

N.B. Dit document is vervangen door een 'Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures' van 9 juli 2019, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl

AANDACHTSPUNTEN, AANBEVELINGEN EN SUGGESTIES VOOR ONDERZOEKERS¹

in enquêteprocedures (artikel 2:345 BW) gewijzigd per 1 januari 2013

¹ Deze aandachtspunten, suggesties en aanbevelingen zijn opgesteld door de Ondernemingskamer op basis van opgedane kennis en ervaring, gesprekken met onderzoekers, en met inachtneming van jurisprudentie en de desbetreffende literatuur (zoals mr. J.M. Blanco Fernández, mr. M. Holtzer en mr. G. van Solinge, Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 78, en mr. R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 72, blzz 113 tot en met 173). Deze aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties zijn gewijzigd per 1 januari 2013, na een evaluatie van de op 1 januari 2011 gepubliceerde, eerste versie, mede aan de hand van ontvangen commentaren daarop en naar aanleiding van de wijziging van het enquêterecht per 1 januari 2013.

Preambule

- A. De Ondernemingskamer kan op de voet van artikel 2:345 BW één of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. Het bevel tot het instellen van zo'n onderzoek en de benoeming van de onderzoeker(s) geschieden in de zogeheten eerste fase beschikking.
- B. Het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon en het door de onderzoeker op te stellen verslag daarvan vormen de kern van het in de wet neergelegde stelsel van het enquêterecht². Het onderzoek kan tot doel hebben:
- opening van zaken en vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust van mogelijk blijvend wanbeleid,
 - sanering en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van organisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon.³
- C. Na deponering van het onderzoeksverslag kan de Ondernemingskamer op de voet van artikel 2:355 BW verzocht worden om bij beschikking, de tweede fase beschikking, vast te stellen, dat zich in de rechtspersoon wanbeleid heeft voorgedaan. Dit verzoek kan voorts inhouden dat wordt vastgesteld wie daarvoor verantwoordelijk is en/of dat een of meer van de in artikel 2:356 BW bedoelde voorzieningen worden getroffen.
- D. In iedere fase van het geding, ook tijdens het onderzoek, kan de Ondernemingskamer op een daartoe strekkend verzoek – van bijvoorbeeld de indieners van het enquêteverzoek – onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in artikel 2:349a BW treffen.
- E. De onderzoeker verricht zijn werkzaamheden in alle stadia van het onderzoek – vanaf de aanvaarding van de opdracht tot en met de deponering van het verslag – naar de maatstaf van hetgeen in de gegeven omstandigheden van een bekwaam en redelijk handelend onderzoeker mag worden verwacht. Wat dat in de praktijk betekent, kan niet in zijn algemeenheid worden gezegd. Ieder onderzoek is anders en verdient maatwerk. De aanpak zal steeds afhankelijk zijn van de concrete omstandigheden, van de aard van de rechtspersoon (betreft het bijvoorbeeld een beursfonds of een besloten verhouding), van de omvang en noodzakelijke diepgang van het onderzoek en van de betrokken belangen.
- F. Om niettemin enige verduidelijking te geven, biedt de Ondernemingskamer hieronder een – niet uitputtend – overzicht van wat de onder E. vermelde

² HR 27 september 2000 JOR 2000 217 (Gucci).

³ HR 10 januari 1990 NJ 1990 466 (OGEM) en – recenter – HR 26 juni 2009 JOR 2009 192 (KPNQwest). De Hoge Raad vermeldt de vaststelling van verantwoordelijkheid in verband met de daarvan mogelijk uitgaande preventieve werking.



algemene norm tezamen met de betrokken wettelijke bepalingen, jurisprudentie en overige rechtsregels voor het onderzoek kan meebrengen.

Dit zijn geen regels of voorschriften maar uitsluitend aandachtspunten voor de onderzoeker, met enkele aanbevelingen of suggesties hoe te handelen.

