

NJ 2021/104

## Ondernemingsrecht. Enquêterecht. Procesrecht; weigering vennootschap om onderzoekers inzage te geven in informatie uitgewisseld met advocaat of notaris; afgeleid verschoningsrecht vennootschap? Rol raadsheer-commissaris.

HR 03-04-2020, ECLI:NL:HR:2020:600, m.nt. M.A. Verbrugh

Instantie	Hoge Raad (Civiele kamer)
Datum	3 april 2020
Magistraten	Mrs. C.A. Streefkerk, M.V. Polak, C.E. du Perron, M.J. Kroeze, F.J.P. Lock
Zaaknummer	19/01958
Conclusie	A-G mr. L. Timmerman
Noot	M.A. Verbrugh
JCDI	JCDI:ADS261883:1
Vakgebied(en)	Juridische beroepen / Notaris Burgerlijk procesrecht / Algemeen Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Juridische beroepen / Advocaat
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2020:600, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 03-04-2020 ECLI:NL:PHR:2020:14, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 03-01-2020 Beroepschrift, Hoge Raad, 25-07-2019 Beroepschrift, Hoge Raad, 12-04-2019
Wetgeving	Art. 2:350 lid 4, art. 2:351 lid 1, art. 2:352 lid 1 BW

### Essentie

Ondernemingsrecht. Enquêterecht. Procesrecht; weigering vennootschap om onderzoekers inzage te geven in informatie uitgewisseld met advocaat of notaris; afgeleid verschoningsrecht vennootschap? Rol raadsheer-commissaris.

### Samenvatting

De raadsheer-commissaris kan op de voet van art. 2:350 lid 4 BW aanwijzingen geven over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd. Ten aanzien van de rechtspersoon waarop het onderzoek betrekking heeft, geeft art. 2:351 lid 1 BW de onderzoekers onder meer het recht tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers waarvan zij de kennisneming nodig achten voor een juiste vervulling van hun taak. De rechtspersoon en zijn (voormalige) bestuurders, commissarissen en werknemers zijn verplicht om mee te werken aan het onderzoek.

De grondslag van verschoningsrecht van advocaten en notarissen is een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij deze vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid

in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen is besproken om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden (vgl. HR 1 maart 1985, *NJ* 1986/173, m.nt. W.L. Haardt onder *NJ* 1986/176). Hoewel de onderzochte rechtspersoon zelf zich niet op een afgeleid verschoningsrecht kan beroepen, kan hij niettemin een gerechtvaardigd belang hebben om te weigeren mee te werken aan het onderzoek, voor zover door de onderzoekers inzage wordt verlangd in informatie die hij met zijn advocaat of notaris in diens hoedanigheid heeft uitgewisseld, en waarvan de raadpleging of verstrekking niet kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat, gelet op de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon enerzijds en zijn advocaat of notaris anderzijds, verborgen dient te blijven. De vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie kan voor de rechtspersoon dan ook een gegronde reden opleveren om in zoverre niet te voldoen aan zijn plicht om inzage te geven in alle stukken die de onderzoekers nodig achten voor het uitvoeren van het onderzoek.

Indien de rechtspersoon aan de onderzoekers weigert om inzage te geven in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon wegens de vertrouwelijkheid van de daarin vervatte, met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie, zonder dat de advocaat of notaris zich ten aanzien van deze informatie op zijn verschoningsrecht heeft beroepen, dient de raadsheer-commissaris, op verzoek of ambtshalve, in het kader van een eventueel te geven aanwijzing (art. 2:350 lid 4 BW) of bevel (art. 2:352 lid 1 BW), te beoordelen of de vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie voor de rechtspersoon een voldoende gewichtige reden oplevert om in zoverre niet te voldoen aan de plicht mee te werken aan het onderzoek. Ook notulen en schriftelijk vastgelegde bestuursbesluiten kunnen informatie bevatten die, gelet op de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon en zijn advocaat of notaris, verborgen dient te blijven.

## Partij(en)

1. F.J.G.M. Cremers,
2. F.D. Stibbe,
3. E.M. Jansen Schoonhoven,

verzoekers tot cassatie, hierna: de onderzoekers, adv.: mr. D.M. de Knijff en mr. M.S. van der Keur,

tegen

1. SRH N.V., voorheen SNS Reaal N.V., te Utrecht,
2. De Volksbank N.V., voorheen SNS Bank N.V., te Utrecht,

verweerders in cassatie, hierna gezamenlijk: SNS Reaal c.s., adv.: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk en mr. J.W.M.K. Meijer,

3. Vereniging van Effectenbezitters, te Den Haag,
4. [verweerder 4] t/m [verweerder 10],

verweerders in cassatie, verzoekers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, hierna gezamenlijk: VEB c.s., adv.: mr. R.P.J.L. Tjittes en mr. P.J. Tanja, voorheen mr. J.W. de Jong,

5. De Staat der Nederlanden, Ministerie van Financiën, te Den Haag,
6. Stichting Administratiekantoor Beheer Financiële Instellingen, te Den Haag,
7. Stichting Beheer SNS Reaal, te Utrecht,

8. Restitutie Onteigende Obligatiehouders SNS Stichting, te Amsterdam,
9. [verweerder 15] en [verweerder 16],  
belanghebbenden in cassatie, niet verschenen.

## Voorgaande uitspraak

Hof:

### 3. De gronden van de beslissing

#### Inleiding en standpunten van partijen

3.1

Als gevolg van de (in cassatie niet bestreden) beslissing van de Ondernemingskamer in de beschikking van 5 juli 2015 dat VEB c.s. niet ontvankelijk zijn in hun verzoek voor zover dat is gericht tegen Propertize, is thans nog aan de orde de toewijsbaarheid van de verzoeken van VEB c.s. en Stichting Beheer strekkende tot het gelasten van een enquête bij SNS Reaal en SNS Bank. Dienovereenkomstig is Propertize na de beschikking van de Hoge Raad niet meer in de procedure verschenen.

3.2

VEB c.s. hebben aan hun verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance. De door VEB c.s. aangevoerde redenen voor het gelasten van een enquête hebben betrekking op de navolgende onderwerpen.

- a. de acquisitie van Property Finance door SNS Reaal in 2006;
- b. misstanden bij Property Finance;
- c. het (volgens VEB c.s. tekortschietend) risicobeheer van SNS Reaal en SNS Bank ten aanzien van Property Finance;
- d. het (volgens VEB c.s. inadequate en zwalkende) beleid van SNS Reaal en SNS Bank ten aanzien van Property Finance;
- e. de (volgens VEB c.s. misleidende althans ontoereikende) mededelingen en informatieverschaffing door SNS Reaal aan het beleggend publiek over de problemen bij Property Finance;
- f. het (volgens VEB c.s. gebrekkige) inzicht dat de jaarrekeningen en jaarverslagen van SNS Reaal verschaften in de financiële en operationele toestand van SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance;
- g. de rol van het bestuur van SNS Reaal bij de beoogde onteigening van niet-achtergestelde schadevorderingen van de onteigende aandeelhouders van SNS Reaal;
- h. de intrekking door SNS Reaal en SNS Bank van het door hen ingestelde bezwaar tegen het SREP-besluit.

3.3

Stichting Beheer heeft aangevoerd dat een onderzoek moet worden bevolen naar het optreden van het bestuur van SNS Reaal in gesprekken vanaf december 2011 met het ministerie van Financiën en met DNB. Stichting Beheer wenst ook openheid van zaken te verkrijgen over de intrekking door SNS Reaal en SNS Bank van hun bezwaar tegen het SREP-besluit.

### 3.4

ROOS c.s. hebben aangevoerd dat, naast de door de VEB c.s. aangevoerde gronden, tevens het besluit van SNS Reaal c.s. tot aflossing van de Participatie Certificaten van Serie 1, 2 en 3, de gevolgen daarvan voor de solvabiliteit van SNS Reaal c.s. en de berichtgeving daarover en over de solvabiliteit van SNS Reaal aan het belegend publiek, gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen. Daarnaast hebben ROOS c.s. aangevoerd dat SNS Reaal misleidende berichtgeving heeft gepubliceerd over de solvabiliteit van SNS Reaal door de schuld van Reaal van € 700 miljoen aan SNS Bank niet te verdisconteren in de gepubliceerde solvabiliteitsratio van Reaal. Een te gelasten enquête zou daarom mede op deze onderwerpen betrekking moeten hebben, aldus ROOS c.s.

### 3.5

SNS Reaal c.s. hebben uitvoerig verweer gevoerd. Kort samengevat hebben zij het volgende aangevoerd. Het beleid van SNS Reaal ten aanzien van de overname en integratie van Property Finance was weloverwogen en zorgvuldig. Ten tijde van de overname was Property Finance een stabiele en winstgevende vastgoedfinancieringsbank. De overname paste binnen de strategie van SNS Reaal. Het overnameproces was zorgvuldig. SNS Reaal heeft na de overname Property Finance voortvarend geïntegreerd en telkens indien en waar nodig verbetermaatregelen laten doorvoeren. Na het uitbreken van de kredietcrisis heeft Property Finance haar bedrijfsactiviteiten niet kunnen voortzetten zoals voorheen. De kredietcrisis is uitgemond in een vastgoedcrisis zonder weerga. SNS Reaal heeft tijdig en adequaat op deze ontwikkelingen gereageerd onder meer door het afbouwen van de internationale portefeuille en nadien ook van de Nederlandse projectfinancieringen. Desondanks is de impact van de crisis op SNS Reaal zodanig geweest dat de minister van Financiën begin 2013 aanleiding zag tot onteigening op grond van de Interventiewet.

Er zijn volgens SNS Reaal c.s. geen gronden voor het gelasten van een enquête naar de rol van SNS Reaal c.s. bij de Onteigening of naar de intrekking van het bezwaar tegen het SREP-besluit. SNS Reaal c.s. hebben geen rol gespeeld bij het besluit van de minister van Financiën tot onteigening van niet-achtergestelde schadevorderingen van de onteigende aandeelhouders van SNS Reaal. SNS Reaal c.s. waren niet verplicht hun bezwaar tegen het SREP-besluit voort te zetten in het (vermeende) belang van voormalige aandeelhouders en aan de intrekking van dat bezwaar lag een zorgvuldige besluitvorming ten grondslag.

SNS Reaal c.s. hebben voorts betoogd dat er geen grond is voor een concernenquête en dat VEB c.s. (en Stichting Beheer) daarom niet ontvankelijk zijn in hun verzoek jegens SNS Bank.

