

Kan raadsheer-commissaris rechtspersoon of onderzoeker een aanwijzing geven tot verstrekken van stukken aan verzoeker?

Hof Amsterdam 16-10-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3805

Instantie

Hof Amsterdam

Datum

16 oktober 2018

Magistraten

Mr. M.M.M. Tillema

Zaaknummer

200.229.574/02 OK

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS19082:1

Vakgebied(en)

Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

Brondocumenten

ECLI:NL:GHAMS:2018:3805, Uitspraak, Hof Amsterdam, 16 oktober 2018

Wetingang

Art. 2:350 BW

Essentie

Reikwijdte aanwijzingsbevoegdheid raadsheer commissaris.

Raadsheer-commissaris hanteert terughoudende toets bij beoordeling van verzoek om aan de betrokken rechtspersoon of de onderzoeker een aanwijzing te geven tot verstrekken van stukken aan de verzoeker. (DeSeizoenen)

Samenvatting

DeSeizoenen B.V. exploiteert een instelling voor verstandelijk gehandicaptenzorg. De oprichtende aandeelhouders waren bij oprichting – via holdingvennootschap WW Zorg Groep B.V. – alle óf bestuurd óf commissaris bij DeSeizoenen B.V. Omdat DeSeizoenen een zorginstelling in de zin van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) is en via zorgkantoren publieke gelden ontvangt, geldt voor haar een winstuitkeringsverbod. Het onroerend goed is ondergebracht in een aparte B.V., Vastgoed DeSeizoenen, die het vastgoed verhuurt aan DeSeizoenen. De Centrale Cliëntenraad van DeSeizoenen (CCr) verzoekt de Ondernemingskamer een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken over de periode vanaf oktober 2011. De CCr voert daartoe aan dat de gekozen constructie erop neer komt dat de financiële lasten en risico's volledig voor rekening en risico van DeSeizoenen komen, terwijl het vastgoed op termijn onbezwaard aan de aandeelhouders toevalt. De OK gelast bij beschikking van 30 april 2018 een onderzoek, niet omdat de gehanteerde constructie in strijd met de wet zou zijn, maar omdat de aandeelhouders ook als bestuurders/commissarissen functies bekleedden en een eigen belang bij de constructie hadden en het de vraag is of de besluitvorming met betrekking tot de deelname van DeSeizoenen aan deze constructie voldoende zorgvuldig en onafhankelijk is geweest. Zo speelt onder meer de vraag of in het kader van de huurovereenkomsten voor DeSeizoenen een optimaal onderhandelingsresultaat is bereikt. Niet is gebleken van bijzondere waarborgen, zoals het inschakelen van onafhankelijke derden en het opmaken van een deskundigenrapport. De OK benoemt J.M. Blanco Fernandez als onderzoeker. Lopende het onderzoek verzoekt de CCr de (door de OK aangewezen) raadsheer-commissaris om de aanwijzing te geven dat (i) DeSeizoenen kopieën van een viertal documenten die met die vastgoedtransactie verband houden aan de CCr verschaft dan wel (ii) dat de onderzoeker die aan de CCr verschaft.

OK: De bevoegdheid van de raadsheer-commissaris tot het geven van aanwijzingen ex art. 2:350 lid 4 BW ziet op de uitvoering van het onderzoek door de onderzoeker. Daarmee is niet te verenigen dat de raadsheer-commissaris een partij

aanwijzing geeft aan de andere partij stukken te verstrekken. Wat betreft een aanwijzing ter zake aan de onderzoeker, is de onderzoeker vrij in de hem opgedragen taak en verricht hij het onderzoek naar eigen inzicht. Dat noopt een raadsheer-commissaris tot terughoudendheid bij de beoordeling van een verzoek tot verstrekken van stukken door de onderzoeker aan een partij. Voor toewijzing van een dergelijk verzoek is in het algemeen geen plaats in de fase dat er nog geen (concept)onderzoeksverslag ligt.

Verwant oordeel

Zie ook:

- Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, RO 2018/48 (*DeSeizoenen*);
- Hof Amsterdam (OK) 1 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3128, RO 2016/58 (*Xeikon*);
- Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1199, ARO 2016/68 (*ZED+*);
- Hof Amsterdam (OK) 23 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1499, ARO 2015/124 (*Xeikon*);
- M.W. Josephus Jitta, *T&C BW*, art. 2:350 BW, aant. 5;
- R. Verheggen, *Ervaringen met de raadsheer-commissaris in het enquêterecht* (Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018), Deventer: Wolters Kluwer, § 2.2 (p. 467);
- [Kamerstukken 32887, 3](#), p. 38 (MvT).

