

ANNOTATIE

Het onderzoeksverslag in enquêteprocedures: openheid versus vertrouwelijkheid

H.J. de Kraker

*Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 20-09-2016,
ECLI:NL:GHAMS:2016:3792 (OR-2016-0287)*

Dit artikel bevat een overzicht van recente uitspraken van de Ondernemingskamer met betrekking tot verzoeken tot inzage in het onderzoeksverslag of machtiging om het met derden te delen. In dat kader wordt telkens een belangenafweging gemaakt tussen openheid en vertrouwelijkheid.

1 Inleiding

Het onderzoeksverslag bevat de bevindingen van de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoeker. In het onderzoeksverslag brengt de onderzoeker in kaart wat zich bij de rechtspersoon heeft afgespeeld. Hij doet dat op een zodanige manier dat de Ondernemingskamer in staat gesteld wordt zich een oordeel te vormen omtrent de vraag of sprake is (geweest) van wanbeleid, en zo ja, wie daarvoor verantwoordelijk is en welke voorzieningen eventueel getroffen dienen te worden.^[1] Uitgangspunt is dat dit onderzoeksverslag vertrouwelijk van aard is. Om diverse redenen is het voor de betrokkenen bij een enquêteprocedure interessant om kennis te nemen van het onderzoeksverslag.

Zo is het recht op inzage van belang in verband met de daaraan gekoppelde bevoegdheid de Ondernemingskamer te verzoeken om wanbeleid vast te stellen en eventuele voorzieningen na enquête. Op grond van artikel 2:355 van het Burgerlijk Wetboek (BW) kunnen alleen de oorspronkelijke verzoekers en, als het verslag voor hen ter inzage ligt, anderen die aan de toegangseisen van het enquêterecht (art. 2:346 en 2:347 BW) voldoen, verzoeken om de

voorzieningen van artikel 2:356 BW. Daarnaast is inzage in het verslag vanwege de vergaande bevoegdheden van de onderzoeker op het gebied van informatievergaring voor diverse partijen interessant bij de beslissing al dan niet een civiele aansprakelijkheidsprocedure te beginnen.[2] Inzage in het verslag is met name waardevol als daaruit ook geput mag worden in die aansprakelijkheidsprocedure. In beginsel is het anderen dan de rechtspersoon echter verboden mededelingen aan derden te doen uit het verslag, voor zover dat niet voor eenieder ter inzage ligt. Ontheffing van dit verbod is echter mogelijk na machtiging daartoe door de voorzitter van de Ondernemingskamer (art. 2:353 lid 3 BW).

In (recente) jurisprudentie is de vertrouwelijkheid van het onderzoeksverslag (en de grenzen daarvan) verder uitgewerkt. Dit artikel geeft daar een overzicht van. Daarbij wordt in paragraaf 2 ingegaan op de vraag wie wanneer inzage krijgt in het onderzoeksverslag (art. 2:353 lid 2 BW). In paragraaf 3 komt aan de orde wanneer de inzagegerechtigden mededelingen mogen doen uit het onderzoeksverslag (art. 2:353 lid 3 BW).

2 Inzage in het onderzoeksverslag

De vertrouwelijkheid van het onderzoeksverslag is geregeld in artikel 2:353 BW. Op grond van lid 1 van dit artikel wordt het onderzoeksverslag ter griffie van het Gerechtshof Amsterdam neergelegd. Artikel 2:353 lid 2 BW bepaalt dat in ieder geval de advocaat-generaal (A-G) bij het ressortsparket, de rechtspersoon, alsmede de verzoekers en hun advocaten een exemplaar van het onderzoeksverslag ontvangen.[3] Daarnaast kan de Ondernemingskamer bepalen dat het verslag geheel of gedeeltelijk ter inzage ligt voor door haar aan te wijzen personen of voor eenieder. Uit de tekst van artikel 2:353 lid 3 BW blijkt dat het verslag vertrouwelijk van aard is ter bescherming van het belang van de onderzochte rechtspersoon.[4] Die is immers niet gebonden aan de geheimhoudingsplicht, terwijl anderen daar ontheffing voor nodig hebben van de voorzitter van de Ondernemingskamer.

Een andere reden voor het vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag is het feit dat door middel van een door de Ondernemingskamer gelast onderzoek informatie kan worden verkregen die anders mogelijk niet te achterhalen zou zijn. Daarmee wordt een van de doeleinden van de enquête gediend: het verkrijgen van openheid van zaken binnen de vennootschap.[5] Dit doel lijkt tegenstrijdig met het vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag. Naarmate de kring van personen die inzage krijgen in het onderzoeksverslag toeneemt, neemt het oorspronkelijk vertrouwelijke karakter ervan immers af. De Ondernemingskamer drukt het als volgt uit: de verzoeker krijgt enerzijds door middel van de enquête toegang tot – ook – vertrouwelijke informatie, die hij zonder de enquêteprocedure in het algemeen niet zou hebben gehad, maar anderzijds is de aldus verkregen openheid – in de meeste gevallen – beperkt.[6]

In de parlementaire geschiedenis wordt over de verhouding tussen vertrouwelijkheid en publiciteit het volgende opgemerkt:

