

Inzage in het onderzoeksverslag in enquêteprocedures

*Mr. F. G. K. Overkleef, LL.M. **

Inleiding

Het zal niemand ontgaan zijn dat de tumultueuze recente geschiedenis van het voormalige Fortis de (juridische) gemoe- deren nog altijd volop bezighoudt.¹ Meer dan twee jaar na de nationalisatie van de Nederlandse bank- en verzekeringsactivi- teiten van Fortis zijn tussen de betrokken partijen nog altijd verschillende juridische procedures aanhangig, die momenteel in verschillende snelheden door de Nederlandse gerechten bewegen. Een van die procedures is de in het najaar van 2008 door de Vereniging van Effectenbezitters (hierna: VEB) geën- tamede enquêteprocedure, waarin de Ondernemingskamer (hierna: OK) een onderzoek heeft gelast naar het beleid en de gang van zaken van Fortis N.V. (de Nederlandse topholding van de Fortis groep).² De door de OK aangestelde onderzoe- kers rondden afgelopen zomer hun onderzoek af en hebben hun onderzoeksverslag³ en de bijbehorende bijlagen op 15 juni 2010 aan de OK gezonden. Naar dit verslag werd met belang- stelling uitgezien, niet in het minst vanwege de potentiële bruikbaarheid van de feitelijke vaststellingen en bevindingen van de onderzoekers voor partijen in hun bewijsvoering in andere (civiele) procedures rondom Fortis.

Vanwege de gevoeligheid van de inhoud van het onderzoeks- verslag en de bijlagen, zeker in het licht van de elders aanhangig- ge civiele procedures, luisterde het vrij nauw welke personen en instanties inzage zouden krijgen in het rapport en de bijla- gen. Op grond van artikel 2:353 lid 2 BW ontvingen de oor- spronkelijke verzoekers (de VEB c.s.), de vennootschap zelf (Fortis N.V.), hun respectievelijke advocaten en de advocaat- generaal bij het Gerechtshof Amsterdam een afschrift van alle stukken. Ook De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) ont- ving alle stukken, aangezien het een enquête bij een onder toe- zicht staande financiële instelling betrof (art. 2:353 lid 2 jo. 2:348 BW). In aanvulling hierop bepaalde de OK bij beschikking van 16 juni 2010⁴ dat, gelet op de inhoud van het verslag en de bijbehorende bijlagen en de 'overige in deze zaak

betrokken belangen', het onderzoeksverslag en drie van de bij- lagen voor eenieder ter inzage gelegd zouden worden bij de griffie van de OK. De OK besliste voorts dat de overige bijla- gen bij het verslag ook ter inzage zouden worden gelegd, maar dat deze alleen door 'belanghebbenden' ingezien zouden mogen worden. De OK bracht aldus een schifting aan in de bijlagen bij het onderzoeksverslag, waarschijnlijk met het oog op het waarborgen van de vertrouwelijkheid ervan. Alleen belanghebbenden zouden van deze bijlagen kennis mogen nemen, alle andere personen en instanties konden hierin geen inzage verkrijgen.

De Staat der Nederlanden (hierna: de Staat) heeft daarop de OK verzocht om hem als belanghebbende in de zin van voor- noemde beschikking aan te merken en aldus de Staat ook inza- ge te verlenen in de overige bijlagen. Hoewel de Staat, sinds de nationalisatie in het najaar van 2008 de nieuwe eigenaar van de Nederlandse onderdelen van de Fortis groep, in de eerste fase van de enquêteprocedure was toegelaten als belangheb- bende, was hij kennelijk niet aangemerkt als inzagegerechtigde ten aanzien van de overige bijlagen. Bij beschikking van 25 augustus 2010 heeft de OK dit verzoek van de Staat om redenen die ik hierna zal bespreken, afgewezen.⁵ Ik beoog nadrukkelijk niet om inhoudelijk stelling te nemen in deze zaak, eerder beschouw ik de hiervoor geschetste gang van zaken als een aanleiding om eens kritisch te kijken naar het ter zake door de OK gehanteerde inzagebeleid. Ik probeer daarbij dit beleid mede te plaatsen tegen de achtergrond van de meer fundamentele vraag naar de verhouding tussen de enquêtepro- cedure en daarmee samenhangende civielrechtelijke procedu- res, dit gelet op het potentiële gebruik van de inhoud van een onderzoeksverslag en bijlagen voor de bewijsvoering in civiel- rechtelijke aansprakelijkheidsprocedures.⁶

Het onderzoeksverslag

Het onderzoek vormt de kern van de enquêteprocedure.⁷ Het is de primaire taak van de door de OK aangestelde onderzoe- kers om de relevante feiten vast te stellen, te interpreteren en te beoordelen om aldus te komen tot een kwalificatie van het

* Mr. F.G.K. Overkleef, LL.M. is werkzaam als advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam en is tevens als docent-onderzoeker verbonden aan het Center for Company Law, Universiteit van Tilburg.