Wenk

Op grond van art. 2:350 lid 4 BW benoemt de Ondernemingskamer tegelijk met de benoeming van een onderzoeker een raadsheer-commissaris. Deze kan op verzoek van verzoekers of belanghebbenden – indien de goede zaken van het onderzoek dat vereist – aanwijzingen geven over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd. De onderzoeker blijft echter verantwoordelijk voor de opzet uitvoering van het onderzoek. De OK bevestigt dat met deze uitspraak.

De wetgever gaat ervan uit dat met dit artikel wordt bedoeld ‘op de procesmatige kant van het onderzoek en niet op de inhoud’. De raadsheer-commissaris moet terughoudend zijn bij de beoordeling van een verzoek dat ertoe strekt onderzoekers opdracht te geven tijdens de onderzoeksfase bepaalde onderwerpen (nader) te onderzoeken. Een dergelijk verzoek is in beginsel alleen toewijsbaar, indien aanstonds duidelijk is dat zonder verder onderzoek naar die feiten en omstandigheden het onderzoek in wezenlijke mate onvolledig of anderszins ontoereikend zal zijn (zie de *Xeikon*-beschikkingen). In de voorliggende zaak bevestigt de OK dat en oordeelt dat deze aanwijzingsbevoegdheid van de raadsheer-commissaris ziet op de uitvoering van het onderzoek door de onderzoeker. Daarbij past niet dat de raadsheer-commissaris de ene partij de aanwijzing geeft aan de andere partij stukken te verschaffen.

Het tweede verzoek van de CCr ziet op het verstrekken van stukken aan de onderzoeker waarna de onderzoeker de stukken aan de CCr zou moeten verstrekken. In de *Xeikon*-beschikkingen heeft de OK op verzoek van een onderzoeker geoordeeld dat de rechtspersoon aan de onderzoeker inzage diende te geven in notulen en e-mailboxen. De OK oordeelt – ook hier – dat terughoudendheid bij de beoordeling van een dergelijk verzoek noopt. Uitgangspunt is dat de onderzoeker – met inachtneming van de norm dat voor zijn handelen steeds bepalend is hetgeen in de gegeven omstandigheden van een bekwaam en redelijk handelend onderzoeker mag worden verwacht – vrij is in de uitvoering van de hem opgedragen taken en dat hij het onderzoek naar eigen inzicht inricht. De OK verwijst expliciet naar § 3.1 en 3.2 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers in enquêteprocedures. Daarbij geldt – aldus de OK – dat van de onderzoeker mag worden verwacht dat hij bij het uitvoeren van het onderzoek het beginsel van hoor en wederhoor als leidraad aanhoudt (zie § 3.5 van de Aandachtspunten). Maar hem wordt wat betreft de wijze waarop en de mate waarin hij toepassing geeft aan het beginsel van hoor en wederhoor een ruime mate van vrijheid gelaten. Een en ander noopt de raadsheer-commissaris tot terughoudendheid bij de beoordeling van een verzoek als het onderhavige. Met de aanwijzingsbevoegdheid van de raadsheer-commissaris is ook expliciet niet bedoeld om verantwoordelijkheid voor het onderzoek over te hevelen van de onderzoeker naar de raadsheer-commissaris. De onderzoeker onderzoekt en onderhoudt de contacten met de partijen. De raadsheer-commissaris moet zich richten op hoe de onderzoeker onderzoekt en niet op wat die onderzoekt. In het algemeen zal er dan ook geen plaats voor zijn dat de raadsheer-commissaris voorafgaand aan het uitbrengen van een concept (onderzoeksverslag) de aanwijzing geeft dat de onderzoeker bepaalde documenten aan de verzoeker moet verstrekken.

A.J. Beljaars-Vink

Partij(en)

Beschikking inzake:

De Centrale Cliëntenraad van DeSeizoenen B.V., te Oploo, verzoeker, advocaten: mr. H.W.L. de Beaufort, mr. H.A. de Savornin Lohman en mr. A.H. Arntz, allen te Amsterdam,
tegen

DeSeizoenen B.V., te Oploo, verweerster, advocaten: mr. S.J.H.M. Berendsen en mr. B. Kemp, beiden te Amsterdam, en tegen

1. WW Zorg Groep B.V., te Bussum,
2. [A],
3. [B],
4. [C],
5. [D],

belanghebbenden, advocaten: mr. W.K. Bischof en mr. N.M. Suurmond, beiden kantoorhoudende te Amsterdam, en tegen

6. De leden van de Raad van Commissarissen van DeSeizoenen B.V.,
 - a) [E],
 - b) [F],
 - c) [G],
 - d) [H],

belanghebbenden, advocaten: mr. P.D. Olden en mr. F.H. Oosterloo, beiden te Amsterdam.