‘In de bepleite ruimere opzet van het enquêterecht past een meer gedifferentieerde regeling. Het lijkt de commissie wenselijk in de wet vast te leggen wie in ieder geval van het verslag kan kennisnemen en voorts aan de rechter de bevoegdheid te geven naar de omstandigheden van het geval de omvang van de publiciteit te bepalen. In elk geval moet het verslag ter kennis kunnen komen van de verzoekers en van de vennootschap en haar bestuurders en haar commissarissen. Daarnaast kunnen andere personen een redelijk belang hebben bij kennisneming van het verslag. De rechter zal hieromtrent een beslissing hebben te nemen. Kennisnemen voor eenieder lijkt aangewezen, indien de aandelen van de vennootschap ter beurze zijn genoteerd en alle aandeelhouders een redelijk belang hebben bij kennisneming.’[7]

In de praktijk werd tot 2012 daadwerkelijk een fysiek exemplaar van het verslag op de griffie van het Gerechtshof Amsterdam ter inzage gelegd dat slechts na schriftelijk verzoek daartoe ter plekke kon worden geraadpleegd. Sinds april 2012 publiceert de Ondernemingskamer de onderzoeksverslagen die ter inzage liggen voor eenieder op haar website.[8] Desgevraagd verstrekt de Ondernemingskamer aan degenen voor wie het verslag ter inzage ligt een kopie van het onderzoeksverslag.[9]

2.1 Inzage voor wie?

Uit de formulering van artikel 2:353 lid 2 BW (de Ondernemingskamer ‘kan’ bepalen) blijkt dat het ter discretionaire bevoegdheid van de Ondernemingskamer is om al dan niet te bepalen dat het verslag naast toezending aan de rechtspersoon, verzoeker(s) en A-G geheel of deels ter inzage ligt voor een door haar aan te wijzen beperkte groep belanghebbenden of voor eenieder. Dit leidt voor wat betreft de deponeringsbeschikking tot de volgende categorieën:

1. *Voor belanghebbenden* In het merendeel van de gevallen wordt het verslag slechts voor belanghebbenden ter inzage gelegd.[10] De term ‘belanghebbende’ in de zin van de deponeringsbeschikking dient te worden onderscheiden van het begrip belanghebbende als bedoeld in artikel 279 lid 1 en 282 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).[11] Wie onder het begrip ‘belanghebbenden’ vallen, beoordeelt de Ondernemingskamer aan de hand van een concreet verzoek tot inzage en van de omstandigheden van het geval.[12] Dit zijn vaak de in de eerste fase verschenen belanghebbenden, maar dat hoeft niet. Wanneer iemand als belanghebbende in de zin van de deponeringsbeschikking wenst te worden aangemerkt, kan hij een verzoek daartoe indienen op de voet van artikel 2:353 lid 2 BW. De Ondernemingskamer beoordeelt dan of voor de verzoeker in kwestie een uitzondering op het

vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag moet worden gemaakt. Daarbij maakt de Ondernemingskamer een belangenafweging tussen het gestelde belang van de verzoeker tot inzage en het belang van de rechtspersoon bij vertrouwelijkheid.[13] Bij deze belangenafweging worden ook de belangen van eventuele andere belanghebbenden, zoals (voormalige) bestuurders, meegewogen.[14]

2. *Voor eenieder* Daarnaast kan de Ondernemingskamer het verslag voor eenieder ter inzage leggen.[15] Van deze mogelijkheid wordt beperkt gebruik gemaakt; onder meer als het een beursvennootschap betreft en de aandeelhouders een redelijk belang bij kennisname hebben,[16] of wanneer publicatie anderszins van maatschappelijk belang wordt geacht.[17] Met deponering ter inzage voor eenieder is het verslag in feite openbaar, zo bevestigde de Hoge Raad onlangs in *De Rooy/Staat*, waarover hierna meer. Wanneer de Ondernemingskamer heeft besloten in de zin van categorie 1 (ter inzage voor belanghebbenden) heeft een verzoek het verslag alsnog voor eenieder ter inzage te leggen (dat wil zeggen: openbaar te maken) weinig kans van slagen.[18]

3. *Verslag voor eenieder, bepaalde bijlagen voor belanghebbenden* In sommige gevallen neemt de Ondernemingskamer een gemengde inzagebeslissing, waarbij het verslag voor eenieder en (bepaalde) bijbehorende bijlagen alleen voor belanghebbenden ter inzage worden gelegd.[19] De mogelijkheid om slechts een gedeelte van het verslag openbaar te maken is op advies van de Sociaal-Economische Raad (SER) in de wet opgenomen om te voorkomen dat de betreffende onderneming nadeel lijdt doordat gedetailleerde bedrijfsgegevens in de openbaarheid worden gebracht.[20] Bij de keuze om bepaalde gegevens openbaar te maken dient een afweging plaats te vinden tussen het algemene belang bij openbaarmaking en het belang van de onderneming bij geheimhouding.[21]

4. *Uitsluitend voor (rechts)personen genoemd in artikel 2:353 lid 2 BW* Tot slot bestaat de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer het verslag slechts aan de in artikel 2:353 lid 2 BW genoemde (rechts)personen toezendt en ter griffie neerlegt, maar niet ter inzage.[22] Het al dan niet ter inzage leggen blijft een discretionaire bevoegdheid van de Ondernemingskamer. In feite is deze situatie vergelijkbaar met die van categorie 1 (ter inzage voor belanghebbenden) in het geval dat er geen belanghebbenden zijn aangewezen.