1. Zie recentelijk P. Depuydt, *De Kloof: hoe de breuk tussen Belgen en Nederlanders Fortis fataal werd*, Amsterdam: Prometheus 2010.
2. Hof Amsterdam (OK) 24 november 2008, JOR 2009, 9 m.nt. Josephus Jitta (Fortis).
3. Zie hierover R.M. Wibier, *Algemene lessen voor financiële instellingen: rapport over het beleid bij Fortis N.V.*, NJB 2010, p. 2340-2346.
4. Hof Amsterdam (OK) 16 juni 2010, JIN 2010, 579.

5. Hof Amsterdam (OK) 25 augustus 2010, ARO 2010, 142.

6. Zie hierover D. Slotema, *Vissen naar het feitensubstraat voor de civiel- rechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, V&O 2010, p. 105-109.

7. HR 27 september 2000, JOR 2000, 217 m.nt. Brink (Gucci), r.o. 4.2.

beleid van de vennootschap.⁸ Het uiteindelijke oordeel of daadwerkelijk sprake is van wanbeleid, is uiteraard aan de OK, maar vanwege het wettelijk vereiste dat uit het verslag moet zijn gebleken van wanbeleid (art. 2:355 BW), zijn de bevindingen van de onderzoekers in beginsel in belangrijke mate leidend bij dit oordeel. Weliswaar hoeft de OK haar oordeel over mogelijk wanbeleid niet uitsluitend op het onderzoeksverslag te baseren,⁹ maar het onderzoeksverslag moet wel voldoende aanknopingspunten bevatten om het oordeel wanbeleid te kunnen dragen.¹⁰ Ten aanzien van de inhoud van het onderzoeksverslag geldt dat de onderzoekers een grote vrijheid genieten voor wat betreft de inrichting en de uitvoering van hun onderzoek.¹¹ Eenzelfde vrijheid lijkt te gelden ten aanzien van de verantwoording van de bronnen waar de onderzoekers hun bevindingen op baseren: het is in beginsel aan de onderzoekers om te bepalen welke (delen van) door hen geraadpleegde documenten via citaten in het onderzoeksverslag dan wel via opname in de bijlagen openbaar, althans aan partijen kenbaar gemaakt kunnen worden.¹² Aldus bepalen de onderzoekers zelf welke documentatie in het onderzoeksverslag wordt verwerkt en op welke wijze dit gebeurt.

De bevindingen van de onderzoekers kunnen ook van belang zijn buiten de enquêteprocedure; het onderzoeksverslag kan immers worden gebruikt in de bewijsvoering ter vaststelling van bepaalde feiten in civiele aansprakelijkheidsprocedures.¹³ Deze procedures kunnen – al dan niet na afronding van de tweede fase van de enquêteprocedure – worden gestart door de oorspronkelijke verzoekende partij bij de enquêteprocedure, maar ook door personen die geen partij waren bij de enquêteprocedure, zoals individuele aandeelhouders of claimstichtingen.¹⁴ Ook de bijlagen bij een onderzoeksverslag kunnen in dit verband interessant zijn. Dit zijn vaak (kopieën van) de oorspronkelijke documenten waarop de onderzoekers hun bevindingen hebben gebaseerd. Als zodanig kunnen deze documenten waardevol zijn als bewijsmateriaal in andere pro-

cedures. De onderzoekers in een enquête beschikken immers over een ruim geformuleerde wettelijke bevoegdheid tot raadpleging van documenten (art. 2:351 lid 1 BW) en krijgen als zodanig vaak inzage in documenten waarover private procespartijen doorgaans niet de beschikking krijgen.

