

*Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift [Juridisch up to Date](#). Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).*

## Mededelingen uit het (concept) onderzoeksverslag: wanneer mag dat?

Jutd 2019/0027 d.d. 01-03-2019

**Auteur(s):** Mw. mr. A.C.M. Kitslaar, advocaat bij Van Iersel Luchtman N.V. te 's-Hertogenbosch.

### Inleiding

Indien de Ondernemingskamer (OK) in een enquêteprocedure van oordeel is dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van een rechtspersoon te twijfelen, zal zij een onderzoeker benoemen. Deze onderzoeker dient middels een verslag in kaart te brengen wat er zich bij de desbetreffende rechtspersoon heeft afgespeeld over een specifiek vast te stellen periode. Dit wordt het onderzoeksverslag genoemd. De OK zal zich bij haar oordeel of eventueel sprake is van wanbeleid voornamelijk baseren op de bevindingen in het verslag. Artikel 2:353 BW geeft onder meer aan hoe dit (afgeronde) verslag dient te worden uitgebracht, wie een exemplaar ontvangen en wie het kunnen inzien. Daarnaast is in lid 3 van dit artikel de geheimhouding van het onderzoeksverslag geregeld. Deze bepaling legt in beginsel aan iedereen een geheimhoudingsplicht op, *tenzij* het verslag voor een ieder ter inzage ligt.<sup>1</sup> De voorzitter van de OK kan echter ontheffing verlenen van deze geheimhoudingsplicht naar aanleiding van een machtigingsverzoek daartoe. In de twee OK-beschikkingen die ik hierna zal behandelen, werd een dergelijk machtigingsverzoek gedaan: in de ene zaak werd het verleend, in de andere afgewezen.

### Feiten

De meest recente uitspraak<sup>2</sup> van 12 december 2018 betreft een machtigingsverzoek om mededelingen te doen uithet reeds gedeponeerde verslag van het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van VOC Detachering B.V. ("VOC"). VOC is tijdens het onderzoek failliet verklaard. Het machtigingsverzoek is ingediend door Bean Holding B.V. ("Bean"), een voormalig aandeelhouder van VOC. De achterliggende reden van het verzoek is de procedure die Bean inmiddels heeft aangespannen tegen de voormalig (indirect) bestuurder van VOC, nu deze onrechtmatig jegens Bean zou hebben gehandeld. Bean wenst het onderzoeksverslag als bewijsmiddel in die procedure in te brengen. Het verweer van de voormalig (indirect) bestuurder tegen dit verzoek luidt dat zijn handelen reeds is beoordeeld door de curator en dat die heeft geconcludeerd dat hij niet paulianeus heeft gehandeld.

In een eerdere zaak bij de OK<sup>3</sup> (13 februari 2018) ging het om een machtigingsverzoek om mededelingen te mogen doen uit het *concept* eindverslag ter zake ECC-Bimas N.V. ("ECC-Bimas"), ten behoeve van een kort geding procedure die inmiddels ook tussen betrokken partijen aanhangig was. Ten aanzien van dit concept eindverslag hadden partijen de onderzoeker nog niet van commentaar kunnen voorzien.<sup>4</sup> Het machtigingsverzoek werd in deze zaak mede gedaan door ECC-Bimas, de rechtspersoon die zelf lijdend voorwerp van het onderzoek was. Het verweer kwam onder meer vanuit een aandeelhouder van ECC-Bimas ten aanzien van wie in het concept verslag wezenlijke bevindingen waren opgenomen. De betrokken partijen wensten (eerst) gebruik te maken van de door de onderzoeker geboden mogelijkheid van hoor en wederhoor voordat mededelingen uit het verslag werden gedaan.