Ook indien de Ondernemingskamer zou oordelen dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken dient een afweging van belangen te leiden tot afwijzing van het enquêteverzoek althans tot beperking van de reikwijdte van het onderzoek, aldus SNS Reaal c.s.

### 3.6

De Staat heeft het verweer van SNS Reaal c.s. onderschreven. Het enquêteverzoek dient te stranden op een afweging van belangen; VEB c.s. en Stichting Beheer hebben geen rechtens te respecteren belang bij een enquête terwijl een enquête schadelijk is voor SNS Reaal c.s. en haar stakeholders en een enquête op kosten van SNS Reaal c.s. niet verenigbaar is met de doelstelling van de Interventiewet, aldus de Staat.

### 3.7

NLFI heeft betoogd dat SNS Bank haar eigen bestuursbeleid bepaalde en er daarom niet (in de vorm van een concernenquête) een onderzoek kan worden gelast ten aanzien van SNS Bank. VEB c.s. hebben overigens niet tijdig bezwaren kenbaar gemaakt tegen het beleid van SNS Bank. Een afweging van enerzijds de belangen van verzoekers en anderzijds de belangen van SNS Reaal, SNS Bank, NLFI en de Staat, leidt tot afwijzing van de enquêteverzoeken, aldus NLFI.

## Zijn ROOS c.s. belanghebbenden?

### 3.8

In de beschikking van 8 juli 2015 heeft de Ondernemingskamer overwogen dat ROOS onbetwist heeft gesteld dat zij opkomt voor de belangen van voormalige houders van effecten van SNS Reaal en SNS Bank en “*restitutie aan onteigende obligatiehouders en achtergestelde crediteuren*” nastreeft en dat ROOS in het

vervolg van de procedure nader kan toelichten op welke gronden moet worden aangenomen dat zij als belanghebbende moet worden aangemerkt. ROOS c.s. hebben in hun verweerschrift van 20 april 2017 nader beargumenteerd dat zij belanghebbenden zijn.

3.9

Bij aanvullend verweerschrift van 24 mei 2017 hebben SNS Reaal c.s. betoogd dat ROOS c.s. niet als belanghebbenden kwalificeren omdat zij onvoldoende zouden hebben gesteld om in hun hoedanigheid van (vertegenwoordiger van) voormalige verschaffers van vreemd vermogen tot de enquêteprocedure te kunnen worden toegelaten.

3.10

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. ROOS behartigt volgens haar doelstelling (artikel 3 lid 1 van haar statuten) onder meer de belangen van voormalige houders van door SNS uitgegeven achtergestelde obligaties. [verweerder 15] en [verweerder 16] zijn voormalige obligatiehouders. Bij het onteigeningsbesluit van 1 februari 2013 zijn de in dat besluit genoemde typen obligaties - waaronder typen die door Houden en [verweerder 16] werden gehouden - onteigend. De enquêteverzoeken van VEB c.s. en Stichting Beheer hebben in overwegende mate betrekking op het beleid en de gang van zaken ten aanzien van omstandigheden en ontwikkelingen die er uiteindelijk toe hebben geleid dat SNS Reaal en SNS Bank zich bevonden in een situatie die, naar het oordeel van de minister van Financiën, ingrijpen op grond van de Interventiewet noodzakelijk maakte. ROOS c.s. zijn daarmee dermate nauw betrokken bij het onderwerp dat in de onderhavige procedure aan de orde wordt gesteld, dat daarin een toereikend belang van ROOS c.s. is gelegen om in de procedure te verschijnen, voor wat betreft ROOS voor zover zij opkomt voor de onteigende obligatiehouders en voor wat betreft [verweerder 15] en [verweerder 16] (belanghebbenden sub 5 en 6) omdat zij tot de Onteigening houders waren van door SNS Reaal en SNS Bank uitgegeven obligaties (vgl. HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, ARO 2003, 97, NJ 2003, 486 (*Scheipar*) en OK 16 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP9512, ARO 2011, 59 (*Fortis*)).

3.11

Anders dan SNS Reaal c.s. in hun aanvullend verweerschrift van 24 mei 2017 veronderstellen, hebben ROOS c.s. geen eigen, zelfstandig, enquêteverzoek gedaan - waartoe zij ook niet bevoegd zijn; ROOS c.s. hebben zich als belanghebbenden uitgelaten over de aard en omvang van een eventueel te gelasten onderzoek en de periode waarop dat betrekking moet hebben. Iedere belanghebbende is daartoe gerechtigd (HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210 (*ATR*)).

### **Concernenquête ten aanzien van SNS Reaal en SNS Bank?**

3.12

In de beschikking van 8 juli 2015 heeft de Ondernemingskamer overwogen dat zij het debat over de vraag of ten aanzien van SNS Bank is voldaan aan de vereisten voor het gelasten van een concernenquête niet voltooid acht. De beslissing daarover heeft de Ondernemingskamer daarom toen aangehouden.

3.13

De standpunten van partijen hierover kunnen als volgt worden samengevat.

- VEB c.s. hebben benadrukt dat SNS Bank een integraal onderdeel was van het SNS-concern en dat het voor het verkrijgen van een volledig beeld van het beleid en de gang van zaken binnen het concern van belang is dat ook SNS Bank voorwerp van onderzoek is. VEB c.s. hebben gewezen op de gehele respectievelijk gedeeltelijke personele unie tussen de raden van commissarissen van SNS Reaal en SNS Bank, respectievelijk de raad van bestuur van SNS Reaal en het bestuur van SNS Bank en op de mate waarin SNS Reaal, in ieder geval vanaf 2009, de strategie en het beleid van Property Finance mede bepaalde.
- SNS Reaal c.s. hebben aangevoerd dat SNS Bank als business unit gericht was op het bankbedrijf en een zelfstandig bestuursbeleid voerde, op commercieel, operationeel en financieel gebied. SNS Reaal c.s. hebben er voorts op gewezen dat voor de bankactiviteiten en de verzekeringsactiviteiten van het concern verschillende toezichtrechtelijke kaders golden en dat SNS Bank een eigen bankvergunning had.



- NLFI heeft zich op het standpunt gesteld dat niet is voldaan aan het vereiste voor een concernenquête dat SNS Reaal en SNS Bank een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden. Het bestuursbeleid van SNS Bank werd in overwegende althans in zeer aanzienlijke mate zelfstandig bepaald, zoals de toezichthouder ook eiste. VEB heeft in haar bezwarenbrief van 21 februari 2013 volgens NLFI ten onrechte geen onderscheid gemaakt tussen SNS Reaal en SNS Bank en geen afzonderlijke bezwaren geformuleerd tegen het door SNS Bank gevoerde beleid.

### 3.14

De Ondernemingskamer deelt niet de opvatting van SNS Reaal c.s. dat een concernenquête slechts mogelijk is indien SNS Bank in geen enkel opzicht een zelfstandig bestuursbeleid zou hebben gevoerd. De Ondernemingskamer begrijpt de door de Hoge Raad in de zaak *Landis* (4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899, NJ 2005, 127) geformuleerde maatstaf aldus dat het aankomt op de vraag of - toegesneden op het onderhavige geval - het beleid en de gang van zaken van SNS Bank de belangen van de aandeelhouders van SNS Reaal evenzeer en op gelijke wijze raken als de gang van zaken van SNS Reaal zelf en dat dat ook het geval kan zijn indien SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van een eigen beleid.

### 3.15

De feiten en omstandigheden die de Ondernemingskamer in het bijzonder van belang acht bij de beantwoording van de vraag of een te gelasten enquête zich ook kan uitstrekken tot SNS Bank, zijn de volgende:

- SNS Reaal hield in de relevante periode alle aandelen in SNS Bank en SNS Bank hield toen alle aandelen in Property Finance;
- de gewone aandelen in SNS Reaal waren beursgenoteerd;
- SNS Reaal heeft in haar jaarverslagen, aandeelhoudersvergaderingen, persberichten, *trading updates*, *investor days* en andere externe communicatie steeds informatie verschaft en verantwoording afgelegd over het - gevoerde en te voeren - beleid van SNS Bank (inclusief Property Finance) als onderdeel van haar concern;
- er bestond tussen de raden van commissarissen van SNS Reaal en SNS Bank een volledige personele unie;
- gemiddeld de helft van de bestuurders van SNS Reaal had in de periode van 2006 tot de Onteigening zitting in het bestuur van SNS Bank;
- bestuurders van SNS Reaal en SNS Bank waren vertegenwoordigd in het centrale risicocomité van Property Finance en in de kredietcommissie;
- SNS Reaal heeft op 4 december 2006 ten aanzien van SNS Bank een verklaring als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 sub f BW afgegeven;
- als gevolg van de binnen het concern gehanteerde financiering van het eigen vermogen van SNS Bank en Reaal door vreemd vermogen aangetrokken door SNS Reaal - de zogenaamde *double leverage* - en door de *funding* van Property Finance door SNS Bank bestond er ook financieel een sterke verbondenheid en afhankelijkheid tussen SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance.

### 3.16

In het licht van deze feiten en omstandigheden oordeelt de Ondernemingskamer als volgt. Ook indien aangenomen moet worden dat SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van zelfstandig beleid, staat dit in het licht van de hierboven genoemde omstandigheden niet in de weg aan het gelasten van een enquête ook met betrekking tot SNS Bank. Het verzoek van VEB c.s. tot het gelasten van een enquête heeft in belangrijke mate betrekking op het beleid van SNS Reaal en SNS Bank ten aanzien van Property Finance, terwijl Property Finance het onderdeel is van het SNS-concern waar zich zodanige

problemen voordeden dat de minister van Financiën zich uiteindelijk genoodzaakt achtte tot de Onteigening. De Ondernemingskamer acht de problemen van Property Finance, de als gevolg daarvan noodzakelijke afwaarderingen van haar portefeuille en de uiteindelijke interventie door de Staat in de vorm van de Onteigening (zie ook het persbericht van SNS Reaal van 28 januari 2013 (zie 2.82)) voorts van dien aard dat zij SNS Bank en SNS Reaal - en daarmee ook de aandeelhouders van SNS Reaal - gelijkelijk aangaan.