Hierbij moet wel worden opgemerkt dat artikel 2:353 lid 3 BW het aan iedereen behalve de vennootschap zelf verbiedt om mededelingen aan derden uit het onderzoeksverslag (inclusief naar ik aanneem de bijbehorende bijlagen) te doen, tenzij daartoe een machtiging van de OK is verkregen. Een schending van deze geheimhoudingsplicht kan strafrechtelijk worden gesanctioneerd op grond van artikel 272 Sr.¹⁵ Deze geheimhoudingsplicht geldt evenwel niet wanneer het verslag voor eenieder ter inzage is gelegd; in deze gevallen staat het partijen in beginsel dus vrij om de inhoud van het onderzoeksverslag ook voor de bewijsvoering in andere procedures aan te wenden. Zelfs in gevallen waarin het onderzoeksverslag en/of de bijlagen niet openbaar zijn en de geheimhoudingsplicht dus aan het doen van directe mededelingen in processtukken in andere procedures in de weg staat, kan het voor de partijen in andere procedures toch nuttig zijn om inzage te verkrijgen in deze stukken, bijvoorbeeld met het oog op het in kaart brengen van de sterke en zwakke punten van de civiele zaak of het inschatten van de kans op een succesvolle afloop daarvan.

De terinzagelegging van het onderzoeksverslag

Vanwege de gevoeligheid en vaak vertrouwelijkheid van de in een onderzoeksverslag vervatte informatie is het uiteraard niet de bedoeling dat een verslag zomaar op straat komt te liggen. Daarom heeft niet iedereen per definitie recht op inzage: artikel 2:353 lid 2 BW en een op basis van deze bepaling ontwikkeld beleid van de OK stellen grenzen aan de personen en instanties die inzage in een onderzoeksverslag kunnen krijgen. Zoals ik in de inleiding al aangaf, hebben de verzoeker(s), de vennootschap, hun advocaten en de A-G bij het Hof Amsterdam een wettelijk inzagerecht; zij ontvangen een exemplaar van het verslag inclusief alle bijlagen van de griffier. Ook DNB heeft recht op een exemplaar wanneer de enquête een onder toezicht staande instelling betreft. Daarnaast heeft de OK een discretionaire bevoegdheid om de kring van inzagegerechtigden uit te breiden tot één of meer door de OK bij beschikking aan te wijzen personen of tot eenieder. Maakt de OK van deze mogelijkheid gebruik, dan kan zij tevens bepalen of het verslag aan deze nadere kring van personen in het geheel of slechts gedeeltelijk ter inzage zal worden gelegd.

Het ter inzage leggen voor eenieder betekent dat het onderzoeksverslag in feite openbaar wordt gemaakt. Tegenwoordig is het gebruikelijk dat een onderzoeksverslag dat betrekking heeft op een beursvennootschap voor eenieder ter inzage wordt gelegd.¹⁶ In dergelijke gevallen zal de beursvennootschap zelf met het oog op de verplichting tot openbaarmaking van koersgevoelige informatie (art. 5:25i Wft) en uit hoofde

8. R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 72, Deventer: Kluwer 2003, p. 122-134.

9. HR 18 april 2003, JOR 2003, 110 m.nt. Blanco Fernández (RNA/Westfield), r.o. 3.21.

10. P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 46, Deventer: Kluwer 2004, p. 187-190. Zie recent HR 10 september 2010, NJ 2010, 483 (LCI Technology Group), r.o. 3.4.2.

11. Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 785. Zie hierover kritisch H.J. de Kluiver, De rol en functie van de onderzoeker en de positie van de (advocaat van de) onderzochte vennootschap in het enquêterecht, in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' Wegen: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems*, Serie vanwege het Van der Heijdeninstituut nr. 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 237-248.

12. Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, JOR 2005, 6 m.nt. Josephus Jitta (Ahold), r.o. 4.4.

13. Slotema 2010, p. 105.

14. Zie bijvoorbeeld het persbericht van Stichting FortisEffect 'Nieuwe munitie voor aandeelhouders Fortis' van 16 juni 2010 naar aanleiding van de terinzagelegging van het onderzoeksverslag inzake Fortis N.V., <www.fortiseffect.nl>.

15. Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 789.