Uitspraak

Ondernemingskamer:

1. Het verloop van het geding

1.1

In het vervolg zullen partijen (ook) als volgt worden aangeduid:

- verzoeker als de CCr;
- verweerster als DeSeizoenen;
- belanghebbende onder 1 als WW Zorg Groep en belanghebbenden onder 1 tot en met 5 gezamenlijk als WW Zorg Groep c.s.;
- belanghebbenden onder 6 a) tot en met d) gezamenlijk als de raad van commissarissen.

1.2

Voor het verloop van het geding wordt verwezen naar de beschikkingen van de Ondernemingskamer van 30 april 2018, 2 mei 2018 en 27 juni 2018, alle onder zaaknummer 200.229.574/01 OK.

1.3

Bij de beschikking van 30 april 2018 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van DeSeizoenen over de periode vanaf 10 januari 2012 tot 15 maart 2016, een nader door de Ondernemingskamer aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon benoemd teneinde het onderzoek te verrichten en mr. M.M.M. Tillema benoemd tot raadsheer-commissaris zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW. Bij de beschikking van 2 mei 2018 heeft de Ondernemingskamer mr. J.M. Blanco Fernández (hierna: de onderzoeker) aangewezen als onderzoeker.

1.4

De CCr heeft, bij in een brief van 12 september 2018 van mr. H A. de Savornin Lohman vervat verzoek, de raadsheer-commissaris verzocht een aanwijzing te geven die ertoe leidt dat DeSeizoenen kopieën van een viertal documenten die verband houden met de in de beschikking van 30 april 2018 nader omschreven vastgoedtransactie verschaft aan de CCr, dan wel dat de onderzoeker kopieën van de documenten – nadat hij deze bij DeSeizoenen heeft opgevraagd en van haar heeft ontvangen – aan de CCr ter beschikking stelt.

1.5

De raadsheer-commissaris heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich over dit verzoek uit te laten. Daarop zijn de volgende reacties ontvangen:

- brief van 25 september 2018 van mr. Olden voormeld namens de raad van commissarissen;
- brief van 26 september 2018 van mrs. Berendsen en Kemp voormeld namens DeSeizoenen;
- brief van 26 september 2018 van mr. Suurmond voormeld namens WW Zorg Groep c.s.;

- brief van 27 september 2018 van de onderzoeker.

Mr. De Savornin Lohman heeft bij e-mailbericht van 27 september 2018 gereageerd op de brief van mrs. Berendsen en Kemp, waarop laatstgenoemden hebben gereageerd bij e-mailbericht van 28 september 2018.

2. De gronden van de beslissing

2.1

De CCr heeft ter toelichting op zijn verzoek – kort samengevat – het volgende naar voren gebracht. Het verzoek ziet op, en is beperkt tot, de ‘ *key documents*’ die ten grondslag liggen aan de in 1.4 genoemde vastgoedtransactie die centraal staat in deze procedure. De documenten betreffen rechtshandelingen waarbij DeSeizoenen direct dan wel indirect als partij is betrokken, of het betreft documenten die daarmee nauw zijn verbonden. DeSeizoenen houdt deze documenten welbewust achter, terwijl de bevolen enquête juist erop is gericht openheid van zaken te verschaffen. Als de CCr over de documenten beschikt, zal hij beter in staat zijn aan het onderzoek een bijdrage te leveren ter zake van bepaalde aspecten van de vastgoedtransactie. Daar komt bij dat het delen van de documenten een ‘ *level playing field*’ tussen de partijen in deze procedure zal creëren. Bovendien maakt het beginsel van hoor en wederhoor het noodzakelijk dat de CCr tijdens het onderzoek over de documenten beschikt.

2.2

De raad van commissarissen heeft zich gerefereerd aan het oordeel van de raadsheer-commissaris.

2.3

DeSeizoenen heeft verzocht het verzoek van de CCr af te wijzen. DeSeizoenen is geen partij bij de in een van de documenten geregelde overeenkomst en is ten aanzien van de in twee andere documenten vastgelegde rechtshandelingen geheimhouding overeengekomen. De documenten zien niet op de taakuitoefening van de CCr en DeSeizoenen is niet verplicht deze aan de CCr te verschaffen. Wel heeft DeSeizoenen de CCr uitgebreid van informatie hierover voorzien en heeft zij aangeboden specifieke vragen van de CCr te beantwoorden. Het is aan de onderzoeker om te bepalen welke stukken hij voor zijn onderzoek nodig heeft en er rust op hem geen verplichting om afschriften van alle ontvangen informatie/documenten aan alle partijen te verstrekken. DeSeizoenen ziet niet in waarom het al dan niet verstrekken van de opgevraagde informatie aan de CCr van belang is voor de goede gang van zaken van het onderzoek.