Het kan zeer wel voorkomen dat de onderzoeker afwijkt en ook dient af te wijken van de suggesties in dit document.

G. Hier en daar zijn in cursief toelichtende opmerkingen geplaatst.

H. De secretarissen van de Ondernemingskamer zijn bereikbaar voor vragen van de onderzoeker.

Deze aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties – en eventuele toekomstige aanpassingen – zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, webpagina van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam⁴.

4

<http://www.rechtspraak.nl/Gerechten/Gerechtshoven/Amsterdam/Over+het+hof/Rechtsgebieden/Speciale+rechtsgebieden/Ondernemingskamer.htm>.

Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties

1. Benoeming van de onderzoeker, einde van de opdracht

- 1.1 De onderzoeker wordt benoemd bij beschikking van de Ondernemingskamer. Hiervan wordt hij per brief in kennis gesteld.

Toelichting:

De beoogde onderzoeker wordt eerst (telefonisch) geraadpleegd of het hem "vrij staat" een benoeming te aanvaarden. Indien de onderzoeker eerst na zijn benoeming bekend raakt met omstandigheden die leiden tot (de schijn van) partijdigheid dan stelt hij de Ondernemingskamer hiervan op de hoogte. De Ondernemingskamer zal dan, na partijen in de gelegenheid te hebben gesteld zich daarover uit te laten, beoordelen of de onderzoeker zijn werkzaamheden kan voortzetten.

- 1.2 De opdracht aan de onderzoeker eindigt door de aanbieding – per post, koerier of in persoon – van het onderzoeksverslag ter griffie van de Ondernemingskamer.
- 1.3 De onderzoeker kan door de Ondernemingskamer eerder van zijn taak worden ontheven, bijvoorbeeld indien zich omstandigheden voordoen op grond waarvan de onderzoeker meent dat hij zijn taak niet (meer) kan vervullen.

Toelichting:

In voorkomend geval dient de onderzoeker in een brief aan de Ondernemingskamer kenbaar te maken waarom hij van zijn taak ontheven wil worden. Bijvoorbeeld wegens persoonlijke omstandigheden, een alsnog gebleken belangenconflict, het onbetaald blijven van (een voorschot op) de onderzoekskosten.

2. Omvang van het onderzoek

- 2.1 Het onderzoek kan betrekking hebben op de gehele omvang van het beleid en de gang van zaken van de betrokken rechtspersoon of een gedeelte daarvan en/of op een bepaald tijdvak. De eerste fase beschikking is daarvoor bepalend.

Toelichting:

1. Bij "beleid van de rechtspersoon" moet niet alleen worden gedacht aan het beleid van het bestuur, maar ook aan dat van de overige (statutaire) organen van de rechtspersoon. Het beleid kan betrekking hebben zowel op het functioneren van de rechtspersoon als zodanig als op de door de rechtspersoon in stand gehouden onderneming.
 2. Alle personen die deel uit maken van de (statutaire) organen van de rechtspersoon of anderszins daarbij een rol hebben gespeeld, kunnen bij het beleid van de rechtspersoon zijn betrokken.
- 2.2 De onderzoeker zal zich voor zijn onderzoek naar de relevante feiten en gebeurtenissen mede oriënteren op de eerste fase beschikking. Het karakter van de eerste fase beschikking, te weten vaststelling van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, brengt echter mee, dat de vaststellingen en

waarderingen in die beschikking doorgaans een voorlopig karakter hebben. De onderzoeker is daarom aan die vaststellingen en waarderingen niet gebonden.

3. Positie onderzoeker, inrichting en uitvoering van het onderzoek

- 3.1 Voor het handelen van de onderzoeker is steeds bepalend hetgeen in de gegeven omstandigheden van een bekwaam en redelijk handelend onderzoeker mag worden verwacht.

Toelichting:

Zie de inleiding onder E.