### 3.17

Het ligt in de genoemde omstandigheden ook voor de hand - en het tegendeel is gesteld noch gebleken - dat het voor de aandeelhouders van SNS Reaal niet kenbaar was in welke mate het gevoerde beleid met betrekking tot Property Finance werd bepaald door het bestuur van SNS Reaal en in welke mate door het bestuur van SNS Bank. Dit onderscheid wordt door SNS Reaal en SNS Bank in hun verweer ook niet gemaakt en lijkt ook indertijd niet daadwerkelijk te hebben bestaan. Zo heeft SNS Reaal op 24 september 2009 het vertrek van [betrokkene 1] als directievoorzitter van Property Finance aangekondigd, stelt SNS Reaal in 2009 te hebben besloten tot bevrozing en afbouw van de portefeuille van Property Finance, houdt het persbericht van 9 november 2010 (zie 2.61) in dat SNS Reaal heeft besloten Property Finance te herpositioneren, houdt het jaarverslag van SNS Reaal over 2011 in dat SNS Reaal twee strategische keuzes heeft gemaakt met betrekking tot Property Finance (zie 2.65), stelt SNS Reaal dat zij eind 2012 heeft besloten tot een wijziging van de strategie van SNS Bank en van Property Finance en heeft SNS Reaal uiteindelijk, toen de problemen van Property Finance een bedreiging vormden voor de continuïteit van het concern als geheel, naar eigen zeggen verschillende potentiële oplossingen ontwikkeld en besproken met DNB en het ministerie van Financiën.

### 3.18

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer zou het, in het licht van dit alles, gekunsteld zijn een zodanig onderscheid te maken tussen het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal en het beleid en de gang van zaken van SNS Bank ten aanzien van Property Finance, dat het beleid van SNS Reaal wel onderzocht zou kunnen worden en dat van SNS Bank niet. Aan de doeleinden van het enquêterecht - hier in het bijzonder het verkrijgen van openheid van zaken - zou zonder goede reden ernstig afbreuk worden gedaan indien in het onderhavige geval VEB c.s. en Stichting Beheer slechts bevoegd zouden zijn een enquête te verzoeken naar SNS Reaal en niet tevens naar SNS Bank.

### 3.19

Tegenover dit alles is de omstandigheid dat SNS Bank en Property Finance onderhevig waren aan een ander toezichtrechtelijk regime dan SNS Reaal en beschikten over een eigen bankvergunning, niet van voldoende gewicht om een concernenquête naar SNS Reaal en SNS Bank ontoelaatbaar te achten. De omstandigheid dat VEB in haar bezwarenbrief van 21 februari 2013 geen onderscheid heeft gemaakt tussen SNS Reaal en SNS Bank staat, in die hierboven genoemde omstandigheden - evenmin in de weg aan het gelasten van een concernenquête.

### 3.20

Opmerking verdient nog dat uit het navolgende zal blijken dat de Ondernemingskamer een onderzoek aangewezen acht en dat in het te gelasten onderzoek kan worden betrokken in welke mate SNS Bank zelfstandig beleid heeft gevoerd en welke invloed die zelfstandige positie van SNS Bank heeft gehad op de mate waarin SNS Reaal invloed uitoefende of kon uitoefenen op het beleid met betrekking tot Property Finance.

## **Gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twifelen?**

### 3.21

De Ondernemingskamer zal hieronder met betrekking tot de door VEB c.s. en Stichting Beheer genoemde onderwerpen (zie 3.2 en 3.3) bespreken in hoeverre zich ten aanzien daarvan gegronde redenen voordoen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twifelen. Daarnaast zal de Ondernemingskamer beoordelen of de door ROOS c.s. in aanvulling daarop aangedragen onderwerpen (zie 3.4) in de te gelasten enquête betrokken kunnen worden. Ten slotte komt het standpunt van [verweerder 17] aan de orde.

## **De acquisitie van Property Finance door SNS Reaal in 2006**

### 3.22

Het standpunt van VEB c.s. dat de gang van zaken met betrekking tot de acquisitie van Property Finance aanleiding geeft tot het gelasten van een enquête berust samengevat op volgende stellingen.

- De overname paste niet binnen de strategie van SNS Reaal die ten tijde van de beursgang bekendgemaakt was en inhield dat SNS Reaal zich richtte op de Nederlandse markt en op handhaving van een gematigd risicoprofiel.
- De acquisitie is overhaast en op basis van een te beperkt onderzoek gedaan. Met de overname nam SNS Reaal significante risico's. Naast de integriteitsrisico's verbonden aan een aantal grote klanten waren er in de *due diligence* onderzoeken risico's naar voren gekomen verbonden aan de slechte kwaliteit van de *vendor due diligence*, problemen bij het risicomangement en incomplete leningdocumentatie. Bovendien zette SNS Reaal de acquisitie door ondanks dat niet was voldaan aan de door de raad van commissarissen gestelde voorwaarde dat de overname geen negatief gevolg zou mogen hebben voor de *credit rating* van SNS Reaal.
- Property Finance wilde groeien, vooral door het verstrekken van meer projectfinancieringen en vooral in het buitenland, dat wil zeggen het meest risicovolle deel van haar onderneming.
- De verhouding tussen het bestuur en de raad van commissarissen van SNS Reaal bij de besluitvorming over de acquisitie roept vragen op, a) omdat de raad van commissarissen geen kennis heeft genomen van het volledige *due diligence* rapport van KPMG, maar slechts van een samenvatting waarin niet alle belangrijke bevindingen vermeld waren, b) omdat de raad van commissarissen de door haar gestelde voorwaarde dat de transactie niet zou leiden tot een verlaging van de *credit rating* niet heeft gehandhaafd toen bleek dat Moody's de *rating* verlaagde en c) omdat geen gehoor gegeven is aan de wens van de raad van commissarissen om onafhankelijke vastgoeddeskundigen te betrekken bij de besluitvorming over de overname.
- Het bestuur en raad van commissarissen van SNS Reaal hebben de bevindingen van de *due diligence* rapporten en de daaruit kenbare risico's onvoldoende onder ogen gezien toen zij in oktober 2006 besloten tot de overname, respectievelijk die overname goedkeurden.

### 3.23

Het verweer van SNS Reaal c.s. berust op het volgende. SNS Reaal heeft Property Finance overgenomen na een gedegen en uitgebreid onderzoek en zorgvuldige besluitvorming. De overname paste binnen de bij de beursgang gecommuniceerde strategie en SNS Reaal heeft adequate waarborgen bedongen voor de risico's die ten tijde van de overname bekend waren. Het prospectus bevatte geen beperkingen ten aanzien van het acquisitiebeleid. SNS Reaal heeft reeds in haar indicatieve bod van 6 juli 2006 als een van de voorwaarden genoemd dat de transactie geen effect zou hebben op de *credit rating* van SNS Bank en SNS Reaal en die voorwaarde heeft SNS Reaal gehandhaafd. Moody's heeft de verwachting uitgesproken dat de overname aanleiding kon geven de *positive outlook* te veranderen naar een *stable outlook*, maar dat is geen *downgrade* van de *credit rating*, zoals de raad van bestuur en de raad van commissarissen hebben onderkend. Voorafgaand aan de overname hebben uitgebreide *due diligence* onderzoeken plaatsgevonden en SNS Reaal heeft de bevindingen in haar besluitvorming betrokken, onder meer door het bedingen van een *carve out* van leningen verstrekt aan klanten met een hoog reputatierisico.

### 3.24

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt.

### 3.25

De Ondernemingskamer constateert een discrepantie tussen enerzijds de voorafgaand aan de acquisitie bestaande activiteiten van SNS Reaal en haar acquisitiebeleid en strategie zoals verwoord in het prospectus van 5 mei 2006 bij gelegenheid van de beursgang en anderzijds de acquisitie van Property Finance. Die discrepantie blijkt onder meer uit het volgende.

- SNS Reaal was ten tijde van de beursgang, in lijn met haar geschiedenis, een financiële instelling gericht op de Nederlandse particuliere markt. In de woorden van het prospectus van de beursgang



(pagina 3): “ SNS REAAL is focussed by geography (the Netherlands), by customer type (primarily retail-plus customers), and by product (three core product groups) (...): Mortgages, Life and non-life insurance and Savings and investments”.

- In het licht van de hierboven en onder 2.8 aangehaalde passages uit het prospectus was Property Finance geen voor de hand liggende overnamekandidaat; SNS Reaal had zelf geen specifieke ervaring op het gebied van (internationale) onroerend goed projectfinancieringen en Property Finance kan bezwaarlijk worden gekwalificeerd als onderdeel van “ *the Dutch-focused retail financial services market* ”.
- Het rapport van de Commissie ENS houdt onder meer in:  
“In het jaarverslag over 2006 valt te lezen dat SNS Reaal haar strategische prioriteiten bepaalde aan de hand van haar sterke en van haar zwakke punten. Tot de sterke punten behoorden de focus op Nederland, de operationele doelmatigheid, innovatie, distributie en een gematigd risicoprofiel.” (pagina 19)  
“SNS Reaal had zelf al een commercieel vastgoedbedrijf. Hierdoor had SNS Reaal wel ervaring met beleggingsfinancieringen, maar met het risicovollere financieren van projecten was dat amper het geval. SNS Reaal had nauwelijks internationale activiteiten; het bedrijf was in vrijwel al zijn activiteiten op de Nederlandse markt gericht. Dat gold ook voor de bestaande eigen vastgoedfinancieringstak. Projectfinancieringen van Property Finance betroffen voor een belangrijk deel projecten in het buitenland waarbij vaak wel een Nederlandse klant betrokken was.” (pagina 20)
- De due diligence rapporten van KPMG van 1 en 28 augustus 2016 (zie 2.14 en 2.15) hielden onder meer in dat de combinatie van SNS Reaal en Property Finance niet noodzakelijk zou passen in de door SNS Reaal gecommuniceerde strategie; Property Finance zag haar eigen groeikansen vooral in het buitenland liggen en SNS Reaal ontplooid tot dan toe amper internationale activiteiten en dit vormde een risico, aldus KPMG (zie ook het rapport van Commissie ENS, pagina 28).
- Analisten en de pers reageerden onaangenaam verrast op de acquisitie van Property Finance, zoals onder meer blijkt uit het rapport van Commissie ENS (pagina 23) en het rapport *Lessons Learned* van 19 augustus 2010 (zie 2.60).
- In het rapport *Lessons Learned*, heeft SNS Reaal achteraf ook zelf geconstateerd dat de acquisitie strategisch niet voor de hand lag.

### 3.26

Daarnaast deed zich een aantal feiten en omstandigheden voor op grond waarvan SNS Reaal zich bewust had moeten, althans had kunnen zijn van risico's verbonden aan de overname van Property Finance. De Ondernemingskamer acht daartoe in het bijzonder het volgende relevant.