16. Geerts 2004, p. 195-196.

van *good practice* het onderzoeksverslag in de regel ook op haar eigen website publiceren. Een enkele keer wordt ook een onderzoeksverslag dat betrekking heeft op een niet-beursgenoteerde vennootschap voor eenieder ter inzage gelegd, zoals bij de PCM-enquête,¹⁷ maar dit is vrij uitzonderlijk. In dergelijke gevallen is vaak sprake van zaken die maatschappelijke onrust teweeg hebben gebracht, waardoor een publiek belang in het spel is.¹⁸

Sinds 2000 hanteert de OK het beleid dat, zelfs wanneer het verslag niet aan eenieder ter inzage wordt gelegd, de OK in de regel bepaalt dat het verslag kan worden ingezien door belanghebbenden.¹⁹ De OK gebruikt aldus de term 'belanghebbenden' om op grond van artikel 2:353 lid 2 BW een nadere kring van personen als inzagegerechtigden aan te wijzen. Hiermee is niet het begrip van belanghebbende in de processuele zin van artikel 282 Rv bedoeld, maar eerder een feitelijk begrip: of een persoon als belanghebbende kan worden aangemerkt, wordt per geval beoordeeld op het moment dat die persoon zich met een verzoek om inzage tot de (griffie van de) OK richt.²⁰ Bij 'doorsnee'-enquêteszaken zal de vaststelling van de kring van belanghebbenden doorgaans weinig problemen opleveren. Van belang om hier nog te vermelden is het feit dat degene die als belanghebbende inzage heeft verkregen in het onderzoeksverslag op grond van artikel 2:355 lid 1 BW ook 'toetreedt' tot de kring van personen die een tweedefase-enquêteverzoek kunnen doen (verzoek tot vaststellen wanbeleid en eventueel tot treffen van één of meer eindvoorzieningen op grond van art. 2:356 BW), zij het dat deze persoon ook aan de vereisten van de artikelen 2:346 en 2:347 BW (vereisten voor een eerstefase-enquêteverzoek) moet voldoen. Zo kan een enquêtegerechtigde, niet zijnde de oorspronkelijke verzoeker, via het inzagerecht ook bevoegd worden tot het doen van een tweede-faseverzoek.²¹

Perikelen rondom het inzagerecht in de Fortis-enquête

Ik beschreef de feitelijke aanloop naar het geschil omtrent het inzagerecht in de Fortis-enquête hiervoor in de inleiding. Zoals gezegd had de Staat in reactie op de OK-beschikking van 16 juni 2010 de OK verzocht om hem als belanghebbende in de zin van die beschikking aan te merken, zodat de Staat naast het onderzoeksverslag en drie van de bijlagen ook inzage zou verkrijgen in de overige bijlagen.

De belangrijkste (princiële) argumenten van de Staat waren de volgende:

1. Het onderzoek had mede betrekking op de transacties met de Staat, waarbij de Staat bepaalde vennootschappen van de Fortis groep heeft verworven die op dat moment nog dochtervennootschappen van Fortis N.V. (de onderzochte

vennootschap) waren, zodat de Staat als huidig aandeelhouder belang heeft bij volledige openheid van zaken.

2. De Staat is in de eerste fase van de enquêteprocedure toegelaten als belanghebbende, vertegenwoordigers van de Staat zijn door de onderzoekers in het kader van hun onderzoek geïnterviewd, en de Staat heeft bij gelegenheid van inzage in het conceptverslag ook inzage gekregen in alle bijlagen.
3. De Staat is naar aanleiding van voornoemde transacties betrokken in een aantal juridische procedures, onder meer tegen de onderzochte vennootschap Fortis N.V. en tegen de oorspronkelijke verzoeker VEB, in welk kader hij – mede vanuit een oogpunt van *equality of arms* – als partij bij deze procedures belang heeft bij inzage in alle stukken.²²

Zowel de VEB, alsook Fortis N.V. werd nog in de gelegenheid gesteld om op dit verzoek van de Staat te reageren: blijkens de beschikking hebben beide zich verzet tegen het inzageverzoek.