- 3.2 De onderzoeker is – met inachtneming van voormelde norm – vrij in de uitvoering van de hem opgedragen taken. Hij richt het onderzoek naar eigen inzicht in. Hij verricht zijn werkzaamheden in volstrekte onafhankelijkheid en onpartijdigheid en in openheid over zijn hoedanigheid. Hij verricht zijn werkzaamheden met voortvarendheid.

Opmerking:

Zo maakt hij in ieder geval zijn hoedanigheid bekend indien hij een persoon in het kader van het onderzoek hoort.

- 3.3 Het is de onderzoeker verboden hetgeen hem bij zijn onderzoek blijkt, verder bekend te maken dan zijn opdracht met zich brengt (artikel 2:351 lid 3 BW).
- 3.4 De Ondernemingskamer kan bepalen dat de onderzoeker een plan van aanpak en/of een begroting als bedoeld in aandachtspunt 5.1 opstelt. In dat geval stuurt de onderzoeker het plan van aanpak en/of de begroting aan de Ondernemingskamer en de betrokken partijen.
- 3.5 Hoewel artikel 6 EVRM⁵ niet van toepassing is op het onderzoek⁶, mag van de onderzoeker worden verwacht dat hij het beginsel van hoor en wederhoor als leidraad aanhoudt.

Toelichting:

Onder meer valt te denken aan:

- het presenteren van de onderzoeksopzet aan de indieners van het enquêteverzoek, de te onderzoeken rechtsperso(n)en en (bepaalde) belanghebbende(n); het rekening houden met eventueel hierover gemaakte opmerkingen; het eventueel nader informeren van de bedoelde personen over wijzigingen in de onderzoeksopzet en nadere stappen;
- het – na tijdige aankondiging – horen van partijen en overige betrokkenen over het onderwerp van onderzoek en/of bepaalde gedeelten daarvan;

⁵ Artikel 6 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) strekt tot waarborging van een eerlijk proces en bepaalt onder meer "bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld".

⁶ EHRM 19 maart 2002 JOR 2002 127 (Text Lite).

- het (doen) maken van een verslag van voor het onderzoeksverslag bepalende gesprekken met gehoorde personen, het voorleggen van die verslagen aan die personen en het rekening houden met eventueel gemaakte opmerkingen;
- het rekening houden met eventuele voorstellen tot het horen van bepaalde personen en tot het raadplegen van bepaalde documenten;
- het verlenen van toegang tot de administratie van de vennootschap aan degenen die gedurende het tijdvak waarop het onderzoek betrekking heeft deel uitmaakten van het bestuur of de raad van commissarissen of anderszins daarbij een rol hebben gespeeld, voor zover dit nodig is in het belang van het onderzoek met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor. Er kunnen zich feiten en omstandigheden voordoen op grond waarvan de onderzoeker besluit dat inzage in de relevante stukken niet wenselijk is (denk bijvoorbeeld aan koersgevoelige informatie).

Of en in welke mate deze suggesties van toepassing zijn hangt onder meer af van de aard van de rechtspersoon, de te onderzoeken onderwerpen, de omvang en gewenste diepgang van het onderzoek en de (aard en gevoeligheid van) (bepaalde) bevindingen. In ieder geval stelt de onderzoeker degenen die in het verslag worden genoemd in de gelegenheid om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op hen zelf betrekking hebben (artikel 2:351 lid 4 BW).

- 3.6 De onderzoeker zal ter uitvoering van zijn taak gegevens dienen te verzamelen. Daarbij kan de onderzoeker die bronnen – onder meer de in de wet genoemde boeken, bescheiden en andere gegevensdragers – raadplegen die hij nodig en nuttig acht. De bezittingen van de rechtspersoon moeten de onderzoeker desverlangd worden getoond (artikel 2:351 lid 1 BW). Indien de onderzoeker dit voor een juiste vervulling van zijn taak nodig acht, kan hij de Ondernemingskamer verzoeken hem te machtigen tot het raadplegen van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers en het tonen van gegevens van een rechtspersoon die nauw verbonden is met de te onderzoeken rechtspersoon (artikel 2:351 lid 2 BW).