- De overname leidde tot een concentratierisico; na de overname zouden de activa van Property Finance ongeveer 17% van de balans van SNS Reaal uitmaken, naast de reeds bestaande hypotheekportefeuille van SNS Reaal; ten tijde van de overname beliep de portefeuille van Property Finance circa € 9 miljard, terwijl de voorheen bestaande commerciële vastgoed portefeuille van SNS Bank ruim € 2 miljard bedroeg (zie ook het rapport van Commissie ENS pagina 22 en de uitlatingen van de directeur toezicht van DNB tijdens de hoorzitting door de Tweede Kamer op 8 maart 2013 (zie 2.87).
- Het concentratierisico is tijdens het *due diligence* onderzoek onderbelicht gebleven, zoals SNS Reaal zelf concludeerde in het rapport *Lessons Learned* van 19 augustus 2010 (zie 2.60). Anderzijds is de omstandigheid dat aan de financiering van projectontwikkeling aanzienlijke risico's verbonden zijn een algemeen gezichtspunt in bancaire kringen, zo blijkt uit het interne memo van 28 april 2008 (zie 2.34).
- De *vendor due diligence*, uitgevoerd door Deloitte had slechts betrekking op 88 van de 3340 leningen uit de portefeuille van Property Finance (zie 2.14).

- KPMG wees er in haar presentatie van 27 juli 2006 (zie 2.11) op dat winstgevende groei van de activiteiten van Property Finance vooral in het buitenland zou zijn te realiseren; het 'ondernemende' management van Property Finance, dat aan de onderneming verbonden bleef, was ook gericht op het realiseren van die groei.
- KPMG wees er in haar rapport van 1 augustus 2006 op dat de informatievoorziening door de verkopende partij gebrekkig is: "*The virtual dataroom process was not well managed by the vendor. Certain key information was made available at a very late stage, information was not easily accessible and responses to questions were either provided late or not at all.*" (zie 2.14)
- KPMG wees er in haar due diligence rapport van 28 augustus 2006 (zie 2.15) onder meer op dat de dossiers met betrekking tot de leningen niet steeds compleet en up-to-date zijn.
- Houthoff Buruma wees in haar due diligence rapport van 29 september 2006 (zie 2.16) onder meer op het volgende:
  - Property Finance heeft per 1 mei 2006 het *compliance programme* vernieuwd onder meer in reactie op klachten van DNB over de compliance (o.a. met betrekking tot Know Your Customer (KYC)) (10.1.1);
  - Een aantal vereisten op het gebied van toezicht en compliance is niet op orde (10.1.4);
  - Het management heeft te kennen gegeven dat verbetering van de naleving van de toezichtsvereisten geen prioriteit zijn (10.1.4 en 10.1.5);
  - Het management ondervindt veel problemen bij het uitvoeren en voltooien van compliance projecten (10.1.6);
  - In de Management Letters van Ernst & Young met betrekking tot 2004 en 2005 wordt gewezen op een aantal risico's in de bedrijfsvoering met betrekking tot onder meer risk management, toezicht en compliance (KYC), One Obligor Exposure en Risk Based Pricing (10.1.8 en 10.1.9).
- Het was voorafgaand aan de overname bekend dat Property Finance kredieten had verstrekt aan debiteuren met een "*verhoogd reputatierisico*". Met betrekking tot de *carve out* van bepaalde debiteuren van Property Finance vermeldt het rapport van de commissie ENS (zie 1.2) onder meer het volgende:
 

"Van de lijst van negentien klanten 'met een verhoogd reputatierisico' zijn er twaalf achtergebleven (carved out) bij ABN Amro, waaronder - zoals uit openbare bronnen is op te maken - [verweerder 18] en [verweerder 19]. Deze twaalf waren goed voor een leningenportefeuille van 48,8 miljoen euro. SNS Reaal kreeg te maken met zeven klanten met een dubieuze achtergrond die voor 160 miljoen euro aan leningen bij Property Finance hadden uitstaan." (pagina 214)

### 3.27

De hierboven onder 3.25 en 3.26 genoemde omstandigheden rechtvaardigen naar het oordeel van de Ondernemingskamer echter niet de conclusie dat de beslissing tot overname van Property Finance op zich zelf een gegronde reden is om aan een juist beleid te twijfelen. Dat achteraf, met kennis van de ontwikkelingen sinds 2006, kan worden vastgesteld dat de overname van Property Finance ongelukkig is geweest, betekent niet dat die beslissing indertijd onverantwoord was. De overname impliceerde een wijziging, althans aanpassing van de strategie van SNS Reaal doordat vastgoedfinanciering voor het concern een nieuwe activiteit was, maar niet in zodanige mate dat SNS Reaal om die reden van de overname had behoren af te zien. SNS Reaal heeft *due diligence* onderzoek laten doen op een wijze die aan de (destijds) gebruikelijke maatstaven voldeed. Een aantal bevindingen daaruit hebben geleid tot verlaging van de koopprijs. Daarnaast heeft SNS Reaal onder meer een garantie bedongen met betrekking tot de (compleetheid van de) leningdocumentatie, is gewaarborgd dat sleutelfunctionarissen van Property Finance zouden aanblijven en is een aantal klanten met een hoog reputatierisico bij ABN AMRO achtergebleven (de zogenaamde *carve out*).

Niet gebleken is dat er ten tijde van de overname risico's verbonden waren aan Property Finance die SNS Reaal kende of had behoren te kennen en op grond waarvan SNS Reaal had moeten afzien van de overname.

3.28

Evenmin kan worden gezegd dat voorbij is gegaan aan de voorwaarde dat de overname niet zou mogen leiden tot een negatief effect op de *credit rating* van SNS Reaal c.s. Het persbericht van 31 juli 2006 van Moody's houdt in dat zij naar aanleiding van de aangekondigde overname van Property Finance de *credit ratings* van SNS Bank en SNS Reaal ongewijzigd heeft gelaten en de *outlook* heeft gewijzigd van *positive* in *stable*. Volgens Moody's zelf betekent *stable outlook* een geringe aannemelijkheid van een wijziging van de credit rating op middellange termijn. In het licht daarvan kon SNS Reaal oordelen dat de door haarzelf op dit punt gestelde voorwaarde niet aan de acquisitie in de weg stond.

3.29

Met betrekking tot de overname van Property Finance deden zich wel omstandigheden voor die noopten tot inachtneming van grote zorgvuldigheid bij de integratie, de risicobeheersing en het toezicht en bij de groeistrategie na de overname. Die omstandigheden zijn in het bijzonder dat de activiteiten van Property Finance niet aansloten bij de bestaande activiteiten van SNS Reaal c.s., dat met de overname een concentratierisico ontstond (zie de verklaring van Sijbrand aangehaald onder 2.87), dat Property Finance gericht was op groei, vooral in het buitenland (terwijl SNS Reaal zich van oudsher richtte op de Nederlandse markt), dat uit de due diligence onderzoeken was gebleken dat ten aanzien van risicobeheer en compliance serieuze tekortkomingen bestonden en dat in de commerciële cultuur van Property Finance die onderwerpen geen prioriteit hadden.

3.30

De feitelijke gang van zaken bij de acquisitie - waartoe ook behoort het korte tijdsbestek (van begin juli tot begin oktober 2006) waarbinnen tot overname is besloten - roept de vraag op of SNS Reaal c.s. zich voldoende rekenschap hebben gegeven van de geïdentificeerde risico's. Zo contrasteert de vaststelling van de raad van bestuur op 2 oktober 2006 (zie 2.17) dat het due diligence proces naar tevredenheid is afgesloten, met de inhoud van het due diligencerapport van Houthoff Buruma van 29 september 2006 waarin juist gewezen is op gebreken in het risicobeheer en de *compliance*. Ook is, op basis van de notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 8 oktober 2006 (zie 2.18) niet duidelijk in welke mate de raad van commissarissen zich een beeld heeft gevormd van de risico's verbonden aan de acquisitie van Property Finance voordat met die overname werd ingestemd. Nu zich, zoals hierna zal blijken ook andere redenen voordoen om een onderzoek te gelasten, zal de hier opgeworpen vraag in dat onderzoek betrokken kunnen worden.

### **Het beleid ten aanzien van Property Finance na de acquisitie**

3.31

De Ondernemingskamer zal hierna de in 3.2 sub b (misstanden bij Property Finance), sub c, (het risicobeheer van SNS Reaal c.s. ten aanzien van Property Finance) en sub d (het beleid van SNS Reaal c.s. ten aanzien van Property Finance) genoemde gronden van het enquêteverzoek gezamenlijk bespreken.

3.32

Met betrekking tot deze onderwerpen hebben VEB c.s. kort gezegd het volgende aangevoerd. Na de overname van Property Finance bleven in de organisatie van Property Finance ernstige misstanden bestaan. Het risicobeheer van SNS Reaal c.s. ten aanzien van Property Finance schoot ernstig tekort en SNS Reaal c.s. voerden een inadequaat en zwalkend beleid ten aanzien van Property Finance. VEB c.s. hebben dit onder meer als volgt toegelicht.

- Property Finance afficheerde zich als een vastgoedfinancier met een hoge *risk appetite* en in de markt was bekend dat zij gemakkelijk grote kredieten verstrekke. Property Finance was gericht op groei van het aantal verstrekte leningen en het volume daarvan en negeerde daarbij onder meer de gebruikelijke regels met betrekking tot *One Obligor Exposure*. In 2006, 2007 en 2008 verstrekke Property Finance voor miljarden nieuwe leningen zonder adequate risicobeheersing bij de kredietverstrekking en zonder zorgvuldige documentatie en administratie. Property Finance verstrekke veelvuldig kredieten voor projecten die niet voldeden aan de eigen fiatteringsnormen.