### Oordeel OK

De OK heeft in de VOC kwestie geoordeeld dat Bean een voldoende zwaarwegend belang heeft bij haar verzoek, mede omdat is gebleken dat haar vordering in belangrijke mate is gebaseerd op de inhoud van het onderzoeksverslag. De eerdere beoordeling van de curator omtrent het handelen van de (indirect) bestuurder<sup>5</sup> doet niets af aan dit belang, nu deze beoordeling Bean niet bindt. Daarnaast ligt de mogelijkheid om diegene die verantwoordelijk is voor het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon in rechte aansprakelijk te stellen ook in het verlengde van een van de doeleinden van het enquêterecht: het verkrijgen van opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk wanbeleid.

In de ECC-Bimas zaak met betrekking tot het concept eindverslag, heeft de OK het verzoek na een belangenafweging afgewezen. Ondanks dat artikel 2:351 lid 4 BW bepaalt dat het een ieder is verboden mededelingen te doen uit de inhoud van een concept verslag, zonder uitzonderingen, heeft de OK aangegeven ruimte te zien om hiervan af te wijken. Zij oordeelt dat analoge toepassing van een machtigingsverzoek om ontheffing te krijgen van de geheimhoudingsplicht, welke mogelijkheid in artikel 2:353 lid 3 BW is neergelegd ten aanzien van eindverslagen, mogelijk kan zijn bij concept verslagen. De OK oordeelt dat deze ruimte wel beperkt(er) is doordat de belangen in beide situaties verschillend zijn. Bij een concept verslag gaat het namelijk niet alleen om de bescherming van de belangen van de rechtspersoon, maar ook van de (rechts)personen ten aanzien van wie wezenlijke bevindingen in het verslag zijn opgenomen en van de onderzoeker. Het onderhavige belang van verzoeksters om mededelingen te kunnen doen in de kort geding procedure weegt aldus de OK niet op tegen het zwaarwegende belang van de partijen die nog geen gebruik hebben kunnen maken van hun recht op hoor en wederhoor. Dit geldt des te meer nu is gebleken dat het definitieve onderzoeksverslag binnen afzienbare tijd ter griffie zal worden gedeponeerd.

### Commentaar

De OK heeft in haar beschikking - voor zover mij bekend voor het eerst - aangegeven ruimte te zien voor analoge toepassing van het machtigingsverzoek op concept verslagen. Dit is in afwijking van het wettelijk vastgelegde absolute verbod omtrent het doen van mededelingen uit concept verslagen (artikel 2:351 lid 4 BW). Een deugdelijke motivering van de OK voor de mogelijkheid tot afwijking van dit absolute verbod en/of de ratio daarachter geeft de OK echter niet. Mijns inziens bestaat er ook geen ruimte om af te wijken. Zoals uit de toelichting van het amendement ter zake<sup>6</sup> ook blijkt, is het onderzoek bij een concept verslag immers nog niet afgerond en moeten de rechtspersoon en de onderzoeker(s) ervan verzekerd zijn dat de tekst van concepten niet openbaar wordt gemaakt. Dit geldt evenzeer voor de partijen ten aanzien van wie in het concept verslag aanzienlijke bevindingen zijn opgenomen. Analoge toepassing van het machtigingsverzoek op concept verslagen zou deze wettelijk verankerde garantie wegnemen.

Het belang van de onderzoekers is ook een niet te onderschatten belang. Zij dragen immers de verantwoordelijkheid voor het verrichten van een zorgvuldig onderzoek<sup>7</sup> en lopen ter zake ook een beperkt<sup>8</sup> aansprakelijkheidsrisico. In dit kader hebben zij dan ook een te respecteren belang dat enkel definitieve bevindingen het eventuele voorwerp van debat worden.