2.2 *Casus HR 2 december 2016 (De Rooy/Staat)*[23]

In de enquêteprocedure inzake Middle Europe Investments NV (hierna: MEI) en Mei Fondsenbeheer BV (hierna: MFB) is sprake van een gemengde deponeringsbeschikking (zie categorie 3 hierboven). Het onderzoeksverslag met twaalf bijlagen is ter inzage voor eenieder gelegd en de aanvulling op het verslag met drie bijlagen voor belanghebbenden.[24] De Rooy

(voormalig bestuurder van de onderzochte vennootschappen) is in de enquêteprocedure niet als belanghebbende verschenen (art. 2:349a BW). Wel heeft de Ondernemingskamer hem op zijn verzoek aangemerkt als belanghebbende in de zin van de deponeringsbeschikking en hem een kopie verstrekt van de aanvulling op het verslag met drie bijlagen.[25]

Bij brief van 25 maart 2014 heeft de Ondernemingskamer desgevraagd een kopie van de voor eenieder ter inzage liggende delen van het onderzoeksverslag verstrekt aan een advocaat in een andere zaak. Deze kopie is vervolgens als productie ingebracht in een procedure waar De Rooy bij betrokken is. In reactie daarop vordert De Rooy met zijn echtgenote in kort geding dat het de Staat (de Ondernemingskamer) wordt verboden om een kopie van het onderzoeksverslag aan een derde toe te sturen, omdat in artikel 2:353 BW is bepaald dat het onderzoeksverslag 'ter griffie ter inzage is nedergelegd'. Ter inzage leggen dient volgens De Rooy letterlijk te worden uitgelegd, waardoor belangstellenden een bezoek zouden moeten brengen aan de griffie van het gerechtshof om het verslag aldaar in te zien. De voorzieningenrechter en het Gerechtshof Den Haag wijzen de vordering af.[26]

De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het gerechtshof. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de parlementaire geschiedenis, waaruit blijkt dat de wetgever een gedifferentieerde regeling heeft bedoeld te geven voor de vraag wie kennis kan nemen van het onderzoeksverslag. Het is aan de rechter om te bepalen wie – naast de in artikel 2:353 lid 2 BW genoemde (rechts)personen – van het verslag kan kennisnemen. De Hoge Raad ziet niet in waarom in de huidige tijd van een belangstellende gevergd zou moeten worden dat hij persoonlijk naar de griffie van de Ondernemingskamer gaat om kennis te nemen van een voor eenieder ter inzage gelegd onderzoeksverslag.[27] Wanneer de Ondernemingskamer heeft beslist dat een onderzoeksverslag voor eenieder ter inzage ligt, is het daarmee in feite openbaar. Een adequate invulling van deze beslissing (het gerechtshof spreekt van een meer eigentijdse en servicegerichte invulling) brengt mee dat het verslag desgevraagd mag worden toegezonden aan een belangstellende.

3 Machtiging tot doen van mededeling uit het verslag

Het is verboden mededelingen uit het onderzoeksverslag te doen (art. 2:353 BW). Deze geheimhoudingsplicht geldt niet voor de onderzochte rechtspersoon zelf en is evenmin aan de orde wanneer het onderzoeksverslag voor eenieder ter inzage ligt en dus openbaar is. Anderen dan de rechtspersoon die mededelingen aan derden wensen te doen uit het onderzoeksverslag, kunnen de voorzitter van de Ondernemingskamer daartoe een machtiging vragen.

Onder het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag aan derden valt ook het

overleggen van het verslag of de bijlagen in andere gerechtelijke procedures.[28] Bij de beoordeling van een verzoek tot machtiging bekijkt de voorzitter van de Ondernemingskamer doorgaans of het verzoek verband houdt met de strekking van het enquêterecht. Vaak wordt machtiging gevraagd met het oog op een op te starten bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure of om het onderzoeksverslag met een deskundige te kunnen delen. In de regel wordt een dergelijke machtiging verstrekt, tenzij er zwaarwegende belangen zijn die zich daartegen verzetten.[29] In de beschikking op het machtigingsverzoek van de VEB inzake Fortis overwoog de voorzitter van de Ondernemingskamer dat een vordering tot het vergoeden van schade tegen bestuurders of commissarissen die verantwoordelijk zijn voor eventueel wanbeleid rechtstreeks in het verlengde ligt van de strekking van het enquêterecht (onder meer het verkrijgen van openheid van zaken en vaststelling van verantwoordelijkheid voor mogelijk wanbeleid).[30] Dat een enkel beroep op gebruik in een civiele aansprakelijkheidsprocedure geen garantie vormt voor een machtiging, blijkt uit de beschikking van de voorzitter van de Ondernemingskamer van 20 september 2016 inzake Energie Concurrent.

3.1 Casus Vz. OK Energie Concurrent[31]

In de enquêteprocedure inzake Energie Concurrent bepaalt de Ondernemingskamer bij beschikking van 27 juni 2016 dat het verslag van het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Energie Concurrent met bijlagen ter griffie ter inzage ligt voor belanghebbenden. Dit verslag moet worden onderscheiden van het reeds bij beschikking van 10 december 2013 gedeponeerde onderzoeksverslag met betrekking tot het beleid en de gang van zaken bij Greenchoice. Vervolgens heeft Greenchoice (waarvan Energie Concurrent voormalig bestuurder was) verzocht om machtiging tot het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent aan derden in een nog door hem aanhangig te maken procedure tegen oud-bestuurders van Greenchoice. Tegen dit verzoek is verweer gevoerd, dat ondersteund wordt door Energie Concurrent.