Toelichting:

De wettelijke omschrijving “boeken, bescheiden en andere gegevensdragers” ziet op interne rapportages en notities, de managementinformatie, verslagen van besprekingen, notulen, correspondentie en het e-mailverkeer, kortom de gehele administratie van de rechtspersoon.

- 3.7 Bestuurders en (eventuele) commissarissen van de rechtspersoon en personen in dienst van de rechtspersoon zijn verplicht tot medewerking aan het onderzoek. Ditzelfde geldt voor oud-bestuurders en oud-commissarissen alsmede oud-werknemers uit de periode waarop het onderzoek betrekking heeft (artikel 2:351 lid 1 BW).

Toelichting:

Indien een machtiging is verleend om ook nauw verbonden rechtspersonen te onderzoeken, geldt dat de (oud)bestuurders, eventuele (oud)commissarissen en (oud)werknemers daarvan ook verplicht zijn tot medewerking aan het onderzoek (artikel 2:351 lid 2 BW).

- 3.8 Indien bepaalde informatie niet wordt verstrekt, kan de onderzoeker aan de raadsheer-commissaris bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW verzoeken die bevelen te geven die onder de gegeven omstandigheden nodig zijn. Tot de mogelijke bevelen behoren, bijvoorbeeld, de opdracht aan de openbare macht om de nodige bijstand te verlenen en de last om een woning binnen te treden (artikel 2:352 BW).

Toelichting:

Een dergelijk verzoek geschiedt bij brief van de onderzoeker die hiertoe geen advocaat hoeft in te schakelen.

- 3.9 De onderzoeker kan de Ondernemingskamer verzoeken om bepaalde personen als getuigen te horen, bijvoorbeeld indien die personen weigeren om inlichtingen te verschaffen. De onderzoeker is bevoegd om bij het verhoor aanwezig te zijn en vragen te stellen aan de getuigen (artikel 2:352a BW).

Toelichting:

1. Een dergelijk verzoek geschiedt bij brief van de onderzoeker die hiertoe geen advocaat hoeft in te schakelen.
2. In de brief worden de namen en adressen van de te horen getuigen vermeld. Ook wordt opgave gedaan van de feiten en omstandigheden waarover de getuige moet worden gehoord.
3. Het verhoor vindt plaats ter terechtzitting van de Ondernemingskamer.

- 3.10 Indien de onderzoeker dit – mede gelet op de daarmee gemoeide kosten – voor de juiste uitoefening van het onderzoek in redelijkheid nodig acht – bijvoorbeeld indien hij een bepaalde, voor het onderzoek noodzakelijke deskundigheid ontbeert – kan hij zich laten bijstaan door een of meer personen. De hiermee gemoeide kosten komen ten laste van het onderzoeksbudget.

- 3.11 Het staat de onderzoeker vrij in voorkomende gevallen te bezien of een minnelijke regeling kan worden bereikt.

Toelichting:

1. De praktijk wijst uit dat in veel gevallen, in het bijzonder in besloten verhoudingen, de onderzoeker gaandeweg een oplossing weet te bereiken voor aandeelhoudersconflicten of andere tussen partijen gerezen geschillen.
2. De onderzoeker bewaakt daarbij zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Indien hij daadwerkelijk besluit een schikking te beproeven, deelt hij dit aan partijen mede en bespreekt met hen de consequenties daarvan voor het (verdere) verloop van het onderzoek.
3. Mocht een minnelijke regeling zijn getroffen, dan stelt de onderzoeker de Ondernemingskamer daarvan in kennis. Partijen kunnen zich tot de Ondernemingskamer wenden met het verzoek het onderzoek te beëindigen en voor zover van toepassing de getroffen onmiddellijke voorzieningen te beëindigen. Alvorens hierop te beslissen, zal de Ondernemingskamer bij de onderzoeker navraag doen of zijn honorarium en kosten zijn voldaan.