- De gebreken in de administratie en risicobeheersing van Property Finance, zoals deze gebleken waren uit de *due diligence* onderzoeken voorafgaand aan de overname, werden niet aangepakt, zoals onder meer blijkt uit de bevindingen van de afdeling Concern Audit van SNS Reaal in 2007 en latere interne rapporten.
- De hoge *risk appetite* en de gebrekkige administratie en risicobeheersing hebben misbruik en fraude door klanten en personeel van Property Finance in de hand gewerkt.
- Bestuurders en commissarissen van SNS Reaal en SNS Bank hadden onvoldoende kennis van en ervaring met vastgoedfinanciering. Dat gold ook voor [betrokkene 1], die kort na de overname aantrad als voorzitter van het bestuur van Property Finance. Bestuurders van SNS Reaal en SNS Bank die zitting hadden in het centrale risicocomité van Property Finance waren mede daarom niet bij machte adequate controle uit te oefenen. SNS Reaal en SNS Bank waren onvoldoende ontvankelijk voor signalen over de risico's bij Property Finance en hebben de groei van Property Finance actief gestimuleerd. De raad van commissarissen heeft onvoldoende toezicht gehouden op het beleid van het bestuur van SNS Reaal met betrekking tot Property Finance.
- SNS Reaal heeft nagelaten de aan Property Finance verbonden risico's te compartimenteren; als gevolg van de verwevenheid tussen SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance door 403-verklaringen, hebben de problemen bij Property Finance uiteindelijk geleid tot nationalisatie van het gehele concern.
- Pas halverwege 2009 heeft SNS Reaal besloten actief risicobeleid te voeren ten aanzien van Property Finance. Dat beleid was echter niet adequaat, bij gebreke van voldoende onderzoek naar de omvang van de problemen, met als gevolg dat SNS Reaal c.s. telkens weer werden verrast door de steeds grotere problemen bij Property Finance. Het halverwege 2009 genomen besluit tot afbouwen van de internationale portefeuille van Property Finance, miskent dat de tekortkomingen bij Property Finance niet beperkt waren tot buitenlandse projectfinancieringen.
- In november 2010 is alsnog besloten tot afbouwen van een deel (' *non core*' ) van de Nederlandse portefeuille, terwijl ook het andere deel van de portefeuille (' *core*') niet gezond bleek. In 2011 is het *core* gedeelte alsnog afgebouwd met een bedrag van € 1,7 miljard en in oktober 2012 besloot SNS Reaal het *core* gedeelte weer uit SNS Zakelijk te nemen en samen te voegen met het *non core* gedeelte, teneinde de gehele portefeuille af te bouwen.
- Het feit dat SNS Reaal eind 2012 aanvullende verliezen verwachtte van € 1,4 tot € 2,1 miljard duidt erop dat SNS Reaal c.s. eerder onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de portefeuille en dat het vanaf medio 2009 gevoerde beleid niet effectief was.

### 3.33

Over het beleid ten aanzien van Property Finance na de overname hebben SNS Reaal c.s. kort gezegd volgende aangevoerd:

- De risicobeheersings- en kredietfiatteringsstructuur bevatte voldoende waarborgen voor zorgvuldig toezicht vanuit SNS Reaal.
- Onderzoeken van de afdeling Concern Audit en van DNB wezen uit dat de integratie van Property Finance succesvol was verlopen.
- SNS Reaal heeft erop toegezien dat de bevindingen van de afdeling Concern Audit steeds voortvarend werden opgevolgd.
- De groei van Property Finance na de overname was in lijn met de periode voordien en was vergelijkbaar met andere grote vastgoedfinanciers.
- Property Finance heeft haar beleid in de Verenigde Staten en later in Spanje bijgesteld naar aanleiding van de ontwikkelingen op de huizenmarkten in de tweede helft van 2007 en in 2008 heeft SNS Reaal

erop toegezien dat het kredietverleningsproces van Property Finance werd aangescherpt.

- De groeidoelstelling voor 2009 is drastisch neerwaarts bijgesteld en uiteindelijk is de portefeuille in 2009 gekrompen. Begin 2009 heeft SNS Reaal de instructie gegeven dat de totaal uitstaande kredietlimieten niet verder mochten groeien en medio 2009 is besloten dat Property Finance zich volledig zal terugtrekken uit de internationale vastgoedmarkten. In het najaar van 2010 is besloten om ook de portefeuille Nederlandse projectfinancieringen af te bouwen. Daartoe is per 1 januari 2011 een splitsing aangebracht tussen de *non core* portefeuille (internationaal en Nederlandse projectfinancieringen) en de *core* portefeuille (Nederlandse beleggingsfinancieringen). In 2012 heeft SNS Reaal besloten ook de *core* portefeuille af te bouwen.
- De omvorming van Property Finance vanaf 2009 tot een *restructuring* bedrijf is voortvarend ter hand genomen en berustte op voldoende inzicht in de problemen bij Property Finance. De afbouw was succesvol; de portefeuille (gemeten in kredietlimieten) is in de periode 2008-2012 gehalveerd, van € 16 miljard tot € 7,9 miljard.
- SNS Reaal heeft steeds adequate voorzieningen getroffen in het licht van de dalende waarde van de portefeuille en dat tijdig en juist bekendgemaakt.

## Inleiding

### 3.34

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt en stelt daarbij het volgende voorop. Gelet op (a) de hierboven onder 3.15 beschreven verwevenheid tussen SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance, (b) de aanzienlijke omvang van Property Finance in relatie tot het gehele SNS-concern en (c) het belang dat SNS Reaal c.s. hechtten aan de groei van de activiteiten van Property Finance, heeft te gelden dat de hierna te bespreken redenen om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken SNS Reaal c.s. rechtstreeks aangingen, ook voor zover die redenen betrekking hebben op het beleid van Property Finance zelf.

### 3.35

Ten tijde van de overname deed zich een aantal feiten en omstandigheden voor die SNS Reaal c.s. noopten tot inachtneming van bijzondere zorgvuldigheid bij de integratie en verdere ontwikkeling van Property Finance. Kort gezegd zijn die omstandigheden de volgende (zie ook hiervoor onder 3.29):

- vastgoedfinanciering, in het bijzonder financiering van projectontwikkeling buiten Nederland, vergt specifieke kennis en ervaring waarover SNS Reaal voorafgaand aan de acquisitie niet of nauwelijks beschikte;
- binnen het (aangebleven) management van Property Finance lag de nadruk op commercie en groei, terwijl in de *due diligence* onderzoeken gebreken in de administratie en risicobeheersing aan het licht waren gekomen alsmede een gebrek aan prioriteit van het management om daarin verbetering aan te brengen;
- met de overname van Property Finance ontstond een concentratierisico gelet op de omvang van de portefeuille aan vastgoedfinancieringen gerelateerd aan de totale balans van SNS Reaal c.s., welk risico mede bepaald wordt door de conjunctuurgevoeligheid van de portefeuille van Property Finance.

## Beleid gericht op groei

### 3.36

Property Finance had in de jaren voorafgaand aan de overname door SNS Reaal een aanzienlijke groei doorgemaakt en SNS Reaal en Property Finance beoogden die groei na de overname voort te zetten. In de vergadering van de raad van commissarissen van SNS Reaal van 15 november 2006 is aan de orde gekomen dat een belangrijk deel van de groei van Property Finance uit het buitenland zal komen (hetgeen ook in de *due diligence* onderzoeken van KPMG en Houthoff Buruma was benadrukt). Property Finance noemde in haar presentatie aan haar raad van commissarissen van 15 december 2006 als '*commitments*' (a) het versterken van de leidende positie op de Nederlandse markt, (b) het zijn van een gerespecteerde onroerendgoedfinancier



in de *core markets* Frankrijk, België, Spanje, Duitsland en Scandinavië, (c) uitbreiding van de aanwezigheid in Noord-Amerika en (d) verkenning van andere Europese markten. Het jaarverslag van SNS Reaal over 2006 vermeldt als vooruitzichten voor 2007 met betrekking tot vastgoedfinanciering dat hoge transactievolumes op de beleggingsmarkten zullen aanhouden en dat het aandeel internationale transacties stijgende is en voorts dat veel marktpartijen interesse tonen in financieringen met een relatief hoog risicogehalte zowel ten aanzien van belegging- als projectfinancieringen. Daarnaast vermeldt dit jaarverslag dat Property Finance nieuwe stappen zal zetten in de uitbreiding van haar aanwezigheid in de belangrijkste Europese regio's en dat participaties daarin een belangrijke rol spelen. De raad van commissarissen van Property Finance heeft in zijn vergadering van 2 april 2007 ingestemd met de vestiging van een bijkantoor van Property Finance in Washington D.C., Verenigde Staten. SNS Reaal heeft haar aandeelhouders op de aandeelhoudersvergadering van 9 mei 2007 voorgehouden dat Property Finance zeker een groeimarkt vertegenwoordigt, zowel in het binnenland als in het buitenland.

### 3.37

Die groeistrategie had ook resultaat; in het jaar van de overname (2006) verstrekte Property Finance € 3,8 miljard aan nieuwe kredieten, in 2007 steeg de omvang van de uitstaande bruto vorderingen van Property Finance van € 8,8 miljard tot € 11,6 miljard (inclusief overheveling van de portefeuille van SNS Bank ten bedrage van € 1,1 miljard) bij een leningproductie van € 5,6 miljard en aflossingen ten bedrage van € 3 miljard. In 2008 verstrekte Property Finance voor € 4,7 miljard aan nieuwe kredieten en steeg de omvang van de portefeuille tot € 13,6 miljard, welke groei vooral in het eerste halfjaar werd gerealiseerd. In het rapport *Lessons Learned* (zie 2.60) staat dat na de snelle groei in de tweede helft van 2006, de portefeuille in 2007 zeer snel groeide, voornamelijk in het buitenland. In de jaren 2006 tot en met 2008 overtrof de leningproductie van Property Finance de ten tijde van de overname geprognostiseerde leningproductie voor deze jaren (10% groei per jaar, zie 2.18).

### 3.38

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer moet ernstig betwijfeld worden of de door Property Finance in de periode vanaf de overname door SNS Reaal c.s. tot en met 2008 nagestreefde en gerealiseerde groei, gepaard is gegaan met een voldoende zorgvuldige beoordeling van de kredietaanvragen. In de rapportage van de afdeling Concern Audit van SNS Reaal van 2 juli 2007 over nieuwe kredietverlening door de Business Unit Nederland (zie 2.24) wordt onder meer gewezen op (a) het risico dat de contractmanagers/juristen zich teveel laten leiden door commerciële overwegingen (b) fiattering van financieringen die niet voldoen aan de interne normen op een lager niveau dan op grond van de *risk governance* van Property Finance was vereist (zie 2.20), zonder dat het *Risk Committee* daarin inzicht had, (c) het ontbreken van betrokkenheid van de afdeling *Risk Management* bij financieringen van minder dan € 1 miljoen en (d) het ontbreken van informatie en documenten in kredietdossiers. In het rapport van de afdeling Concern Audit van SNS Reaal van september 2007 over de internationale activiteiten van Property Finance (zie 2.27) worden, bijna een jaar na de overname, ernstige tekortkomingen in de bedrijfsvoering van Property Finance vastgesteld met betrekking tot het verstrekken van nieuwe kredieten; er heerst een sterke focus op commercie en de afdelingen die zich bezig zouden moeten houden met risicobeheersing zijn niet onafhankelijk genoeg, interne controles zoals nacalculaties en het laten goedkeuren van KYC-dossiers worden in de praktijk niet uitgevoerd.