Greenchoice stelt dat uit het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent blijkt van dezelfde patronen en wijze van handelen van Energie Concurrent en de (indirect) oud-bestuurders als bij Greenchoice het geval was, onder meer wat betreft de omgang met tegenstrijdige belangen, transparantie, governance en het voeren van een juiste administratie. Dit is relevante informatie voor de procedure tegen Energie Concurrent en de voormalige indirecte bestuurders, aldus Greenchoice. Volgens Greenchoice vormt zijn oogmerk om het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent in een aansprakelijkheidsprocedure in te brengen een voldoende zwaarwegend belang om hem te machtigen in die procedure mededelingen te doen uit het onderzoeksverslag. Daarmee sluit Greenchoice aan bij de overweging van de voorzitter van de Ondernemingskamer inzake Fortis:

‘[D]e verzoeker die gebruik wil maken van het verkregen onderzoeksverslag in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure heeft doorgaans een voldoende zwaarwichtig belang bij machtiging en hoeft geen verdere bijzondere toelichting te geven, terwijl de rechtspersoon op zijn beurt wel eventuele bezwaren daartegen dient te specificeren en toe te lichten.’[32]

In dit geval constateert de voorzitter van de Ondernemingskamer echter dat het functioneren van Energie Concurrent als bestuurder van Greenchoice en de rol van de voormalige indirecte bestuurders daarin onderwerp zijn van het onderzoeksverslag inzake Greenchoice. Gezien de beschikking van 9 juli 2014 in dezelfde procedure, waarin onder meer is geoordeeld dat uit het onderzoeksverslag inzake Greenchoice blijkt van wanbeleid bij Greenchoice, ligt het voor de hand dat Greenchoice in de door hem aangekondigde procedure uit dat onderzoeksverslag inzake Greenchoice mededelingen zal doen en dat staat hem als rechtspersoon zelf uiteraard vrij (art. 2:353 lid 3 BW). Naar het oordeel van de voorzitter van de Ondernemingskamer heeft Greenchoice onvoldoende toegelicht dat het daarnaast een specifiek belang heeft bij het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag inzake Energie Concurrent (dat betrekking heeft op de interne verhoudingen binnen Energie Concurrent) en dat daarvoor het uitgangspunt van vertrouwelijkheid dient te wijken. Na het verweer van Energie Concurrent had Greenchoice zijn belang nader moeten toelichten.

Het onderscheid tussen het onderzoeksverslag inzake Greenchoice en dat inzake Energie Concurrent komt op mij wat gekunsteld over. Het betreft weliswaar twee afzonderlijke rechtspersonen, maar ze zijn wel aan elkaar gelieerd. Energie Concurrent was tot zijn schorsing bij wijze van onmiddellijke voorziening op 27 april 2012 bestuurder van Greenchoice. De onderzoeksperiode voor de enquête inzake Energie Concurrent begint op 10 maart 2011. Bevindingen van de onderzoeker met betrekking tot de tussenliggende periode van ruim een jaar kunnen relevant zijn in de door Greenchoice te entameren aansprakelijkheidsprocedure.

Evenals bij de inzagevraag is hier sprake van een belangenafweging tussen de gevraagde openheid en het uitgangspunt van vertrouwelijkheid. De openheid behoort tot de doeleinden van het enquêterecht: het verkrijgen van opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid. De vertrouwelijkheid is er als gezegd primair in het belang van de rechtspersoon. In de belangenafweging weegt dan ook zwaar of de rechtspersoon al dan niet bezwaar maakt tegen het verzoek. Ook inzake Energie Concurrent hechtte de voorzitter van de Ondernemingskamer uitdrukkelijk belang aan het feit dat Energie Concurrent bezwaar had tegen het verzoek, ook al bestond dit bezwaar slechts uit het onderschrijven van andermans verweer en ging het om gebruik van het onderzoeksverslag binnen de strekking van het enquêterecht.

3.2 Verzoek tot machtiging: voldoende gespecificeerd

Een vordering gericht op het vergoed krijgen van schade als gevolg van het gevoerde beleid of de gang van zaken van de rechtspersoon valt dus binnen de strekking van het enquêterecht. Een vordering tot vergoeding van schade aangericht in hoedanigheid van executeur, (testamentair) bewindvoerder of boedelnotaris valt echter buiten de strekking van het enquêterecht.[33] Dat vereist een nadere toelichting op welke grond de machtiging kan en moet worden verleend. Vereiste is steeds dat de verzoeker een voldoende zwaarwegend belang aantoont om mededelingen uit het onderzoeksverslag te mogen doen. Daarbij dient het wel om een eigen belang van de verzoeker te gaan.[34] Ook moet de verzoeker concreet toelichten aan welke partij mededelingen gedaan zullen worden. De vereffenaar van de nalatenschap van Willem Endstra stelde er (praktisch) belang bij te hebben vrijelijk mededelingen uit het onderzoeksverslag aan derden te kunnen doen. Een machtiging om aan eenieder mededelingen uit het onderzoeksverslag te doen acht de voorzitter van de Ondernemingskamer echter te ruim en ongespecificeerd. Hetzelfde geldt voor een verzoek tot machtiging mededelingen te mogen doen in alle (toekomstige) procedures en zaken waarbij slechts een aantal specifiek genoemde (rechts)personen betrokken is.[35] Ook het doen van mededelingen in een nog op te starten procedure waarvan (nog) niet alle wederpartijen duidelijk zijn, wordt niet toewijsbaar geacht,[36] evenmin als het doen van mededelingen in een nog niet aangevangen procedure waarvan onzeker is dat die een aanvang zal nemen.[37] Dit laatste lijkt niet in lijn met de machtiging tot het doen van mededelingen in een nog op te starten aansprakelijkheidsprocedure zoals deze met enige regelmaat gevraagd en gegeven wordt.