De OK stelt bij haar beoordeling voorop dat het enkele feit dat de Staat in de eerste fase als belanghebbende tot de procedure is toegelaten, nog niet met zich meebrengt dat de Staat ook als belanghebbende voor wat betreft het inzagerecht heeft te gelden. Aldus moet de OK dit alsnog beoordelen, daarbij 'de doeleinden van het enquêterecht in aanmerking nemende'.²³ De OK komt vervolgens tot het oordeel dat de Staat niet als belanghebbende kan worden aangemerkt. Zij benadrukt in dit verband dat het onderzoek slechts betrekking had op de rechtspersoon Fortis N.V. en dat het beleid en de gang van zaken van de door de Staat verworven dochtervennootschappen als zodanig buiten de reikwijdte van het onderzoek vielen. De Staat kan aan zijn aandeelhouderschap van de voormalige Fortis-dochters dus geen belang voor inzage ontleen; het feit dat de Staat naar eigen stelling 'vanuit zijn verantwoordelijkheid voor het algemeen belang en het Nederlandse financiële systeem als geheel' zich over deze dochters heeft ontfemd, maakt het oordeel van de OK niet anders.²⁴ Ter zake van het feit dat vertegenwoordigers van de Staat bij het onderzoek zijn betrokken en het feit dat de Staat in een eerdere fase wel inzage heeft gekregen in (concept)bijlagen, volstaat de OK met de mededeling dat de wijze waarop de onderzoekers hun onderzoek hebben ingericht niet bepalend is voor de beslissing van de OK of de Staat als belanghebbende heeft te gelden.²⁵ Ook de positie van de Staat in de andere gerechtelijke procedures in het licht van het beginsel van *equality of arms* maakt hem nog geen belanghebbende voor de doeleinden van het inzagerecht. Volgens de OK is het in die procedures aan de betreffende rechter zelf om, al dan niet naar aanleiding van een verzoek op grond van artikel 843a Rv, te bepalen dat de andere partij (Fortis N.V. of de VEB, afhankelijk van de procedure) de Staat

17. OK 15 december 2008, ARO 2009, 8 (PCM).

18. Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 788. Zie ook Sanders/Westbroek/Buijn/Storm, BV en NV, Serie Recht en Praktijk nr. 23 (9e druk), Deventer: Kluwer 2005, p. 337.

19. Geerts 2004, p. 192.

20. Ibid. Zie ook Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 2005, p. 337.

21. Geerts 2004, p. 194.

22. Hof Amsterdam (OK) 25 augustus 2010, ARO 2010, 142, r.o. 2.1.

23. Ibid, r.o. 2.3.

24. Ibid, r.o. 2.4.

25. Ibid, r.o. 2.5.

een afschrift van alle stukken verstrekt.²⁶ Aldus wijst de OK het verzoek van de Staat af en verkrijgt de Staat vooralsnog geen inzage in de overige bijlagen.

Enige opmerkingen ten aanzien van het belanghebbende-begrip bij het inzagerecht

De voornoemde OK-beschikking is op één punt zeer duidelijk: een partij die op grond van artikel 282 Rv tot de enquêteprocedure is toegelaten, is niet per se ook belanghebbende in de zin van een op grond van artikel 2:353 lid 2 BW gegeven beschikking. Hier werd in de eerdere literatuur nog wel impliciet van uitgegaan, zoals door Geerts, die voor wat betreft de bepaling van de kring van belanghebbenden aansluit bij de overwegingen van de Hoge Raad ten aanzien van de strekking van artikel 282 Rv in de Scheipar-beschikking.²⁷ Wordt een onderzoeksverslag derhalve alleen voor belanghebbenden ter inzage gelegd, dan zal in beginsel elke partij die op grond van artikel 282 Rv zich in de procedure heeft gemengd, alsmede elke partij die door de OK ambtshalve als belanghebbende is opgeroepen en is verschenen, zich na deponering van het onderzoeksverslag nogmaals gemotiveerd als inzagebelanghebbende bij de OK moeten melden indien zij inzage verlangt.

Hiermee lijkt tevens vast te staan dat artikel 2:353 lid 2 BW daadwerkelijk derogert aan artikel 290 Rv, op grond waarvan elke belanghebbende in een verzoekschriftprocedure recht heeft op een afschrift van alle op de zaak betrekking hebbende bescheiden.²⁸ In vroegere jurisprudentie is uitgemaakt dat ook het onderzoeksverslag en de bijbehorende bijlagen tot deze bescheiden moesten worden gerekend.²⁹ De onderhavige beschikking van de OK maakt duidelijk dat een belanghebbende in processuele zin (art. 282 Rv) niet altijd een recht van inzage heeft in het onderzoeksverslag en de bijbehorende bijlagen. Een reden voor deze discrepantie wordt door de OK overigens niet gegeven. Denkbaar is dat de OK door een afscherming van het inzagerecht de deur voor formele belanghebbenden in de enquêteprocedure tot het kunnen doen van een tweedefaseverzoek (art. 2:355 lid 1 BW) dicht wil houden.

