeft de Ondernemingskamer tamelijk vergaande macht om ondernemingsbeleid te toetsen onder de vlag van maatschappelijke wenselijkheid. Dit strookt denkkelijk niet met de vrijheid die de rechtspersoon geniet om, binnen de grenzen van de wet, zijn eigen beleid te voeren. In het voetspoor van dit

bezwaar ligt de tegenwerping dat het aan de overheid is om regels te stellen. Het is principieel de wetgever die maatschappelijk ongewenst gedrag behoort te verbieden of te reguleren, omdat daarbij moeilijke keuzes moeten worden gemaakt. In een vrije samenleving is alles toegestaan wat niet is verboden, zogezegd. Hier kan tegen worden gebracht dat de vrijheid van de een stopt waar de vrijheid van de ander begint. Er geldt ondernemingsvrijheid, maar die vermag niet te ontaarden in maatschappelijk onbetamelijk gedrag. Het is inderdaad aan de wetgever om grenzen te stellen, maar het is de taak van de rechter om – daartoe overigens gelegitimeerd door diezelfde wetgever – in te grijpen waar de wetgever (of, meer in het algemeen, de overheid) tekortschiet. In dit verband moet er niet aan voorbij worden gezien dat grote ondernemingen niet zelden een zekere invloed uitoefenen op het overheidsbeleid. 'Loyal directors will work hard not just in the marketplace, but also in the halls of government.'⁵¹

Ten tweede kan men twijfelen of de Ondernemingskamer het juiste forum is. Door een meer staatsrechtelijke bril bezien: het voorstel geeft de Ondernemingskamer een (vergaande) bevoegdheid die aan de democratisch gekozen wetgever is voorbehouden. De Ondernemingskamer kan met vage begrippen als 'gegronde redenen' en 'wanbeleid' doen wat zij wil, ook omdat de Hoge Raad een en ander om redenen van cassatietechniek slechts beperkt zal kunnen toetsen. Ook dit bezwaar is niet zonder grond. Evenwel moet worden bedacht dat de democratisch gekozen wetgever dan wel in actie moet komen. Het is bovendien thans algemeen aanvaard dat de rechter tot op zekere hoogte kan toetsen aan vage normen en in zoverre recht kan vormen, zeker als hij daarmee belangen of rechten beschermt die door de wet en de overheid niet in afdoende mate worden beschermd. Juist hierom spreekt de maatschappelijke enquête aan: ze voegt iets toe aan het bestaande instrumentarium, bij wijze van *last resort*.

Voortbordurend op het laatste bezwaar kan, ten derde, worden betwijfeld of het wel mogelijk is om in een concreet geval uit te maken wat maatschappelijk betamelijk is. Kan de Ondernemingskamer dat wel? En als de Ondernemingskamer daartoe in staat is, zijn haar beslissingen daaromtrent voldoende voorspelbaar? Beide vragen doen ertoe, zeker als wordt bedacht dat de belaagde rechtspersoon wordt belast met het verdedigen van zaken die misschien in de samenleving volstrekt gebruikelijk zijn. Denk aan het voorbeeld van Shell onder par. 6 hiervoor. Kan van een onderneming worden verwacht zich te richten naar een postulaat (maatschappelijke betamelijkheid) waarvan de inhoud eerst achteraf door de rechter wordt bepaald? Dat valt te bezien. Zoals hiervoor opgemerkt (onder par. 5.2), moet de Ondernemingskamer erop worden ver-

48 Vgl. HR 10 januari 1990, NJ 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem*), r.o. 4.1.

49 Vgl. HR 10 januari 1990, NJ 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem*), r.o. 4.1.

50 Mede ontleend aan de kritiek die is gekomen op het bovengenoemde voorstel van de 25 hoogleraren. Zie vooral H.-J. de Kluiver, 'Over de verantwoordelijke onderneming. Naar een Paradise by the dashboard light?', *Ondernemingsrecht* 2020/126 en, van diezelfde auteur, 'Kroniek van het ondernemingsrecht', *NJB* 2021/1216, p. 1247-1249. Zie ook W.J. Oostwouder & T. Spronk, 'Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen bij NV's en BV's?', *NJB* 2021/1395, met verwijzingen naar de discussie.

51 D. Yosifon, *Corporate friction: How corporate law impedes American progress and what to do about it*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 31.

trouwd terughoudend, met gezag en met beleid te oordelen. Het kan moeilijk anders. Ik kan slechts tegenwerpen dat de Ondernemingskamer ook nu al de taak heeft om aan begrippen als 'gegronde redenen' en 'wanbeleid' gestalte te geven, en dat mijns inziens niet onbevredigend doet.⁵² De Ondernemingskamer past onder het voorstel extra terughoudendheid. Overigens mag worden verwacht dat normen op het gebied van milieu en klimaat, eerlijke handel, belastingmoraal enzovoorts zich in de komende jaren meer en meer zullen uitkristalliseren.⁵³ Dat vergemakkelijkt de taak van de Ondernemingskamer.