### 3.39

De twijfel aan de zorgvuldigheid van de kredietverstrekking vindt voorts grond in het memo van de afdeling *Risk Management* van Property Finance van 28 april 2008 (zie 2.34) waarin kort gezegd geconstateerd wordt dat financiering van projectontwikkeling een activiteit is met een relatief hoog risico, dat Property Finance in vergelijking met andere financiers relatief hoge bevoorschottingspercentages hanteert en dat in de periode vanaf 21 november 2007 tot en met 31 maart 2008 voor 58% van de verstrekte kredieten geldt dat deze zijn verleend terwijl niet werd voldaan aan de fiatteringsnormen van Property Finance, terwijl het volgens diezelfde notitie logisch en verstandig zou zijn om naar aanleiding van de toen actuele (verslechterende) marktomstandigheden de verstrekkingnormen naar beneden bij te stellen. Gegeven het feit dat een ruime meerderheid van de verstrekte kredieten niet voldeed aan de fiatteringsnormen, acht de Ondernemingskamer de omstandigheid dat het memo van 28 april 2008 ook vermeldt dat voor het overgrote deel van de aanvragen - door *Risk Management* niet nader aangeduide - "*compenserende factoren*" aanwezig waren, niet geruststellend.

### 3.40

SNS Reaal c.s. hebben geen inzicht verschaft in de interne besluitvorming naar aanleiding van dit memo van de afdeling *Risk Management* en hebben volstaan met een verwijzing naar de publieke mededelingen van SNS Reaal op 20 november 2008 (zie hierna 3.52). Onduidelijk is daarom op welke wijze en op welk niveau binnen het concern dit memo - dat noopte tot besluitvorming over het al dan niet handhaven van het bestaande beleid - is besproken en tot welke besluitvorming de genoemde bevindingen hebben geleid.

### 3.41

Al eerder, op 18 januari 2008, constateerde de afdeling Concern Audit van SNS Reaal in haar rapportage over de Business Unit International van Property Finance (zie 2.29) dat kredietdossiers onvolledig zijn - iets wat ook al in de due diligence van KPMG naar voren was gekomen (zie 2.15) en kennelijk niet was verbeterd - en dat bij gebreke van vastlegging niet zichtbaar is welke afwegingen en keuzes bij de kredietverlening zijn gemaakt. In de rapportage van de afdeling Concern Audit over het eerste kwartaal 2008 van 24 april 2008 (zie 2.33) wordt geconstateerd dat die bevindingen worden bevestigd door de jaarafsluitingsaudit van KPMG (niet overgelegd) en dat daaruit nog andere bevindingen blijken. In november 2009 heeft de CFO van Property Finance in de vergadering van de auditcommissie van SNS Reaal gezegd dat Property Finance in Spanje en de VS " *het putje van de markt was*" (zie het rapport *Lessons Learned*, aangehaald in 2.60). Ondanks dit alles heeft de raad van commissarissen van Property Finance nog op 22 september 2008 bij het bestuur van Property Finance aangedrongen op een meer ambitieuze portefeuillegroei in 2009 (zie 2.38).

### 3.42

Het argument dat SNS Reaal toezicht hield op de kredietbeheersing doordat een lid van de raad van bestuur van SNS Reaal zitting had in de kredietcommissie van Property Finance, de fiatnota goedgekeurd werd door de raad van bestuur en raad van commissarissen van SNS Reaal en de grootste kredieten fiattering vergden van de 'kredietcommissarissen' uit de raad van commissarissen van SNS Reaal, neemt de hiervoor genoemde twijfel niet weg, reeds omdat, zoals hierboven is besproken, de interne fiatteringsregels niet (strikt) werden nageleefd. Daarbij komt het volgende. In reactie op de stelling van VEB c.s. dat de CFO van SNS Reaal, die zitting had in de kredietcommissie, in de eerste negen maanden van 2007 slechts vijf van de 37 vergaderingen bijwoonde, hebben SNS Reaal c.s. slechts aangevoerd dat de CFO in 2007 is teruggetreden uit de kredietcommissie. Wanneer dit terugtreden plaatsvond en waarom het de geringe aanwezigheid bij vergaderingen zou verklaren of rechtvaardigen is niet duidelijk. De beschrijving door SNS Reaal c.s. van de rol van de risk managers van de business units van Property Finance bevat geen weerspreking van de eigen constatering van SNS Reaal (in het rapport *Lessons Learned*) dat de risk managers onvoldoende onafhankelijk waren van de commercieel ingestelde en door productiedoelstellingen gedreven managers van de business units. Die laatste constatering en het feit dat in de nota Risk Management Governance (zie 2.20) staat dat een riskmanager (naast een oog voor risico's) ook een commerciële instelling moet hebben, 'zo dicht mogelijk bij de business wordt geplaatst' en hiërarchisch rapporteert aan de directeur van de commerciële business unit, doen - ook gelet op de snelle groei van de portefeuille en de *risk appetite* waarvan Property Finance blijk gaf - vermoeden dat de door de risk managers opgestelde risk memo's ten behoeve van het fiatteringsproces niet steeds voldoende kritisch waren. Daaraan doet niet af dat het volgens de nota Risk Management Governance de bedoeling was dat de riskmanagers onafhankelijk zouden zijn in hun oordeel, zoals SNS Reaal c.s. stellen, omdat ernstig moet worden betwijfeld of die bedoeling gerealiseerd is of zelfs gerealiseerd kon worden bij gebreke van afstand tussen de riskmanagers en de 'business'. De Ondernemingskamer geeft de onderzoekers in overweging om steekproefsgewijs onderzoek naar het kredietverleningsproces te doen teneinde een voldoende nauwkeurig beeld te verkrijgen van de risicobeoordeling en het fiatteringsproces van kredietaanvragen.

### 3.43

De feiten roepen voorts de vraag op of die nagestreefde en gerealiseerde groei van de kredietportefeuille van Property Finance verantwoord was in het licht van het risicomanagement ten aanzien van verstrekte financieringen. Naast de bevindingen uit de *due diligence* onderzoeken voorafgaand aan de overname van Property Finance, bereikten SNS Reaal c.s. ook na de overname signalen dat het risicomanagement niet op orde was. Op 26 april 2007 signaleerde de afdeling balansbeheer en riskmanagement van SNS Reaal dat de hybride aansturing en verschillen van opvatting tussen het hoofdkantoor van SNS Reaal en het management van Property Finance veel onduidelijkheid geeft (zie 2.22) en in juni 2007 wees Interne Audit op onvoldoende voortgang bij de inrichting van de operational risk functie en onbalans tussen de financiële functie van de

business units van Property Finance enerzijds en de financiële functie van SNS Reaal (zie 2.23). Op 3 juli 2007 vroeg de afdeling Concern Audit om aandacht voor het inhalen van de revisie-achterstanden (zie 2.25) en op 1 augustus 2007 constateerde deze afdeling dat het operationeel risicomanagement van Property Finance niet voldoet aan de eisen van DNB en dat sinds de acquisitie de ontwikkeling hiervan tot stilstand is gekomen (zie 2.26). Het rapport van de afdeling Concern Audit van september 2007 (zie 2.27) houdt in dat de Business Unit International sterk gefocust is op commercie en productiedoelstellingen en dat de afdelingen die zich bezig zouden moeten houden met risicobeheersing niet onafhankelijk genoeg zijn. In het licht daarvan is niet goed begrijpelijk dat in de notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van Property Finance (waarvan bestuurders van SNS Reaal deel uitmaakten) van 1 oktober 2007 wordt geconstateerd “*dat de risk-governance structuur zwaar is aangezet en naar de beleving van alle partijen prima werkt*”, zonder dat één van de aanwezigen dit tegenspreekt, terwijl uit de notulen tevens blijkt dat de raad van commissarissen kennis heeft genomen van de rapportages van de afdeling Concern Audit. Het roept de vraag op in hoeverre de hierboven weergegeven negatieve signalen over het risicomanagement binnen Property Finance, tot SNS Reaal c.s. zijn doorgedrongen.

#### 3.44

Uit de stukken blijkt niet dat het risicomanagement van Property Finance kort nadien wel op orde was. Integendeel, op 18 januari 2008 kwalificeert de afdeling Concern Audit het kredietverleningsproces en het kredietbeheerproces van de Business Unit International als onvoldoende en rapporteert een aantal onvolkomenheden, waaronder onvolledige kredietdossiers, onduidelijkheid over de gemaakte afwegingen bij de kredietverstrekking en achterstanden in de revisies (zie 2.29). Op 15 oktober 2008 vraagt de afdeling Concern Audit opnieuw aandacht voor de achterstanden in de revisies bij de Business Unit Nederland (zie 2.39). Op 12 december 2008 constateert de afdeling Concern Audit dat de actiepunten uit het rapport van 18 januari 2008 voortvarend zijn opgepakt, zij het dat nog geen oordeel kan worden gegeven over het beheersingsniveau op dat moment omdat de werking van de aangepaste processen nog niet kan worden vastgesteld (zie 2.43). In dit rapport wordt een aantal actiepunten genoemd die nog niet volledig zijn afgerond of geïmplementeerd waaronder het verrichten van controles door Risk Control Corporate, controle op de volledigheid van de kredietdossiers van 2007 en ouder en de frequentie van de bouwstandopnamen. De rapportage over december 2008 van de afdeling risk management van Property Finance houdt onder meer in dat vier leningen bij International en twee leningen bij Nederland ten onrechte niet in default zijn verklaard, de revisie-achterstand bij Nederland is gedaald van 30,5% naar 18,2% maar zich nog altijd ruim boven de maximumnorm van 10% bevindt. Ook KPMG heeft als controlerend accountant in haar managementletter met betrekking tot 2008 (zie 2.44) SNS Reaal c.s. indringend gewezen op het risico verbonden aan de revisie-achterstanden en de noodzaak deze op korte termijn weg te werken. De afdeling Concern Audit geeft in haar rapport van 20 april 2009 (anders dan in het rapport van 12 december 2008) wel een oordeel over de beheersstructuur bij de Business Unit International, te weten een onvoldoende (zie 2.48). De genoemde ‘belangrijkste verbeterpunten’ zijn bekend uit eerdere rapportages: de *control environment*, het functioneren van risk management, tijdig vernieuwen van taxaties en betrouwbaarheid van *loan to value* rapportages en de effectieve inzet van Restructuring & Recovery.