Uiteindelijk komt de OK tot een afwijzend antwoord op de vraag of de Staat met het oog op de doeleinden van het enquêterecht als belanghebbende kan worden aangemerkt. De door de OK ter zake gegeven motivering geeft blijk van een vrij formalistische benadering. Zonder hiermee een oordeel te willen vellen over de juistheid c.q. wenselijkheid van de beslissing van de OK, plaats ik toch een paar opmerkingen bij deze gang van zaken. Zo komt mij het oordeel dat de (vergaande) wijze waarop de onderzoekers de Staat in het onderzoek hebben betrokken niet van belang is voor de belanghebbende-kwestie ten overstaan van de OK, niet geheel begrijpelijk voor. Ik zou menen dat deze betrokkenheid, samen met het feit dat de

Staat als processueel belanghebbende tot de enquêteprocedure is toegelaten, weliswaar geen sluitend oordeel oplevert ten aanzien van het inzagerecht, maar dan toch op zijn minst een sterke aanwijzing in die richting vormt. Ook de wijze waarop de OK de Staat 'buitenspel zet' met de stelling dat het onderzoek alleen betrekking heeft op de vennootschap Fortis N.V., is – hoewel formeel juridisch gezien juist – in het licht van de specifieke omstandigheden van dit geval in mijn ogen wat opmerkelijk. In ieder geval had het mijn inziens op de weg van de OK gelegen om een meer op de specifieke feiten en omstandigheden van dit geval toegesneden motivering ter zake te geven.

Het meest in het oog springende oordeel van de OK is naar mijn mening de wijze waarop de OK het belang van de Staat als procespartij in met de enquêteprocedure samenhangende civiele procedures van de hand wijst. Hier heeft de OK strikt genomen een punt; wanneer de vraag naar het al dan niet zijn van belanghebbende moet worden beantwoord tegen de achtergrond van de doeleinden van het enquêterecht, dan is een buiten de enquêteprocedure gelegen procespositie rechtens niet relevant. Ook de door de OK gesuggereerde oplossing (een verzoek op grond van art. 843a Rv in de betreffende procedure zelf) lijkt mij op zich juist. Toch bekruipt me een gevoel dat de OK in dezen ook een meer pragmatische aanpak had kunnen kiezen die recht zou doen aan de realiteit dat het onderzoeksverslag (inclusief alle bijlagen) zeker in een zaak als deze mogelijk een cruciale rol gaat spelen in een aanzienlijk aantal civiele aansprakelijkheidsprocedures over en weer tussen allerlei verschillende betrokken partijen.

In casu had de OK van mij verder mogen kijken dan alleen de enquêteprocedure zelf. Omgekeerd gebeurt dit namelijk ook. Zo besliste de Rechtbank Amsterdam in september 2009 dat een door de claimstichting FortisEffect verzocht voorlopig getuigenverhoor tegen onder meer Fortis N.V. en de Staat zou worden aangehouden tot het onderzoeksverslag in de enquêteprocedure zou zijn gedeponerd.³⁰ Daarbij overwoog de rechtbank dat zij er met de partijen van uitging dat de OK zou bepalen dat het onderzoeksverslag mede ter inzage zou worden gelegd aan FortisEffect en aan de Staat.³¹ De rechtbank zal hierbij het verslag inclusief alle bijlagen hebben bedoeld, er is althans geen reden om het tegenovergestelde aan te nemen. De OK maakt nu met haar formele opstelling de veronderstelling van de rechtbank niet waar. Vanuit een oogpunt van proces-economie en meer in het bijzonder het belang van een efficiënte afstemming van procedures waar mogelijk lijkt me dit geen optimale gang van zaken.

Bovendien lijkt de OK met haar opstelling in deze zaak op twee gedachten te hinken over hoe om te gaan met parallelle aansprakelijkheidsprocedures. In haar recente beschikking inzake KPNQwest³² hield de OK immers een poging tot

26. Ibid, r.o. 2.6.

27. Geerts 2004, p. 193, verwijzend naar HR 6 juni 2003, JOR 2003, 161 m.nt. Josephus Jitta (Scheipar), r.o. 3.3.2.

28. Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 788.

