

De OR en het enquêteverzoek: een unieke combinatie?

Inleiding

In haar beschikking van 1 maart 2005¹ beveelt de Ondernemingskamer (OK) een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de Stichting Kinderopvang Nederland (hierna: de Stichting) wegens gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid naar aanleiding van een impasse tussen het bestuur en de raad van commissarissen (RvC) van de Stichting. Uniek aan deze beschikking is dat de enquête is verzocht door de ondernemingsraad (OR) van de Stichting op basis van een aan hem door de Stichting toegekende bevoegdheid tot indiening van een enquêteverzoek. In het navolgende zal ik de opvallende aspecten van voornoemde beschikking bespreken. Kort zal ik eerst de feiten en het procesverloop weergeven.

Feiten en procesverloop

De Stichting houdt een onderneming in stand die zich toelegt op het organiseren van kinderopvang in de ruimste zin van het woord. De Stichting heeft naast een statutair bestuur dat uit drie leden bestaat, ook een RvC en een OR.

De statuten van de Stichting bepalen in artikel 9 dat de leden van de directie worden benoemd door de RvC, die hen te allen tijde kan schorsen en ontslaan. De OR wordt door de RvC in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over een voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een directielid. De statuten bepalen voorts in artikel 11 dat besluiten van het bestuur omtrent duurzame, rechtstreekse of middellijke samenwerking van de Stichting met een andere rechtspersoon of vennootschap aan de goedkeuring van de commissarissen zijn onderworpen.

Begin 2004 was er sprake van een mogelijke fusie tussen de Stichting en SKZ Holding B.V. (hierna: SKZ). De RvC van de Stichting is echter zonder medeweten van het bestuur tot een akkoord gekomen met de RvC van SKZ over (onder meer) de omvang en samenstelling van het toekomstige bestuur, de tijdelijke fusienaam en de vestigingsplaats van de gefuseerde onderneming.

Naar aanleiding van voorgaand akkoord (zonder medeweten van het bestuur) heeft het bestuur bij brief van 4 mei 2004 zijn vertrouwen in de RvC opgezegd. Volgens het bestuur was de RvC op grond van de statuten niet bevoegd tot het nemen van besluiten ten aanzien van voormelde punten. In zijn brief heeft het bestuur verder bedreigd met het starten van een ontslagprocedure van de commissaris(sen) bij de rechtbank. De RvC heeft in een gezamenlijke vergadering met het bestuur op 13 mei 2004 verklaard dat voornoemde brief het vertrouwen van de RvC in het bestuur ern-

stig heeft beschadigd. De RvC wenste verder geen goedkeuring meer te verlenen aan een verdere voortgang van het fusietraject. De interne problemen tussen het bestuur en de RvC dienden eerst te worden opgelost. Mediation heeft echter niet kunnen bijdragen tot herstel van het vertrouwen tussen het bestuur en de RvC.

Op 7 oktober 2004 heeft SKZ de RvC van de Stichting meegedeeld dat SKZ afziet van het verdere fusietraject met de Stichting.

De RvC van de Stichting heeft de voorzitter van het bestuur van de Stichting op de hoogte gesteld van zijn voornemen om het dienstverband tussen hem en de Stichting te beëindigen en op grond van de statuten de OR over het voorgenomen ontslagbesluit te laten adviseren. De OR heeft echter nimmer een verzoek ontvangen en de voorzitter is tot op heden statutair bestuurder van de Stichting.

Begin december 2004 is de OR over de vertrouwensbreuk en de verschillen van inzicht tussen het bestuur en de RvC geïnformeerd. De Stichting, vertegenwoordigd door haar bestuur, heeft vervolgens de OR bij overeenkomst op de voet van artikel 2:346 aanhef en onder c BW de bevoegdheid toegekend om een enquêteverzoek in te dienen bij de OK.

De OR heeft bij verzoekschrift van 17 februari 2005 de OK verzocht een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van de Stichting in de periode vanaf januari 2004 tot de dag van indiening van het verzoekschrift.

Daarbij heeft de OR de OK verzocht een drietal onmiddellijke voorzieningen te treffen, voornamelijk voor de duur van het geding. Deze onmiddellijke voorzieningen hielden kort gezegd in:

- verbod aan de RvC om initiatieven te nemen die zijn gericht op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst of functie van leden van het bestuur van de Stichting;
- benoeming van een vierde commissaris die tezamen met de huidige commissarissen toezicht zal houden op het bestuur; en
- opschorting van de procedure tot benoeming van één of meer nieuwe commissarissen.