#### 3.45

Het feit dat een en ander in april 2009 kennelijk nog altijd tekortschoot ten opzichte van de eisen die in de toenmalige (verslechterende) marktomstandigheden gesteld moesten worden, is ernstig omdat al geruime tijd voordien signalen bestonden die duiden op (een risico van waardedalingen) van onroerend goed en de afdeling risk management van Property Finance op 28 april 2008 (zie 2.34) al had benadrukt dat de waarde van de projecten kan verdampen en projectontwikkeling een activiteit is met een hoog risico en een grote conjunctuurgevoeligheid. Niettemin constateert de afdeling Concern Audit in januari 2010 dat er weliswaar een duidelijke omslag zichtbaar is van commercie naar beheersing maar dat dit veranderproces nog meer tijd nodig heeft en nog niet is afgerond waarbij als ‘onderhanden zaken’ onder meer worden genoemd de taxatiefrequentie en het adequaat opvolging geven aan de door risk management gestelde voorwaarden of adviezen (zie 2.56).

#### 3.46

De hierboven beschreven gang van zaken roept het beeld op dat de administratie en het risicobeheer van Property Finance ten tijde van de acquisitie tekortschoot zelfs in de context van de toen zeer gunstige marktomstandigheden en dat, ondanks verbeteringen nadien, de administratie en het risicobeheer niet

toereikend waren toen vanaf 2008 de marktomstandigheden steeds ongunstiger werden. Dat beeld strookt met het rapport *Lessons Learned* (zie 2.60) waarin staat dat met name de Business Unit International van Property Finance primair gericht was op snelle groei, dat het risicobewustzijn beperkt was, dat niet onder ogen is gezien of de organisatie in een zelfde tempo kon meegroeien en dat in de jaren 2005 tot en met 2007 medewerkers van onvoldoende kwaliteit zijn aangetrokken voor posities met relatief grote verantwoordelijkheden (pagina 21), alsmede dat er relatief snel na de overname gebreken in de beheersingsstructuur van Property Finance zijn gesignaleerd en dat die signalen nadrukkelijker opgevolgd hadden moeten worden.

3.47

De Ondernemingskamer acht aannemelijk dat de gebrekkige administratie en risicobeheersing en de nadruk op commercie voorts in de hand hebben gewerkt dat zich bij een aantal door Property Finance gefinancierde projecten ernstige onregelmatigheden hebben voorgedaan. In het memorandum van het bestuur van Property Finance aan de raad van bestuur van SNS Reaal van 11 mei 2011 (zie 2.64) wordt, op basis van een onderzoek door HIG naar een aantal projecten (waarvan de uitkomsten zelf niet in het geding zijn gebracht) vastgesteld dat zich in het verleden “*grove nalatigheid qua beheer*” heeft voorgedaan en dat de onregelmatigheden zijn toe te schrijven aan de in het verleden ernstig tekortschietende “*control environment*” bij de Business Unit International, als gevolg van het achterblijven van de beheerorganisatie bij de explosieve commerciële groei. De ervaring en het niveau van veel medewerkers schoot tekort en de afdelingen Finance & Control, Operations, Legal en Risk waren hiërarchisch ondergeschikt aan de algemeen directeur van de Business Unit International, die commercieel verantwoordelijk was, en er was vanwege de ambitieuze groei-doelen veel onderlinge concurrentie tussen de business units International en Special Projects (participaties), aldus het memorandum. SNS Reaal c.s. hebben gesteld dat SNS Reaal naar aanleiding van het memorandum de leiding van het onderzoek heeft overgenomen, aanvullend onderzoek heeft laten doen en dat de uitkomsten daarvan aanleiding hebben gegeven tot verschillende maatregelen, waaronder disciplinaire. SNS Reaal c.s. hebben echter geen inzicht verschaft in de uitkomsten van die onderzoeken en de naar aanleiding daarvan getroffen maatregelen.

3.48

Uit het memorandum blijkt voorts dat de directie van Property Finance er niet bij stil heeft gestaan dat de HIG-rapporten gemeld hadden moeten worden bij KPMG in het kader van de *letter of representation* en dat het bij het bestuur van Property Finance op dit punt heeft ontbroken aan bewustzijn met betrekking tot de relevantie van onderzoeken als deze voor de accountant (pagina 2 en 6). Dat is des te ernstiger nu het onderzoek kennelijk ook betrekking had op betrokkenheid van medewerkers van Property Finance zelf bij de onregelmatigheden. Wat dit laatste betreft wijst de Ondernemingskamer op de in 2.91 geciteerde bevindingen van de commissie ENS over vermoedens van fraude bij Property Finance. De aldaar beschreven gang van zaken draagt bij aan twijfel over het risicobeheer van Property Finance en het toezicht daarop door SNS Reaal c.s.

3.49

VEB c.s. hebben voorts terecht de vraag opgeworpen of in de raad van commissarissen van SNS Reaal voldoende kennis en ervaring met betrekking tot vastgoedfinanciering aanwezig was om adequaat toezicht te kunnen houden op het beleid met betrekking tot Property Finance. Gesteld noch gebleken is dat SNS Reaal bij gelegenheid van de acquisitie van Property Finance gestreefd heeft naar het aantrekken van commissarissen met kennis van en ervaring met deze voor SNS Reaal nieuwe activiteiten. In reactie op de stelling van VEB c.s. dat het tot de Onteigening heeft ontbroken aan commissarissen met ervaring en deskundigheid op het gebied van vastgoedfinanciering, hebben SNS Reaal c.s. niet gewezen op de aanwezigheid van deskundigheid binnen de raad van commissarissen van SNS Reaal of binnen de raad van commissarissen van Property Finance. SNS Reaal c.s. hebben evenmin toegelicht welke redenen ten grondslag lagen aan het vertrek van [betrokkene 1] als CEO van Property Finance per 24 september 2009. Uit de feiten blijkt wel dat op 14 en 23 september 2009 (zie 2.52 en 2.53) de raad van commissarissen van Property Finance respectievelijk de raad van bestuur van SNS Reaal zich ontevreden toonde over de gang van zaken binnen Property Finance, meer in het bijzonder over de geringe vorderingen met betrekking tot het terugdringen van de omvang van de portefeuille.

### **Crisis op de financiële markten en de vastgoedmarkten**



### 3.50

SNS Reaal c.s. verwachtten aanvankelijk dat de negatieve ontwikkelingen op de Amerikaanse woningmarkt die in de loop van 2007 zichtbaar waren, weinig invloed zouden hebben op Property Finance. Dat valt in het bijzonder af te leiden uit de notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van Property Finance van 1 oktober 2007 (zie 2.28) en het persbericht van SNS Reaal van 21 februari 2008 (zie 2.30). De in november 2007 opgestelde begroting van Property Finance voor 2008 is gericht op internationale groei in het bijzonder door projectfinancieringen, zo blijkt uit het rapport *Lessons Learned* p. 24 (zie 2.60). Niettemin bestond binnen Property Finance begin 2008 het besef dat vastgoedfinancieringen (in het bijzonder het financieren van projectontwikkeling) risicovol en zeer conjunctuurgevoelig zijn en dat als gevolg van verslechterende marktomstandigheden aanleiding bestond het ruimhartige financieringsbeleid van Property Finance te wijzigen, zo blijkt uit het memo van de afdeling risk management van Property Finance van 28 april 2008 (zie 2.34). Toch bleef SNS Reaal vooralsnog aansturen op groei van de portefeuille van Property Finance; in de zomer van 2008 stuurde SNS Reaal een kaderbrief voor 2009 aan Property Finance (niet overgelegd maar kenbaar uit het rapport *Lessons Learned* (zie 2.60)) met als doelstelling een groei van de portefeuille met 10% in 2009. De directie van Property Finance heeft in reactie daarop voorgesteld de groei te beperken tot 1%, maar dit werd door SNS Reaal als weinig ambitieus aangemerkt en uiteindelijk is in september 2008 de groeidoelstelling voor 2009 gesteld op 3-5% (zie 2.38).

### 3.51

De kentering van de markt werd ondertussen zichtbaar, onder meer door de scherpe stijging van het bedrag aan bijzondere waardeverminderingen in de bestaande portefeuille van Property Finance. Bijzondere waardeverminderingen werden bepaald aan de hand van de toenmalige International Accounting Standard (IAS) 39, door vaststelling van *incurred losses* en niet (tevens) *expected losses*. In 2008 stegen de bijzondere waardeverminderingen tot € 116 miljoen (tegenover € 15 miljoen in 2007), met name door de extra voorzieningen voor internationale projectfinancieringen in het tweede halfjaar van 2008. “ *De kredietcrisis liet in 2008 duidelijke sporen achter op de (inter)nationale vastgoedmarkten*” en “ *naar verwachting zullen de bijzondere waardeverminderingen in de kredietportefeuille de komende periode omvangrijk blijven*”, aldus het jaarverslag van SNS Reaal over 2008. Een door Property Finance uitgevoerde stresstest met betrekking tot de portefeuille in Spanje en in de Verenigde Staten berekende in juli 2008 het verlies op dit deel van de portefeuille in het *worst case scenario* op € 279 miljoen.

### 3.52

Eerst op 20 november 2008 (zie 2.42) heeft SNS Reaal bekendgemaakt het beleid van Property Finance te wijzigen door de normen voor kredietverstrekking aan te scherpen en (kennelijk anders dan in het verleden) ook te handhaven. In het jaarverslag over 2008 heeft SNS Reaal gemeld dat Property Finance de controle op haar kredietportefeuille heeft geïntensiveerd en dat de bestaande portefeuille post voor post is beoordeeld op kasstromen en waarde van het onderpand (zie 2.46). Op 19 mei 2009 heeft SNS Reaal bekendgemaakt dat een brede evaluatie van de internationale operaties van Property Finance gaande was (zie 2.49). Ondanks de nadruk op het beheer van de bestaande portefeuille, door revisie (*revision*), terugbetaling (*repayment*), herstructurering (*restructuring*) en prijsaanpassing (*repricing*) - het “ *4-R-en beleid*” - en een toegenomen terughoudendheid in het verlenen van nieuwe kredieten, heeft Property Finance in 2009 voor € 1,8 miljard nieuwe kredieten verstrekt, aldus het jaarverslag van SNS Reaal over 2009 (zie 2.57).

### 3.53

Het is de Ondernemingskamer niet duidelijk wat de genoemde beoordeling van de bestaande portefeuille ('post voor post') en de 'brede evaluatie van de internationale operaties van Property Finance' precies hebben opgeleverd. Betwijfeld moet zelfs worden of de bestaande portefeuille daadwerkelijk 'post voor post' is beoordeeld; SNS Reaal heeft aangevoerd dat die mededeling in het jaarverslag 2008 slechts betrekking had op de portefeuille in Spanje en de VS en dat daarmee bedoeld wordt op de stresstest met betrekking tot dat deel van de portefeuille, terwijl een stresstest niet gelijk gesteld kan worden aan het post voor post beoordelen van de kasstromen en waarde van het onderpand. Voorts zijn de 'sheetpresentaties' die worden genoemd in de notulen van de vergaderingen van de raad van commissarissen van Property Finance van 10 februari 2009 (zie 2.45) en 29 juni 2009 (zie 2.50) niet overgelegd.