In tegenstelling tot de OK zie ik dan ook geen ruimte om af te wijken van het door de wetgever omschreven absolute verbod, des te meer nu wederhoor een fundamenteel rechtsbeginsel is dat

ook in het enquêterecht een essentiële rol inneemt. Dit belang onderschreef Opstelten ook als minister van Veiligheid en Justitie toen de wet nog geen procedurele waarborgen bevatte voor een zorgvuldig onderzoek: *"Voor wat betreft de enquêteprocedure meen ik dat inderdaad meer aandacht moet worden gevraagd voor de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor in de onderzoeksfase. (...) Ik wil daarom het risico op onjuiste informatie in het verslag van de onderzoeker zo klein mogelijk maken."*<sup>9</sup>

De OK heeft het machtigingsverzoek uiteindelijk wel afgewezen, maar heeft dit mijns inziens op onjuiste gronden gedaan. In plaats van de verzoeksters niet-ontvankelijk te verklaren in hun verzoek ingevolge artikel 2:351 lid 4 BW, heeft zij het verzoek afgewezen na een belangenafweging van de belangen van de verzoekers aan de ene kant en de belangen van de vennootschap en de onderzoeker aan de andere kant. Dit wekt de indruk dat de beslissing bij een andere verdeling van belangen in het voorkomende geval ook de andere kant zou kunnen uitvallen. Dat lijkt mij onwenselijk en in strijd met de wet. Ondanks dat ik waardering kan opbrengen voor het pragmatische oordeel van de OK, druist het in tegen het fundamentele rechtsbeginsel van hoor en wederhoor dat mijns inziens dient te prevaleren.

### Slotsom

Het in artikel 2:353 lid 3 BW vervatte machtigingsverzoek ziet in beginsel enkel op het doen van mededelingen uit een reeds ter griffie van de OK gedeponeerd verslag. Bij dit verzoek zal de OK een afweging maken tussen de belangen van de partijen (verzoek(st)er(s) en rechtspersoon). Het feit dat een curator reeds heeft geoordeeld dat een bestuurder niet paulianeus heeft gehandeld, doet niet af aan het belang dat een partij heeft bij haar verzoek om mededelingen uit het onderzoeksverslag te mogen doen in een procedure waarin zij deze bestuurder aansprakelijk stelt. Daarnaast heeft de OK geoordeeld ruimte te zien voor analoge toepassing van dit machtigingsverzoek op concept verslagen. Die ruimte is evenwel beperkt(er), aldus de OK, nu er bij een concept verslag meerdere belangen een rol spelen. Anders dan de OK, zie ik geen ruimte om een uitzondering te (kunnen) maken op het wettelijk vastgelegde, absolute verbod om mededelingen te doen uit een concept verslag.

- NOOT 1 Naar de letter van de wet heeft het machtigingsverzoek uit lid 3 dan ook enkel betrekking op onderzoeksverslagen die ter griffie van de OK zijn neergelegd als bedoeld in lid 1 van dit artikel en niet op een concept verslag.
- NOOT 2 Gerechtshof Amsterdam, 12 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4681.
- NOOT 3 Gerechtshof Amsterdam, 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1068.
- NOOT 4 Met het oog op hoor en wederhoor dient deze mogelijkheid altijd te worden geboden door de onderzoeker aan de betrokken partijen ten aanzien van wie in het concept verslag wezenlijke bevindingen zijn opgenomen.
- NOOT 5 Des te meer nu de OK is gebleken dat uit de faillissementsverslagen blijkt dat de curator in het onderzoeksverslag aanleiding heeft gezien om de bestuurders van VOC aansprakelijk te stellen en nadien een schikking met deze (indirect) bestuurder heeft getroffen.
- NOOT 6 Kamerstukken-II, 32887, nr. 11. De toelichting van dit amendement uit 2012 - "Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête" - heeft de OK ook als citaat in haar beschikking opgenomen (r.o. 2.7).
- NOOT 7 Kamerstukken-II, 32887, nr. 6, p. 29.

NOOT 8 Ingevolge artikel 2:351 lid 5 BW is een onderzoeker niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van de door hem verrichte werkzaamheden, behalve wanneer hij met betrekking tot zijn in het verslag neergelegde bevindingen of met betrekking tot het onderzoek opzettelijk onbehoorlijk heeft gehandeld dan wel met grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.

NOOT 9 Kamerstukken-II 2010/11, 32887, nr. 3.

© Euroforum Uitgeverij BV NL