4. Onderzoeksverslag

- 4.1 Het onderzoeksverslag verschaft inzicht in het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en beantwoordt aan de in de eerste fase beschikking door de Ondernemingskamer geformuleerde onderzoeksopdracht. Het dient voldoende feitelijke grondslag te vormen voor een beoordeling van dat beleid en die gang van zaken. Het verschaft tevens de basis voor de beslissingen van de Ondernemingskamer naar aanleiding van mogelijk in de tweede fase in te dienen verzoeken (tot vaststelling van wanbeleid en, eventueel, van de verantwoordelijkheid daarvoor van personen alsmede tot het treffen van eventuele voorzieningen als bedoeld in artikel 2:356 BW).
- 4.2 Het onderzoeksverslag is vormvrij. De onderzoeker richt het naar eigen inzicht in. Hij doet dat zodanig dat het voldoende inzicht verschaft in de onderzochte materie en de wijze waarop het onderzoek is uitgevoerd. Doorgaans bevat het onderzoeksverslag:
- een beschrijving van de opdracht,
 - een beschrijving van de werkwijze,
 - een opgave van geraadpleegde bronnen,
 - een beschrijving van de (feitelijke) bevindingen en
 - conclusies voorzien van een redengeving.

Het onderzoeksverslag kan ook aanbevelingen bevatten, bij voorbeeld over de mogelijk te treffen voorzieningen.

- 4.3 Het verdient aanbeveling om bij het verslag bijlagen te voegen, zoals gespreksverslagen en schriftelijke stukken waaraan wezenlijk bevindingen ontleend zijn.
- Het verdient voorts aanbeveling om in het onderzoeksverslag op te nemen:
- een lijst met afkortingen,
 - een organogram,
 - een overzicht van de samenstelling van bestuur en raad van commissarissen, eventueel voorzien van een tijdslijn,
 - een overzicht van de betrokken personen, onder vermelding van functies en de precieze periode waarin zij deze vervulden.
- 4.4 Het verdient aanbeveling in het verslag kenbaar te maken op welke wijze tijdens het onderzoek toepassing is gegeven aan hoor en wederhoor.
- Toelichting:
- Zie ook onder 3.5.
 - De onderzoeker kan in het verslag kenbaar maken op welke wijze hij het commentaar op het concept-rapport, althans op de relevante delen daarvan, heeft verwerkt.
- 4.5 De onderzoeker dient in het verslag de weergave van feitelijke bevindingen waar mogelijk te scheiden van de weergave van eventuele oordelen, meningen, conclusies en aanbevelingen.

Voor zover oordelen, meningen of conclusies betrekking hebben op het beleid of de gang van zaken van de rechtspersoon, dienen deze te worden gegeven in het licht van in de betrokken periode geldende normen en opvattingen.

Het uiteindelijke oordeel over mogelijk "wanbeleid" is, nadat hierover een debat tussen partijen heeft kunnen plaatsvinden tijdens de zogeheten tweede fase van de enquêteprocedure, aan de Ondernemingskamer. Het staat de onderzoeker echter vrij desgewenst op dit punt zijn opvatting weer te geven.

- 4.6 Het verslag wordt door de onderzoeker ondertekend en aan de Ondernemingskamer gezonden.

Toelichting:

Over de wijze en het tijdstip van indiening kunnen afspraken worden gemaakt met de secretarissen van de Ondernemingskamer.