Overigens deed De Rooy in de MEI-enquête eveneens een verzoek tot machtiging tot het doen van mededelingen uit de aanvulling op het onderzoeksverslag (dat niet voor eenieder ter inzage was gelegd). Het verzoek – ingediend tweeënhalf jaar na deponering van het onderzoeksverslag – was gebaseerd op de stelling dat het onderzoeksverslag onjuistheden bevatte. Het verzoek werd afgewezen; artikel 2:353 lid 3 BW beoogt niet de discussie over de juistheid van het verslag voor een ander gremium of een andere instantie dan de Ondernemingskamer te faciliteren.[38]

3.3 Machtiging altijd vereist

Voor het doen van mededelingen uit een verslag dat niet voor eenieder ter inzage is gelegd, is altijd een machtiging vereist (mededelingen door de rechtspersoon zelf uitgezonderd); ook bij mededeling in een tuchtprocedure[39] en zelfs bij mededeling op grond van een wettelijke informatieplicht.[40] In het algemeen zal bij de belangenafweging – afhankelijk van de aard van de wettelijke verplichting al dan niet doorslaggevend – gewicht toekomen aan het belang

van de verzoeker om aan de door hem gestelde wettelijke informatieplicht te kunnen voldoen.[41] In de beschikking in kwestie ging het om een informatieverplichting op grond van artikel 61 van de Invorderingswet (waaraan doorslaggevend gewicht werd toegekend), maar uit de algemene bewoordingen kan worden afgeleid dat de beslissing eveneens kan worden toegepast op andere wettelijke informatieverplichtingen.[42]

4 Slotopmerkingen

De gang van zaken in de hiervoor behandelde jurisprudentie geeft aanleiding tot enkele slotopmerkingen. Zoals uit het voorgaande blijkt, is het aan de Ondernemingskamer te bepalen in welke mate het onderzoeksverslag en de bijlagen vertrouwelijk blijven, maar de onderzoeker heeft daar een grote stem in. Zo maakt de onderzoeker in *Xeikon* bijvoorbeeld reeds in het onderzoeksverslag onderscheid tussen ‘bijlagen’ en ‘vertrouwelijke bijlagen’. De Ondernemingskamer heeft dit onderscheid overgenomen in de deponeringsbeschikking en de door de onderzoeker als vertrouwelijk gerubriceerde bijlagen slechts ter inzage gelegd voor belanghebbenden.[43] Uit de bijlagenlijst in het onderzoeksverslag valt op te maken wat de vertrouwelijke bijlagen behelzen. Hiermee geeft de onderzoeker invulling aan de aanbeveling van de Ondernemingskamer om in het onderzoekverslag aanbevelingen te doen omtrent de wenselijkheid dat het verslag, of delen daarvan, en/of (een deel van) de bijlagen ter inzage worden gelegd voor belanghebbenden dan wel voor eenieder.[44] De praktijk van gemengde openbaarheid maakt de al dan niet openbare status van stukken op voorhand wel (ook bij beursvennootschappen) minder voorzienbaar.

Minder zichtbaar zijn de afwegingen van de onderzoeker bij het bepalen welke bijlagen hij bij zijn onderzoeksverslag voegt en welke niet. Hij is daar in beginsel vrij in.[45] Het is aan de onderzoeker te bepalen in hoeverre (delen uit) door hem geraadpleegde bescheiden via het onderzoeksverslag en de eventuele bijlagen daarbij openbaar, althans aan partijen bekendgemaakt worden. Hij is niet verplicht om alle hem aangereikte stukken in of als bijlage bij het verslag op te nemen. Het is aan de onderzoeker om de relevantie van die stukken af te wegen.[46] In de literatuur is kritiek geuit op deze ‘delegatie van bevoegdheid’ van de Ondernemingskamer aan de onderzoeker.[47] De controle van de onderzoekers over de vraag welke geraadpleegde documenten zij in hun onderzoeksverslag en de bijlagen opnemen, zou te groot zijn. In de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers wordt daarover het volgende opgemerkt:

‘Het onderzoeksverslag dient voldoende feitelijke grondslag te vormen voor een beoordeling van het beleid en de gang van zaken van de onderzochte rechtspersoon. Het verdient aanbeveling om stukken waaraan “wezenlijke bevindingen ontleend zijn” als bijlage bij het verslag te voegen.’[48]