De Stichting heeft zich bij verweerschrift van 22 februari 2005 aangesloten bij het voornoemde verzoek van haar OR, met dien verstande dat zij de OK tevens heeft verzocht de hiervoor genoemde onmiddellijke voorzieningen een verbod te laten bevatten tot het schorsen van het bestuur of een van zijn leden. Belanghebbenden (de RvC) hebben bij verweerschrift van 22 februari 2005 gesteld het voornoemde verzoek van de OR te ondersteunen onder de voorwaarde dat het bestuur een in gang gezet bemiddelingstraject voortzet.

De voorzitter van de RvC is inmiddels afgetreden per 1 april 2005, vanwege zijn per die datum verstreken termijn

1. Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2005, rekestnr. 255/2005.

van benoeming. Twee commissarissen resteren thans in de Stichting.

Beschikking

De OK verklaart de OR van de Stichting ontvankelijk in zijn enquêteverzoek op de voet van artikel 2:346 aanhef en onder c BW.

De OK wijst vervolgens het verzoek van de OR toe en beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de Stichting wegens gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. De OK is van mening dat tussen het bestuur en de RvC een vertrouwensbreuk is ontstaan die aanleiding geeft tot geschillen tussen het bestuur en de RvC over het beleid en de gang van zaken, wat ernstige schade aan de Stichting kan toebrengen. De OK acht het aannemelijk dat de hiervoor genoemde brief van 4 mei 2004 in het bijzonder als aanleiding van de thans ontstane situatie heeft te gelden, evenals de wijze waarop de RvC langdurig onzekerheid heeft laten bestaan over de (arbeidsrechtelijke) positie van de voorzitter van het bestuur.

De OK benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening vooralsnog voor de duur van het geding een commissaris die in alle gevallen in de RvC een doorslaggevende stem toekomt. De OK bepaalt voorts dat de procedure tot benoeming van één of meer nieuwe commissarissen wordt opgeschort. De OK wijst echter de door de OR van de Stichting verzochte onmiddellijke voorziening af, inhoudende dat de RvC geen initiatieven zal nemen die zijn gericht op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen (of het functioneren van) de leden van het bestuur en de Stichting, aangezien de RvC heeft laten blijken hiertoe geen initiatieven te zullen nemen.

Commentaar

De OR en enquêterecht

Het is bij mijn weten de eerste keer dat een OR op basis van een aan hem door een rechtspersoon toegekende bevoegdheid op de voet van artikel 2:346 aanhef en onder c BW een enquêteverzoek heeft ingediend. Bij mijn weten is het überhaupt de eerste keer dat een gerechtigde rechtstreeks op grond van artikel 2:346 aanhef en onder c BW een enquêteverzoek heeft ingediend. De OK heeft één keer eerder in de Louder Holdings-zaak² verzoekers ontvankelijk verklaard op basis van een door de vennootschap toegekende bevoegdheid bij overeenkomst op grond van artikel 2:346 aanhef en onder c BW. Het stond in deze zaak echter niet vast of verzoekers daadwerkelijk krachtens overeenkomst met de vennootschap de enquêtebevoegdheid hadden ver-

kregen. De OK ging slechts uit van de juistheid van het betoog van de verzoekster, nu dit betoog door de vennootschap niet gemotiveerd was bestreden.

Mede dankzij de beperkte rol die de OR in het (enquête) recht inneemt, is het niet verbazingwekkend dat er geen eerdere gevallen in de rechtspraak zijn waarin de OR op basis van een aan hem door de rechtspersoon toegekende bevoegdheid een enquêteverzoek heeft ingediend.

De procesbevoegdheid van de OR is neergelegd in de Wet op de ondernemingsraden (WOR). De OR heeft op grond van artikel 26 WOR de bevoegdheid om een procedure aanhangig te maken bij de OK tegen een besluit van de ondernemer als bedoeld in artikel 25 WOR. Het betreft echter een *concreet* besluit³ van financieel-economisch en bedrijfsorganisatorische aard. Het begrip 'wanbeleid' in het enquêterecht is veel ruimer en laat zich niet (altijd) concretiseren. Onder wanbeleid kan ook een besluitvormingsimpasse vallen, zoals in onderhavig geval aan de orde is.⁴ Kortom, het ontbreekt de OR in de wet aan een zelfstandig recht om een enquêteverzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen een onderneming in te dienen.

De vraag is welke alternatieve routes de OR kan bewandelen om een enquêteprocedure te bewerkstelligen.

Indien een vakorganisatie een enquêteverzoek indient, moet de OR op grond van artikel 2:349 lid 2 BW van tevoren in de gelegenheid worden gesteld om 'van zijn gevoel te doen blijken'. Vakorganisaties maken echter niet vaak gebruik van hun enquêtebevoegdheid. Dit heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat arbeidsvoorwaarden en/of het beloningsbeleid niet snel zullen kwalificeren als wanbeleid.⁵ Verder kan de OR de advocaat-generaal proberen aan te sporen die om redenen van openbaar belang een enquête kan verzoeken (van deze bevoegdheid wordt door de advocaat-generaal echter zelden gebruikgemaakt⁶). Een andere mogelijkheid is dat de OR de bevoegdheid wordt toegekend op grond van de statuten of overeenkomst op de voet van artikel 2:346 aanhef en onder c BW om een enquêteverzoek in te dienen.