- 4.7 De Ondernemingskamer zorgt ervoor dat het verslag in elk geval wordt gezonden aan de rechtspersoon, aan de oorspronkelijke verzoekers tot het instellen van een onderzoek en aan de advocaat-generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam. In sommige gevallen wordt het verslag ook verstrekt aan De Nederlandsche Bank (artikel 2:353 lid 2 BW). In veel gevallen stuurt de Ondernemingskamer daarnaast een exemplaar van het verslag aan de in de procedure verschenen belanghebbenden.
- 4.8 De Ondernemingskamer pleegt op de voet van artikel 2:353 lid 2 BW te bepalen dat het verslag ter inzage ligt voor belanghebbenden dan wel voor een ieder. 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.

Toelichting:

Het staat de onderzoeker vrij in het verslag aanbevelingen te doen omtrent het antwoord op de vraag of het wenselijk is, dat het rapport of delen daarvan en/of (een deel van) de bijlagen ter inzage worden gelegd voor belanghebbenden⁷ dan wel voor een ieder.

5. Onderzoekskosten

- 5.1 De Ondernemingskamer stelt het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten (voorlopig) vast in de beschikking waarbij het onderzoek wordt bevolen. Indien de Ondernemingskamer heeft bepaald dat de onderzoeker een begroting opstelt, verschaft deze inzicht in de aard en omvang van de naar verwachting te verrichten werkzaamheden, de daaraan naar redelijke verwachting te besteden tijd, het te hanteren uurtarief en, indien van toepassing, de verdere kosten waaronder die van het inschakelen van derden. De onderzoeker dient de begroting in bij de griffier van de Ondernemingskamer waarna de griffier partijen en de verschenen belanghebbenden in de gelegenheid stelt daarop te reageren.

⁷ Dat hoeven niet steeds de in de eerste fase verschenen belanghebbenden te zijn.

Daarna zal de Ondernemingskamer het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten nader vaststellen.

- 5.2 Het maximumbedrag kan op (gemotiveerd) verzoek van de onderzoeker worden verhoogd. De onderzoeker zal het verzoek voorzien van een specificatie met een overzicht van de reeds verrichte werkzaamheden en naar verwachting nog te verrichten werkzaamheden. Het verzoek moet zijn ingediend vóórdat het verslag ter griffie van de Ondernemingskamer is gedeponereerd. Latere verzoeken kunnen niet worden gehonoreerd.⁸ De Ondernemingskamer stelt partijen steeds in de gelegenheid zich over het verzoek uit te laten.
- 5.3 De onderzoeker behoeft zijn werkzaamheden niet aan te vangen respectievelijk voort te zetten – en geadviseerd wordt om dit ook niet te doen – dan nadat een (ter bepaling door de onderzoeker) adequaat voorschot is ontvangen en/of betaling van de onderzoekskosten op andere wijze is zeker gesteld.

Toelichting:

Vangt de onderzoeker zijn werkzaamheden bij uitblijven van een voorschot of adequate zekerheid toch aan, dan loopt hij het risico dat zijn salaris en de gemaakte kosten niet kunnen worden verhaald.

- 5.4 Na deponering van het onderzoeksverslag zal de Ondernemingskamer ambtshalve de kosten van het onderzoek vaststellen. De onderzoeker dient met het oog daarop gelijktijdig met de indiening van het onderzoeksverslag of zo spoedig mogelijk daarna een specificatie van de gemaakte onderzoekskosten in te dienen. Deze specificatie verschaft inzicht in de aard en omvang van de verrichte werkzaamheden, de daaraan bestede tijd, het gehanteerde uurtarief en, indien van toepassing, de verdere kosten waaronder die van het inschakelen van derden. De griffier zal partijen en de verschenen belanghebbenden in de gelegenheid stellen op deze specificatie te reageren waarna de Ondernemingskamer de kosten van het onderzoek bij beschikking zal vaststellen.
- 5.5 De onderzoeker stuurt zijn declaratie(s) voor de gemaakte onderzoekskosten aan de rechtspersoon (in voorkomende gevallen tevens aan degene die heeft toegezegd de declaratie te zullen voldoen).

⁸ HR 31 januari 1996 NJ 1996 431 (VHS).