Het is de vraag of deze vrijblijvende en algemene aanbeveling kan voorkomen dat belanghebbenden onkundig worden gehouden van documenten waarop de onderzoekers hun bevindingen in belangrijke mate hebben gebaseerd. De door de onderzoeker gemaakte keuzes bij het onderbouwen van zijn conclusies zijn moeilijk na te gaan zonder alle geraadpleegde stukken te kennen. En wat te doen met vertrouwelijk aan de onderzoeker ter inzage gegeven stukken? Er valt iets te zeggen voor (meer) transparantie in het totstandkomingsproces van het onderzoeksverslag. Tegelijkertijd hoeft het gebrek aan zicht op de afwegingen van de onderzoeker in mijn ogen geen slechte zaak te zijn. De omgang van de onderzoeker met brondocumenten is mede bepalend voor de overtuigingskracht van zijn onderzoeksverslag. Karig onderbouwde conclusies zijn in het partijdebat gemakkelijker te weerleggen en zullen minder snel gehoor vinden bij de Ondernemingskamer. Vertrouwelijk verstrekte documentatie kan niet rechtstreeks worden gebruikt ter onderbouwing van feiten en conclusies uit het onderzoeksverslag, maar kan voor de onderzoeker wel nuttige aanwijzingen bevatten om op bepaalde onderwerpen gericht te kunnen doorvragen en/of verder (forensisch) onderzoek te doen. Het zou nuttig zijn wanneer onderzoekers vooraf bijvoorbeeld in een plan van aanpak laten weten welke stukken onder meer bij het onderzoeksverslag gevoegd zullen worden, voor zover dat in dat stadium al mogelijk is (denk aan gespreksverslagen, interne memo's, enzovoort).

Tot slot: wat is nu de waarde van de machtiging? Overtreding van de geheimhoudingsplicht is onrechtmatig en strafrechtelijk gesanctioneerd (art. 272 van het Wetboek van Strafrecht). Veelal zal het kwaad dan echter al zijn geschied. Zeker in een internationale setting is het de vraag of de overtreding nog ongedaan kan worden gemaakt. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam inzake Leaderland dat voldoende vaststond dat de verstrekking van het onderzoeksverslag aan twee Russische banken, de Russische belastingdienst en het Russisch kadaster door een aandeelhouder onrechtmatig was.[49] De voorzieningenrechter verbood de aandeelhouder vervolgens – onder meer – op straffe van een dwangsom het onderzoeksverslag aan derden te verstrekken en anderszins mededelingen daaruit te doen aan derden, behoudens machtiging door de voorzitter van de Ondernemingskamer, en veroordeelde de aandeelhouder tevens om opgave te doen van de volledige namen en adresgegevens van partijen waaraan hij het onderzoeksverslag had verstrekt. Om zo veel mogelijk te voorkomen dat de derden aan wie de aandeelhouder in strijd met zijn geheimhoudingsplicht informatie heeft verstrekt van die informatie gebruik zullen maken of die informatie verder zullen verspreiden, dient de aandeelhouder eveneens op straffe van een dwangsom een brief te doen betekenen met kennelijk een vorm van erkenning van schuld. Het effect van deze schadebeperkende maatregelen lijkt mij lastig na te gaan. Gevallen waarin overtreding van dit verbod daadwerkelijk strafrechtelijk werd gehandhaafd, zijn mij niet bekend. Overlegging van (de aanvulling op) het onderzoeksverslag door de

advocaat van MEI in een tuchtprocedure om een zo volledig mogelijk beeld van de zaak te geven werd door het Hof van Discipline niet tuchtrechtelijk verwijtbaar geacht.[50]

5 Conclusie

Het vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag kan worden beperkt door uitbreiding van de kring waaraan inzage wordt verleend en de mogelijkheid om – na machtiging daartoe door de voorzitter van de Ondernemingskamer – mededelingen te doen aan derden uit het onderzoeksverslag (art. 2:353 lid 3 BW). Zowel bij inzageverzoeken als bij de vraag of al dan niet machtiging tot het doen van mededelingen uit het verslag wordt verleend, maakt de Ondernemingskamer een belangenafweging. Die afweging is casuïstisch van aard, waardoor het lastig is er algemene uitspraken over te doen. Op basis van het bovenstaande kan de volgende weergave van de belangenafwegingen van de (voorzitter van de) Ondernemingskamer worden gegeven.

Wanneer het onderzoeksverslag slechts ter inzage is gelegd voor belanghebbenden (wat meestal het geval is), is de Ondernemingskamer terughoudend met het honoreren van verzoeken om inzage (zowel om het verslag voor eenieder ter inzage te leggen als om uitbreiding van de kring van belanghebbenden met inzage). Een uitzondering op het vertrouwelijke karakter van de stukken wordt dan niet snel gemaakt. Soepeler lijkt de Ondernemingskamer te zijn bij verzoeken tot machtiging om mededelingen uit het onderzoeksverslag aan derden te doen, mits voorzien van een deugdelijke toelichting (niet de enkele stelling dat overlegging noodzakelijk is ter onderbouwing van een vordering/verweer, ook waarom dat zo is) en niet voor ver buiten de enquête gelegen gebruik. Dat wil zeggen, tenzij de rechtspersoon zich tegen de machtiging verzet. Dan komt de nadruk te liggen op de vertrouwelijkheid en worden er hogere eisen gesteld aan de onderbouwing van het belang van de verzoeker om mededelingen te doen. Ook de belangen van andere belanghebbenden kunnen zich verzetten tegen ontheffing van de geheimhoudingsplicht.[51] Overigens lijkt ook een machtiging voor gebruik buiten de strekking van de enquête onder omstandigheden mogelijk, waarbij wel extra eisen aan de toelichting van het verzoek worden gesteld.

Noten

[1] Art. 2:345 en 2:355 BW, Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/787 en Geerts, in: GS Rechtspersonen, art. 2:353 BW, aant. 2.

[2] Zie daarover uitgebreider F.G.K. Overkleeft, Zaaïen en oogsten bij enquêteprocedures, MvO 2015, afl. 1/2, p. 13-21 en de in noot 12 van dat artikel genoemde literatuur.

[3] Betreft het een enquête bij een onder toezicht staande financiële instelling, dan ontvangen

DNB, AFM en/of ECB ook een exemplaar.