Het is naar mijn mening niet verwonderlijk dat de OR in onderhavig geval juist van een stichting de bevoegdheid heeft gekregen om een enquêteverzoek in te dienen. In De

2. HR 20 november 1996, NJ 1997, 188. In eerdere instantie Hof Amsterdam (OK) 24 november 1994, NJ 1995, 474. Zie ook P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004, p. 109.

3. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 519.
4. B. van Duren-Kloppert, Enquêterecht en medezeggenschap: tijd voor Doornroosje om te ontwaken?, *Arbeidsrecht* 2004, nr. 6/7, p. 47.
5. R.A.A. Duk, Beloning van bestuurders en enquêterecht, SMA 2003, p. 501-502 en Van Duren-Kloppert 2004, p. 47.
6. Hof Amsterdam (OK) 28 december 1981, NJ 1983, 25; Hof Amsterdam (OK) 16 juli 1987, NJ 1988, 579 en Hof Amsterdam (OK) 16 april 1987, NJ 1988, 183. Zie ook J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & D.F.M.M. Zaman (red.), Almanak voor de Stichting en de Vereniging, Zutphen: Uitgeverij Paris 2003, p. 210; Van Duren-Kloppert 2004, p. 44.

Vries/Robbé⁷ heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een rechtspersoon zelf (vertegenwoordigd door zijn bestuur) geen enquêteverzoek kan indienen. De bevoegdheid tot het indienen van een verzoek als bedoeld in artikel 2:345 BW komt namelijk alleen toe aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend, en daar behoort de rechtspersoon niet toe. Een stichting heeft geen aandeelhouders, die in de praktijk toch verantwoordelijk zijn voor het gros van de enquêteverzoeken (art. 2:346 aanhef en onder b BW). Een stichting kent ook geen leden (art. 2:346 aanhef en onder a BW). Een stichting bestaat in beginsel slechts uit een bestuur. Het bestuur was geen bevoegdheid in de statuten toegekend op basis waarvan het een enquêteverzoek kon indienen (art. 2:346 aanhef en onder c BW). Statutenwijziging door het bestuur was mijns inziens ook niet echt een optie, aangezien op basis van de statuten goedkeuring van de RvC benodigd was (hetgeen het bestuur in het onderhavige geval waarschijnlijk niet zou hebben gekregen van de RvC). De enige reële mogelijkheid die naar mijn mening voor het bestuur van de Stichting overbleef, was de OR op grond van artikel 2:346 aanhef en onder c BW bij *overeenkomst* de bevoegdheid toekennen om een enquêteverzoek in te dienen. Hierbij merk ik op dat in de statuten niet de beperking is opgenomen dat een besluit tot een enquêteverzoek onderhevig is aan de goedkeuring van de RvC.

Zou het niet wenselijk zijn om de OR – zeker bij een (commerciële) stichting waarin het bestuur een dominante positie inneemt⁸ – de wettelijke bevoegdheid te geven tot het verzoeken van een enquêteprocedure? Bij een (besluitvormings)impasse kan een onderneming op korte termijn ernstige schade lijden. De continuïteit van de onderneming zou hierdoor kunnen worden bedreigd, wat de bestaanszekerheid van de werknemers aantast. De OR is als medezeggenschapsorgaan binnen de organisatie in staat om de situatie snel onder ogen te zien en adequaat op te treden.⁹ De discussie over het wel of niet toekennen van het enquêterecht aan de OR ontwaakt om de zoveel tijd.¹⁰ De Sociaal-Economische Raad heeft echter tot op heden negatief geadviseerd over de toekenning van het recht van enquête aan de OR. De minister heeft zich hierbij aangesloten. De belangrijkste argumenten zijn dat de OR (a) als zeer nauw bij de onderneming betrokken mogelijk te snel naar het enquêterecht zou grijpen, en (b) niet tot schadevergoeding kan worden veroordeeld wegens het niet bezitten van rechtsper-

soonlijkheid. Onderhavige bijdrage leent zich echter niet voor een uitgebreide beschouwing van de discussie of aan de OR een enquêterecht zou moeten worden toegekend in de toekomst.¹¹

Ontslagprocedure van de commissaris(sen) bij de rechtbank

Het bestuur van de Stichting heeft naast de mogelijkheid van een verzoek tot enquête over een andere mogelijkheid nagedacht op grond waarvan ontslag van de commissaris(sen) bewerkstelligd zou kunnen worden. Dit blijkt uit de brief van 4 mei 2004 van het bestuur aan de RvC, waarin het bestuur dreigde met het starten van een ontslagprocedure van de commissaris(sen) bij de rechtbank.