8.2 Internationale bezwaren

Aan het enquêterecht kleeft dat het een weinig internationaal fenomeen betreft. Het enquêterecht ziet slechts op rechtspersonen van Nederlandse bodem.⁵⁴ Het knoopt niet aan bij de plaats van de ondernemingsactiviteiten, maar bij de plaats van de statutaire (Nederlandse) zetel. Daardoor reikt het enquêterecht nu eens verder dan feitelijk wellicht gewenst is, dan weer blijven feitelijke activiteiten in Nederland ten onrechte buiten bereik. Daarnaast zet het formele aanknopingspunt de deur open voor omzeiling. Vennootschappen kunnen eenvoudig de wijk nemen naar het buitenland om te ontkomen aan de Ondernemingskamer. Als ze te veel van de maatschappelijke enquête hebben te duchten, komt verhuizing in beeld. Ik kan deze bezwaren goed volgen. Eigenlijk verdient het incorporatiestelsel voor het enquêterecht heroverweging, maar dat lijkt in Europees verband een gepasseerd station.⁵⁵ Ik vrees dat alsdan slechts een enigszins laconieke reactie past: als de maatschappelijke enquête gewenst wordt geacht, moet voor lief worden genomen dat ze niet alle ondernemingen dekt en tot het vertrek van sommige vennootschappen leidt. Of het ons dat waard is, is een politieke vraag.

52 Al wordt daarover wel anders gedacht. De Kluiver (2020, p. 715) schrijft: 'Er wordt (...) nog wel opgemerkt dat de rechter met terughoudendheid zou moeten toetsen, maar iedereen die geen vreemdeling is in ondernemingsrechtland weet dat in de afgelopen 25 jaar de gedachte dat de rechter, de Ondernemingskamer voorop, zich terughoudend zou opstellen een illusie is.' In de voetnoot die deze zin begeleidt, beveelt De Kluiver lezing aan van G.C. Makkink, 'Toetsing door de Ondernemingskamer, opmerkingen in de marge', in: B.F. Assink e.a., *De rol van de rechter in het ondernemingsrecht*, Zutphen: Paris 2020, maar daarin wordt juist (op p. 58) opgemerkt dat '[h]et marginale, of liever terughoudende karakter van de rechterlijke toetsing een voor de hand liggende rechtvaardiging [heeft]: de handelingsvrijheid van de organen van de vennootschap dient door de rechter geëerbiedigd te worden'.

53 Vgl. Makkink 2021, die – als ik hem goed versta – meent dat het formuleren van normen op deze gebieden hand in hand gaat met het toekennen van het enquêterecht (en andere handhavingsmogelijkheden).

54 Toepasselijk is het incorporatierecht, waarin de exceptie van de nauwste band (art. 10:8 lid 1 BW) denkkelijk geen verandering kan brengen. Zie over dit laatste A.P.M.J. Vonken & L.A.H.T. Vonken, 'Een bespiegeling over de exceptieclausule van art. 10:8 BW, toegespitst op de incorporatieleer', *Ondernemingsrecht* 2019/95.

55 Vgl. Timmerman 2020, p. 140-141. De rechtspraak van het Hof van Justitie laat de werkelijkezetelleer steeds minder ruimte, terwijl steeds meer landen de incorporatieleer omarmen.

In de internationale context speelt voorts dat een maatschappelijke enquête zou neerkomen op een Nederlandse alleingang. In Europees verband zijn initiatieven in voorbereiding die evenzo beogen maatschappelijk bewustzijn bij ondernemingen aan te kweken. De Europese Commissie hield onlangs een consultatie en het zal wellicht binnen afzienbare tijd tot een richtlijnvoorstel komen.⁵⁶ Moet Nederland dan wel op de troepen vooruitlopen?⁵⁷ Ik denk dat dat geen kwaad kan. Zie ik het goed, dan gaat het in Europa vooral om het verankeren van maatschappelijke verantwoordelijkheid als onderdeel van de bestuurstaak. Om de normering dus. De maatschappelijke enquête sluit hierbij aan: ze is in wezen het sluitstuk van de norm, de handhavingskant daarvan. Dat bijt de Europese voorstellen niet.