29. OK 1 september 1994, NJ 1995, 519 (Zinkwit), r.o. 4.1.1.

30. Rb. Amsterdam 17 september 2009, JOR 2009, 284 m.nt. Brink.

31. Ibid, r.o. 6.7.3.

32. Hof Amsterdam (OK) 5 juli 2010, JOR 2010, 231 m.nt. Geerts.

beëindiging van de lopende enquête tegen, onder meer met een beroep op het belang van de curatoren van KPNQwest.³³ Ter zake van het belang van de curatoren overwoog de OK expliciet dat de door middel van het onderzoek verkregen openheid van zaken een belangrijke rol kon spelen bij de beantwoording van de vraag of er gronden zijn en of het zinvol is om de voor het wanbeleid verantwoordelijken aansprakelijk te stellen.³⁴ Hier anticipeert de OK nadrukkelijk op een door de curatoren naar aanleiding van de uitkomst van de enquête in te stellen civiele procedure en lijkt de OK haast faciliterend op te treden ten aanzien van dergelijke procedures voor zover het het belang van de curatoren bij de enquête betreft. Dit is een opmerkelijk verschil. Het zal toch niet zo zijn dat de OK een eiser in een opvolgende civiele procedure een helpende hand wil toesteken, maar tegelijkertijd de boot afhoudt ten aanzien van een gedaagde in een dergelijke civiele procedure.

Aldus lijkt deze zaak mijns inziens een goede aanleiding om het bestaande beleid ten aanzien van terinzagelegging op punten te heroverwegen, hetzij voor de OK zelf, hetzij voor de wetgever in het kader van het voorgenomen initiatief tot modernisering van het enquêterecht.³⁵ Daarbij zou met name aandacht moeten worden besteed aan het mogelijk gebruik van onderzoeksverslagen en bijbehorende stukken als bewijsmateriaal in andere procedures. Indien die heroverweging er komt, zou daarbij mijns inziens ook aan de orde gesteld mogen worden in hoeverre het wenselijk is dat de onderzoekers de gehele controle hebben over de vraag welke (stukken van) geraadpleegde documenten zij in hun onderzoeksverslag en de bijlagen opnemen.³⁶ Hiermee wil ik niet beweren dat dit probleem zich thans veelvuldig voordoet, maar enige *guidance* aan het adres van de onderzoekers lijkt mij althans wenselijk, dit om te voorkomen dat documenten waarop de onderzoekers hun bevindingen in belangrijke mate hebben gebaseerd voor partijen niet kenbaar worden gemaakt. Hoe belangrijk de inrichtingsvrijheid van het onderzoek ook is, de bevindingen van de onderzoekers moeten voor de OK en voor partijen, gelet op de tweede fase van de enquêteprocedure, toch in enige mate na te trekken zijn aan de hand van de oorspronkelijke documenten. Deze belangrijke schakel in de inzageketen mag derhalve niet worden vergeten.

Conclusie

Onder normale omstandigheden zal de huidige praktijk van de OK ten aanzien van het ter inzage leggen van onderzoeksverslagen voor belanghebbenden weinig tot geen problemen opleveren. In atypische gevallen, zoals in de Fortis-enquête, blijken deze problemen zich wel voor te kunnen doen. Wellicht dat deze zaak een goede aanleiding kan vormen voor de OK om haar beleid nog eens kritisch door te lichten, zodat dergelijke problemen mogelijk in de toekomst kunnen worden voorkomen. Daarbij zou het wenselijk zijn indien de OK in

haar beoordeling ook de meer fundamentele kwestie van de samenhang tussen de enquêteprocedure enerzijds en civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures anderzijds in het algemeen en de kwestie van het gebruik van de resultaten van de enquête (het onderzoeksverslag en de bijbehorende bijlagen) in civielrechtelijke procedures onder ogen zou willen zien. Uiteindelijk hangt alles met elkaar samen, dus met een louter op het enquêterecht zelf gerichte herbeoordeling kan niet worden volstaan. Mogelijk dat hier nog een aanknopingspunt gevonden kan worden met de voorgenomen modernisering van het enquêterecht, maar tot het zover is, ligt hier in ieder geval alvast een mooie taak voor de OK en voor de uitvoeringspraktijk.

33. Ibid, r.o. 3.8.

34. Ibid, r.o. 3.3.

35. J.S. Polderman, Modernisering van het enquêterecht, V&O 2010, p. 1-4.

36. In dezelfde zin Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 2005, p. 337.