De wet kent echter geen ontslagartikel ten aanzien van commissaris(sen) van een stichting door de rechtbank. In artikel 2:298 BW wordt slechts ontslag ten aanzien van bestuurders van stichtingen door de rechtbank mogelijk gemaakt. De vraag is of het bestuur van de Stichting bij zijn dreigement aan de RvC op 4 mei 2004 een ontslagprocedure van de commissaris(sen) bij de rechtbank voor ogen had op basis van een analoge toepassing van artikel 2:298 BW. Bij mijn weten zijn er geen zaken geweest waarbij de rechtbank commissaris(sen) heeft ontslagen op grond van een analoge toepassing van artikel 2:298 BW. Mocht de rechtbank voornoemd artikel al analoog toepassen op commissarissen, dan is het nog maar de vraag of het gedrag van de commissaris(sen) zou kwalificeren onder voornoemd artikel. Artikel 2:298 BW bevat namelijk specifieke ontslaggronden, bijvoorbeeld wanneer een bestuurder iets doet of nalaat in strijd met de wet of statuten, dan wel zich schuldig maakt aan ‘wanbeheer’. De Hoge Raad ziet wanbeheer echter meer als financieel wanbeheer.¹² De term ‘wanbeheer’ in artikel 2:298 BW is echter veel enger dan de term ‘wanbeleid’ in de enquêteregeling (art. 2:355 BW).¹³ Het bestuur van de Stichting beriep zich in haar brief van 4 mei 2004 op schending door de commissarissen van de statuten van de Stichting.

Het bestuur van de Stichting heeft zijn dreigement aan de RvC om een ontslagprocedure te starten ten aanzien van de commissaris(sen) bij de rechtbank niet doorgezet. Het bestuur van de Stichting heeft ervoor gekozen via de OR van de Stichting een enquêteverzoek in te dienen bij de OK om wellicht zo het ontslag van de commissaris(sen) te bewerkstelligen. Het bestuur van de Stichting is echter afhankelijk van de voorzieningen (art. 2:355 jo. 2:356 BW)

7. HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225. In eerdere instantie Hof Amsterdam (OK) 20 april 2000, JOR 2000, 124.

8. L.C.J. Sprengers, Mag het iets minder, of moet er meer? Kanttekeningen bij de SER-adviesaanvraag over de wijziging van de WOR, *Sociaal Recht* 2003, p. 336.

9. Van Duren-Kloppert 2004, p. 47.

10. SER-advies van 21 oktober 1988, Wijziging enquêterecht, www.ser.nl, nr. 14, p. 69 en 70; SER-advies van 19 december 2003, Aanpassing van de Wet op de Ondernemingsraden, www.ser.nl, nr. 12, p. 67-69 en 75-77; Asser/Maeijer 2-III, nr. 521; Van Duren-Kloppert 2004, p. 43-51; Sprengers 2003, p. 333-338.

11. Voor een uitgebreide beschouwing verwijs ik naar de in de vorige noot aangehaalde SER-adviezen en de artikelen van B. van Duren-Kloppert en van L.C.J. Sprengers.

12. Asser/Maeijer 2-II, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 490; M.P. Nieuw Weme, Noot bij Rb. Maastricht 5 oktober 2004, JOR 2005, 25, punt 4. Zie HR 3 januari 1975, NJ 1975, 222; Rb. Haarlem 24 april 1996, JOR 1998, 17; Rb. Zutphen 19 mei 2000, JOR 2000, 192; HR 23 april 2004, JOR 2004, 160.

13. Asser/Maeijer 2-II, nr. 492a.

Vennootschap & Onderneming

die de OR eventueel zal verzoeken indien van wanbeleid sprake zou zijn. Dat de OK er in ieder geval niet voor terugdeinst om de gehele RvC naar huis te sturen op grond van artikel 2:356 onder b BW, blijkt wel uit de recente beschikking van de OK van 18 oktober 2004.¹⁴

Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat de OR en het enquêteverzoek thans een unieke combinatie zijn. Mogelijk volgen in de toekomst meer voorbeelden van gevallen waarin de OR op grond van artikel 2:346 aanhef en onder c BW de bevoegdheid wordt toegekend om een enquêteverzoek in te dienen. Misschien wordt de OR nog wel eens een keer de wettelijke bevoegdheid toegekend. Tot die tijd zal de OR alternatieve routes moeten blijven bewandelen om een enquêteprocedure te bewerkstelligen.

*Mr. E.H.P. Lavrijsen
Stibbe*

14. Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2004, JOR 2004, 328.