[4] Dit vormt een standaardoverweging van de Ondernemingskamer, zie bijv. Hof Amsterdam (vz. OK) 5 oktober 2015, ARO 2015/230 (Sovereign Trust) en (herhaaldelijk) in: Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis).

[5] Zie HR 10 januari 1990, NJ 1990/466 (Ogem).

[6] Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.4.

[7] Kamerstukken II 1967/68, 9596, 3 (MvT), p. 8, ook geciteerd in de conclusie van A-G Timmerman van 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2740, r.o. 3.3 e.v. Het valt op dat de MvT ook bestuurders en commissarissen noemt als personen die in elk geval inzage krijgen. Doorgaans zullen zij met het exemplaar van het verslag voor de rechtspersoon eveneens geïnformeerd zijn, maar zeker is dat niet, met name bij verstoorde verhoudingen binnen de vennootschap. Zie daarover Geerts, in: GS Rechtspersonen, art. 2:353 BW, aant. 3.1, die meent dat bestuurders en commissarissen steeds bevoegd zijn tot inzage in het verslag. Evenzo: P.M. Storm, Corporate litigation bij de Ondernemingskamer, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 159.

[8] Zo zijn op www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie-en-rechtsgebieden/Ondernemingskamer/P.s/Onderzoeken.aspx de onderzoeksverslagen van Meavita, Van der Moolen, Fortis, Jeemer en Xeikon te raadplegen.

[9] Hof Amsterdam (vz. OK) 1 april 2016, ARO 2016/77 (Museum Vastgoed Groep), r.o. 2.6. In De Rooy/Staat beoordeelde de Hoge Raad dit als een adequate invulling van de beslissing tot openbaarmaking van het verslag.

[10] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 27 juni 2016, ARO 2016/142 (Energie Concurrent).

[11] Hof Amsterdam (OK) 5 februari 2015, JOR 2015/35 (MEI) r.o. 2.8 en Hof Amsterdam (OK) 7 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis). Zie ook Hof Amsterdam (OK) 25 augustus 2010, JOR 2010/340 (Fortis), waarin een verzoek van de Staat om als belanghebbende inzage te verkrijgen in (bijlagen van) het verslag werd afgewezen.

[12] Aanbeveling 4.8 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers, versie 1 januari 2013.

[13] Hof Amsterdam (OK) 9 december 2014, JOR 2015/35 (MEI) r.o. 2.8 en Hof Amsterdam (OK) 7 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.1 e.v.

[14] In Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.5 overwoog de Ondernemingskamer dat (voormalige) bestuurders en commissarissen tot op zekere hoogte indirect door een van de rechtspersoon afgeleide vertrouwelijkheid worden beschermd. De vertrouwelijkheid strekt niet alleen tot bescherming van het belang van de rechtspersoon, maar ook tot bescherming van het belang van andere betrokkenen, zie Rb. Amsterdam 25 september 2015, JOR 2015/328 m.nt. P.D. Olden (Leaderland). Het kort geding was aangespannen na overtreding van de geheimhoudingsplicht van art. 2:353 lid 3 BW. Olden wijst er in zijn noot op dat de uitzonderingspositie van de rechtspersoon op grond van de wettekst in die zin niet te plaatsen valt. Een belangenafweging zou ook in geval van mededelingen door de rechtspersoon zelf aangewezen zijn.

[15] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 28 maart 2014, ARO 2014/69 en ARO 2014/70 (Slotervaartziekenhuis).

[16] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 17 mei 2011, ARO 2011/90 (Van der Moolen) en Hof Amsterdam (OK) 1 juli 2004, ARO 2004/78 (Laurus). Een redelijk belang zal bij aandeelhouders van een beursvennootschap al snel aanwezig zijn. Daarover onder meer D.R. Doorenbos, Van voorwetenschap tot nawetenschap, in: Marius geannoteerd (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 97-105, onder verwijzing naar M.W. Josephus Jitta, De koersgevoeligheid van de enquêteprocedure bij beursgenoteerde ondernemingen, JOR plus 2002, p. 30-37.

[17] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 15 december 2008, ARO 2009/8 (PCM). Asser 2-II* 2009/788 spreekt over zaken die tot maatschappelijke onrust hebben geleid.

[18] Zo werd in Hof Amsterdam (vz. OK) 1 april 2016, ARO 2016/77 (Museum Vastgoed Groep) vergeefs verzocht het onderzoeksverslag (alsnog) ter inzage van eenieder te leggen, onder meer met een beroep op de maatschappelijke ophef rond de persoon van Willem Endstra. Zie ook F. Assink & M.J. Kroeze, Kroniek enquêterecht 2015, in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 54 en de in voetnoot 64 genoemde jurisprudentie.

[19] Bijv. bij Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2016, ARO 2016/155 (Xeikon): elf bijlagen ter inzage voor eenieder en de overige voor belanghebbenden, Hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2013, ARO 2013/146 (Meavita): drie bijlagen ter inzage voor eenieder en de overige bijlagen voor belanghebbenden, Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2010, ARO 2010/97 (Fortis): verslag ter inzage voor eenieder en bepaalde bijlagen slechts voor belanghebbenden, en zoals hiervoor genoemd in Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2011, ARO 2011/153 (MEI) ten aanzien van de aanvulling op het verslag.

[20] SER 1967, nr. 5, p. 11, geparafraseerd door A-G Timmerman in r.o. 3.4 van zijn conclusie van 9 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:939.