8.3 Effectiviteit van het voorstel

Gaat het voorstel wel werken? Dat laat zich misschien betwijfelen. Allereerst is aannemelijk – dat zit in het voorstel ingebakken – dat de Ondernemingskamer terughoudend zal zijn, met als gevolg dat invoering van de maatschappelijke enquête weinig teweegbrengt. Als het instrument bot blijkt, blijven de voordelen ervan logischerwijs uit. Wellicht gaat van de maatschappelijke enquête zelfs in dat geval een preventief effect uit, maar dat laat zich op voorhand moeilijk zeggen. Overigens zal het na invoering evenmin gemakkelijk zijn de effecten van de maatschappelijke enquête te meten: het is geen sinecure om 'maatschappelijk wenselijk gedrag' te operationaliseren.

Vaststaat dat de effectiviteit van het voorstel staat of valt bij de wijze waarop de Ondernemingskamer daaraan invulling geeft. Zij valt met deze voorgestelde bevoegdheid te vertrouwen, denk ik, maar uiteindelijk is het – eerlijk gezegd – een kwestie van koffiedik kijken. De tijd zal het uitwijzen. Enkele procedures zullen meer houvast geven. Veeleer dan empirisch bewijs – dat zeker vooraf niet te leveren valt – komt het daarom aan op een normatieve vraag: *moet* de maatschappelijke enquête er komen?

8.4 Ongewenste effecten

Tot slot enkele ongewenste effecten die zich zouden kunnen voordoen. De eerste is dat de maatschappelijke enquête misbruikt zou kunnen worden voor oneigenlijke doelen: de rechtspersoon zou door een enquêteverzoek – dat veel publiciteit genereert – in diskrediet kunnen worden gebracht zonder basis in de feiten. Dit bezwaar is niet licht op te vatten. Het enquêterecht is een zwaar middel en misbruik ervan kan voor de rechtspersoon ernstige (reputationele) consequenties hebben. Vandaar ook de waarborgen waarmee het enquêterecht is omkleed. Als

56 Zie S.B. Garcia Nelen, 'Een Europees initiatief voor duurzame corporate governance', *Ondernemingsrecht* 2021/32.

57 In deze zin B.J. de Jong, 'Duurzame corporate governance: Europese en Nederlandse ontwikkelingen', *Ondernemingsrecht* 2021/33, p. 202 in verband met invoering van een maatschappelijke raad als voorgesteld door Winter e.a. 2021.

het gaat om de maatschappelijke enquête kan worden betwijfeld hoe sterk deze waarborgen zijn. De bevoegdheidseisen in het voorstel liggen niet hoog en zijn deels manipuleerbaar, terwijl ook de ontvankelijkheidsdrempels met enige behendigheid zijn te nemen. Daarbij komt dat de aansprakelijkheid voor de lichtvaardig verzoeker in de praktijk illusoir is. Niet alleen komt die aansprakelijkheid maar zelden voor, ook zullen maatschappelijke organisaties niet veel verhaal bieden.

Ook deze bezwaren doen ertoe, al zijn nu juist in het voorstel de nodige waarborgen aangebracht, met als kernpunt de mogelijkheid om de Ondernemingskamer te verzoeken een enquêteverzoek vroegtijdig ongegrond te verklaren (art. 2:347a lid 5 BW-voorstel). Ik denk dat dit volstaat. Hierbij valt te bedenken dat het versterken van de waarborgen en het bemoeilijken van de toegang leidt tot een afruil. Hoe hoger de poort, hoe minder vaak een maatschappelijke enquête (met succes) zal worden verzocht. De kracht van het voorstel is nu juist dat de poorten op een kier komen te staan. Het is altijd nog mogelijk om de toegangseisen op een later moment te verhogen, wijzer geworden door de gevoerde procedures.

9. Slotsom

Sinds jaar en dag is de advocaat-generaal getooid met de bevoegdheid een enquête te verzoeken omwille van het openbaar belang. Daarvan maakt hij spaarzaam gebruik. Overwogen kan worden om uitdrukkelijker vast te leggen, bijvoorbeeld in Boek 2 BW, dat belanghebbenden de advocaat-generaal kunnen attenderen op maatschappelijke misstanden in ondernemingen. De kern van het probleem blijft niettemin dat het OM de middelen ontbeert om zich te kwijten van zijn enquête taak.

Waarom dan niet de kracht van maatschappelijke organisaties benutten? Persoonlijk ben ik wel geporteerd van de maatschappelijke enquête. Ik denk dat het kan en dat het moet. De voordelen wegen zwaarder dan de nadelen. Uiteindelijk valt echter zo'n voorstel als hierboven gedaan niet wetenschappelijk sluitend te beargumenteren. Bovendien kan over de precieze uitwerking ervan worden getwist; op de voorgestelde wettekst valt ongetwijfeld het nodige af te dingen. Hier ging het erom te laten zien dat het overwegen van een maatschappelijke enquête de moeite waard is. Hopelijk leidt dit tot verder debat. De maatschappelijke enquête zou weleens een goede politieke keuze kunnen zijn.