2.4

WW Zorg Groep c.s. hebben te kennen gegeven het standpunt van DeSeizoenen te onderschrijven.

2.5

De onderzoeker beschouwt het verzoek van de CCr – voor zover dit zich tegen hem richt – als prematuur. Van de opgevraagde maar nog niet ontvangen documenten kan hij de relevantie voor het onderzoek nog onvoldoende beoordelen, dus ook niet in hoeverre het belang van het onderzoek vergt dat de CCr daarvan kennis neemt. Of een partij een legitiem belang heeft bij een verzoek als het onderhavige, zal de onderzoeker beter kunnen beoordelen op het moment dat hij het (concept)verslag opstelt. Uitgangspunt is dat de onderzoeker bij het uitvoeren van het onderzoek een ruime discretionaire bevoegdheid toekomt en dat hij het onderzoek naar eigen inzicht inricht, waarbij goede redenen kunnen bestaan om de door een partij ter beschikking gestelde informatie in beginsel niet met andere partijen te delen. Voor de onderzoeker weegt de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen hem en partijen – die door hem aan alle partijen is toegezegd – zwaarder dan het vooralsnog onvoldoende concrete belang van de CCr bij inzage in de bedoelde documenten.

2.6

De raadsheer-commissaris overweegt als volgt.

2.7

Ingevolge het bepaalde in artikel 2:350 lid 4 BW, kan de raadsheer-commissaris aanwijzingen geven over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd, indien de goede gang van zaken van het onderzoek dit vereist. Deze bevoegdheid ziet op de uitvoering van het onderzoek door de onderzoeker. Daarmee laat zich niet verenigen dat de raadsheer-commissaris een partij de aanwijzing geeft bepaalde stukken aan een andere partij te verschaffen.

2.8

Voor zover het verzoek ertoe strekt dat de raadsheer-commissaris de onderzoeker een aanwijzing geeft de CCr de in het verzoek bedoelde documenten te verschaffen, geldt het volgende. Uitgangspunt is dat de onderzoeker – met inachtneming van de norm dat voor zijn handelen steeds bepalend is hetgeen in de gegeven omstandigheden van een bekwaam en redelijk handelend onderzoeker mag worden verwacht – vrij is in de uitvoering van de hem opgedragen taken en dat hij het onderzoek naar eigen inzicht inricht (zie ook punten 3.1 en 3.2 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor

onderzoekers in enquêteprocedures). Daarbij geldt dat van de onderzoeker mag worden verwacht dat hij bij het uitvoeren van het onderzoek het beginsel van hoor en wederhoor als leidraad aanhoudt (zie punt 3.5 van de hierboven bedoelde Aandachtspunten), maar hem wordt ook ten aanzien van de wijze waarop en de mate waarin hij toepassing geeft aan het beginsel van hoor en wederhoor een ruime mate van vrijheid gelaten. Een en ander noopt de raadsheer-commissaris tot terughoudendheid bij de beoordeling van een verzoek als het onderhavige.

2.9

De onderzoeker zal, zoals hij ook aanvoert, in vertrouwelijkheid eerst de relevantie van de opgevraagde en aangeleverde informatie moeten kunnen beoordelen. Waar de onderzoeker die relevantie vaststelt en op de desbetreffende informatie mede zijn bevindingen baseert, zal hiervan blijken uit het (concept)onderzoeksverslag. Voor het geven van een aanwijzing die ertoe strekt dat de onderzoeker voorafgaand aan het uitbrengen van een (concept)onderzoeksverslag bepaalde documenten aan de verzoeker dient te verstrekken, zal in het algemeen geen plaats zijn. De stellingen van de CCr leiden niet tot het oordeel dat het belang van het onderzoek in het onderhavige geval een dergelijke aanwijzing vergt.

3. De beslissing

De raadsheer-commissaris:

wijst het verzoek van de Centrale Cliëntenraad van DeSeizoenen B.V. af.

Deze beschikking is gegeven door mr. M.M.M. Tillema, raadsheer-commissaris, in tegenwoordigheid van mr. F.L.A. Straathof, griffier, op 16 oktober 2018.