[21] Je kunt je afvragen of in deze gevallen is voldaan aan de eis van art. 2:355 BW dat anderen dan de rechtspersoon – die aan de eisen van art. 2:346 en 2:347 BW voldoen – bevoegd zijn tot een tweedefaseverzoek indien het verslag (waartoe ook de bijlagen behoren) voor hen ter inzage ligt, zie ook Josephus Jitta, in: T&C Ondernemingsrecht, art. 2:355 BW, aant. 1.

[22] Ook dan wordt het verslag neergelegd ter griffie, dit vormt een wettelijke verplichting die niet ter discretionaire bevoegdheid van de griffier staat (art. 2:353 lid 1 BW), zie Hof Amsterdam (OK) 28 april 2015, ARO 2015/127 (Leaderland).

[23] HR 2 december 2016, NJB 2016/2299 (De Rooy/Staat).

[24] Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2011, ARO 2011/153. Zie ook de eerdere beschikkingen van de Ondernemingskamer inzake MEI van 10 februari 2011 (ARO 2011/33) en 3 oktober 2011 (JOR 2012/9).

[25] Bij beschikking van 9 december 2014 (JOR 2015/35) werd de echtgenote van De Rooy niet-ontvankelijk verklaard in eenzelfde verzoek.

[26] Hof Den Haag 24 februari 2015, JOR 2015/225 en Rb. Den Haag 11 juni 2014, JONDR 2014/946.

[27] HR 2 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:939, r.o. 3.3.3-3.3.5.

[28] Geerts, in: GS Rechtspersonen, art. 2:353 BW, aant. 5, onder verwijzing naar Hof Amsterdam (OK) 19 april 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AN4857 (Village Scaldia), Asser 2-II* 2009/789 en Assink & Kroeze 2015, p. 54 en 55.

[29] Zie recent Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4378 (ZED+), Hof Amsterdam (vz. OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen), Hof Amsterdam (vz. OK) 28 juni 2016, ARO 2016/160 (Best Green), Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2015, ARO 2015/225 (Leaderland) en Hof Amsterdam (vz. OK) 15 juni 2015, ARO 2015/162 (Leaderland) en Hof Amsterdam (vz. OK) 20 mei 2015, ARO 2015/145 (Verf- en Behanghal); zie ook de genoemde jurisprudentie in voetnoot 66 van Assink & Kroeze 2015.

[30] Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.4.

[31] Hof Amsterdam (vz. OK) 20 september 2016 (gepubliceerd 9 november 2016), ARO 2016/144 (Energie Concurrent).

- [32] Hof Amsterdam (OK) 6 november 2013, JOR 2014/7 (Fortis), r.o. 2.4.
- [33] Hof Amsterdam (vz. OK) 16 januari 2014, JOR 2014/127 (Pierson & Pierson).
- [34] Hof Amsterdam (OK) 19 april 2001, JOR 2001/152 (Village Scaldia), waarin een verzoek dat steunde op een door een derde gesteld belang op die grond werd afgewezen. Recenter oordeelde de Ondernemingskamer in dezelfde zin ten aanzien van een verzoek tot inzage namens derden in Hof Amsterdam (OK) 1 april 2016, ARO 2016/76 (Museum Vastgoed Groep).
- [35] Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2015, ARO 2015/225 (Leaderland).
- [36] Hof Amsterdam (vz. OK) 1 april 2016, ARO 2016/77 (Museum Vastgoed Groep).
- [37] Hof Amsterdam (vz. OK) 26 oktober 2015, ARO 2015/225 (Leaderland), waarin wel machtiging werd verleend voor mededeling in hoger beroep of vrijwaring van reeds aanhangige procedures.
- [38] Hof Amsterdam (vz. OK) 19 mei 2014, ARO 2014/88 (MEI).
- [39] Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2014, ARO 2014/151 (MEI). Anders: J.H. Lemstra & T. Salemink, Kroniek enquêterecht 2015, in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 20, voetnoot 88.
- [40] Hof Amsterdam (vz. OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen).
- [41] Hof Amsterdam (vz. OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen), r.o. 2.2.
- [42] Zo ook Berkhout in punt 7 van zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 29 juni 2016, JOR 2016/269 (De Jong Holding en Beleggingen).
- [43] Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2016, ARO 2016/155 (Xeikon).
- [44] Aanbeveling 4.8 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers, versie 1 januari 2013.
- [45] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 1 december 2011, ARO 2012/8 (Van der Moolen) en HR 13 juni 2014, JOR 2014/261 (Energie Concurrent/Eneco Retail).
- [46] Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2015, ARO 2015/82 (Proxy) en Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, JOR 2005/6 (Ahold).

[47] Storm 2014, p. 160 en F.G.K. Overkleef, Inzage in het onderzoeksverslag in enquêteprocedures, V&O 2010, afl. 11, p. 205.

[48] Aanbeveling 4.3 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers, versie 1 januari 2013.

[49] Rb. Amsterdam 25 september 2015, JOR 2015/328 (Leaderland).

[50] Hof van Discipline 30 mei 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:97; zie Hof Amsterdam (OK) 30 juli 2014, ARO 2014/151 (MEI), waarin alsnog machtiging werd verzocht maar niet verkregen.

[51] Zie voor een weergave van de diverse mogelijke uitkomsten van de belangenafweging par. 7 van de noot van Olden onder Rb. Amsterdam 25 september 2015, JOR 2015/328 (Leaderland).