### 3.54

Duidelijk is slechts dat in februari 2009 binnen SNS Reaal is gesproken over afbouw van vooral de Spaanse



portefeuille en begrenzing van de groei van de overige internationale activiteiten (zie 2.45) en dat SNS Reaal op 18 augustus 2009 heeft aangekondigd dat Property Finance haar buitenlandse portefeuille geleidelijk geheel zal afbouwen en zich uitsluitend zal gaan richten op de Nederlandse markt (zie 2.51), hetgeen ook aan de orde was in de vergadering van de raad van commissarissen van Property Finance van 29 juni 2009 (zie 2.50). Aan de hand van welke gegevens en argumenten besloten is om wel de buitenlandse portefeuille maar niet de Nederlandse portefeuille af te bouwen, is aan de hand van de wel beschikbare stukken niet vast te stellen. SNS Reaal c.s. hebben daarover slechts gesteld dat tijdens de beginfase van de financiële crisis de Nederlandse portefeuille bleef renderen en over 2009 een winst genereerde van € 92 miljoen. Onduidelijk is of en in welke mate SNS Reaal c.s. toen de risico's verbonden aan de Nederlandse portefeuille hebben geanalyseerd. Uit het jaarverslag van SNS Reaal over 2009 blijkt wel dat in dat jaar de bijzondere waardeverminderingen zijn toegenomen tot € 418 miljoen - tegenover € 116 miljoen over 2008 - met dien verstande dat volgens het jaarverslag 2009 de bijzondere waardeverminderingen op kredieten in de Nederlandse portefeuille beperkt waren.

3.55

De omstandigheid dat - zoals al was geconstateerd in het memo van de afdeling risk management van Property Finance van 28 april 2008 (zie 2.34) - een meerderheid van de kredietverstrekkingen in de voorafgaande periode plaatsvond in strijd met de eigen fiatteringsnormen, roept minst genomen de vraag op of medio 2009 het Nederlandse deel van de portefeuille en de daaraan verbonden risico's voldoende zijn geanalyseerd voorafgaand aan het besluit om die portefeuille te handhaven. Dat geldt ook voor de eerder gesignaleerde gebreken in de administratie en het risicobeheer die niet beperkt waren tot de Business Unit International. Twijfel over de mate waarin SNS Reaal c.s. toen inzicht hadden in de risico's verbonden aan de portefeuille van Property Finance wordt gevoed door de constatering van de afdeling Concern Audit van 22 januari 2010 (zie 2.56) met betrekking tot het vierde kwartaal 2009, inhoudende dat " *de focus (...) binnen de organisatie nu terecht [ligt] op het volledig transparant krijgen van de actuele financiële risico's* ". Kennelijk waren die risico's op dat moment nog niet " *volledig transparant*".

3.56

Vooralsnog hielden SNS Reaal c.s. echter kennelijk vast aan het door SNS Reaal op 20 november 2008 gepresenteerde beleid met betrekking tot de Nederlandse markt, welk beleid gericht was op het behouden en versterken van de top drie positie voor vastgoedfinancieringen, het benutten van mogelijkheden van groei buiten de Randstad, en het behouden en versterken van haar positie als de gespecialiseerde projectontwikkelingsfinancier (zie 2.42). Dat lijkt ook te volgen uit de weergave in het rapport *Lessons Learned* (zie 2.60) van de kaderbrief van SNS Reaal voor de begroting 2010 van Property Finance, inhoudende dat Property Finance zich zal heroriënteren op Nederland en is gepositioneerd als het vastgoedmerk (pagina 28). Die kaderbrief en gegevens over de leningproductie van Property Finance in Nederland in 2010 en 2011 zijn niet in het geding gebracht.

3.57

Uit het jaarverslag van SNS Reaal over 2010 blijkt dat de bijzondere waardeverminderingen (in de toen nog niet gesplitste portefeuille van Property Finance) zijn toegenomen tot € 790 miljoen, tegenover € 418 miljoen in 2009 en € 116 miljoen in 2008. Zoals hierboven vermeld weerspiegelen de bijzondere waardeverminderingen slechts de *incurred losses* in de zin van IAS 39 en niet (tevens) de *expected losses*. SNS Reaal c.s. stellen wel oog te hebben gehad voor *expected losses*. Dit betekent dat SNS Reaal c.s. rekening hielden met nog grotere verliezen op termijn. SNS Reaal c.s. hebben niet geconcretiseerd welke verwachtingen over de omvang van toekomstige verliezen zij in de periode vanaf 2008 tot en met 2012 van tijd tot tijd hadden en op welke wijze die verwachtingen van invloed waren op de besluitvorming over het afbouwen van de portefeuille. SNS Reaal c.s. hebben in algemene zin gesteld dat als gevolg van de ongunstige marktomstandigheden (dalende prijzen, vraaguitval, *fire sale*) Property Finance bij de afbouw van de portefeuille kortingen moest accepteren.

3.58

Pas op 9 november 2010 heeft SNS Reaal aangekondigd dat ook een deel van de Nederlandse portefeuille van Property Finance (aangeduid als *non-core*) zou worden afgebouwd (zie 2.61). Het Nederlandse deel van de *non-core* portefeuille bestond uit projectfinancieringen met een totale omvang van € 2,0 miljard en beleggingsfinancieringen met een totale omvang van € 1,5 miljard. Deze beslissing berustte volgens SNS Reaal c.s. op de vaststelling in de loop van 2010 dat, naast de internationale portefeuille, ook de Nederlandse

projectfinancieringen verlieslatend waren (€ 30 miljoen over heel 2010), terwijl de Nederlandse beleggingsfinancieringen (nog) winstgevend waren, de gemiddelde *loan to value* eind 2010 71,5% bedroeg en het percentage voorziene leningen gering was.

3.59

In het jaarverslag 2010 wordt het *core* deel portefeuille aangeduid als een “*te behouden*” onderdeel van SNS Zakelijk en ook in het jaarverslag 2011 wordt met betrekking tot SNS Zakelijk melding gemaakt van de wens het portefeuillebeheer en de omvang “*te optimaliseren en te vereenvoudigen*” en de financieringsmogelijkheden te verbeteren (zie 2.65). Het vervolgens in 2011 gevoerde beleid gericht op het terugbrengen van de omvang van de bij SNS Zakelijk ondergebrachte *core* portefeuille (Nederlandse beleggingsfinancieringen) was onderdeel van het concern-brede beleid om kapitaal vrij te maken (het *capital release program*, zie 2.62), aldus SNS Reaal c.s. Dat strookt met de vermelding in de jaarrekening 2011 (pagina 66) dat als onderdeel van het programma om kapitaal vrij te maken de verplichtingen bij SNS Zakelijk werden teruggebracht van € 7,4 miljard tot € 5,7 miljard. Het motief voor het terugbrengen van de omvang van de *core* portefeuille was dus het vrijmaken van kapitaal en kennelijk niet de risico's verbonden aan dit deel van de portefeuille, althans van een analyse indertijd van die risico's is niet gebleken.

3.60

Aldus resteert de vraag of SNS Reaal c.s. op goede gronden konden aannemen dat het *core* gedeelte van de portefeuille (bestaande uit Nederlandse beleggingsfinancieringen) gezond was, terwijl ook dat deel van de portefeuille, naar verwacht kan worden, leningen omvatte die waren verstrekt in strijd met de fatteringsnormen en/of waaraan andere gebreken kleefden samenhangend met de gebrekkige risicobeheersing van Property Finance. Feit is dat in het eerste jaar na de splitsing op 1 januari 2011 van de portefeuille in *core* en *non-core*, in de *core* portefeuille de bijzondere waardeverminderingen op leningen en vorderingen stegen met € 20 miljoen tot € 46 miljoen, vooral door noodzaak om het niveau van de voorziening voor de voormalige mkb-vastgoedfinancieringen van Property Finance te versterken (jaarverslag 2011, pagina 66). Bovendien meldde SNS Reaal in het jaarverslag 2010 dat zij voor 2011 aanhoudend moeilijke omstandigheden in de meeste vastgoedmarkten verwachtte (jaarverslag 2010, pagina 31), dus kennelijk kwamen die problemen niet onverwacht. De problemen hielden bovendien aan; in het persbericht van SNS Reaal van 16 augustus 2012 over het eerste halfjaar 2012 (zie 2.71) wordt (op pagina 24) met betrekking tot de portefeuille van SNS Zakelijk gemeld dat de bijzondere waardeverminderingen stegen met € 26 miljoen naar € 37 miljoen, hoofdzakelijk als gevolg van de noodzaak om het niveau van voorzieningen in de voormalige mkb-kredietportefeuille van Property Finance verder te versterken en door een aantal grote leningen met betalingsachterstand.

3.61

SNS Reaal c.s. heeft eind 2012 besloten tot een strategiewijziging ten aanzien van SNS Bank, inhoudende dat SNS Bank zich terugtrekt uit de financiering van commercieel vastgoed, dat het onderdeel SNS Zakelijk wordt beëindigd en dat de *core* portefeuille (weer) wordt ondergebracht bij Property Finance, als afbouworganisatie voor de totale portefeuille (zie 2.74). Ook met betrekking tot deze beslissing hebben SNS Reaal c.s. geen interne stukken overgelegd en niet toegelicht welke gegevens en argumenten aan deze beslissing ten grondslag lagen, anders dan dat ‘verlaging van het risicoprofiel daarbij leidend was’.

3.62

In de *non core* portefeuille (in handen van Property Finance) waren de bijzondere waardeverminderingen ondertussen in 2011 afgenomen ten opzichte van 2010, tot € 251 miljoen, maar nam het aandeel van het Nederlandse deel van de portefeuille in de waardeverminderingen fors toe. “*Hoewel de waardeverminderingen in 2011 bijna 70% lager zijn dan in 2010, zijn deze nog steeds aanzienlijk. De waardeverminderingen in Nederland zijn in absolute zin afgenomen, maar vertegenwoordigen inmiddels wel circa tweederde van de totale waardeverminderingen*”, aldus het jaarverslag 2011 (pagina 244). In 2012 betrof 73% van de waardeverminderingen op leningen in de portefeuille van Property Finance de Nederlandse portefeuille (jaarverslag 2012, pagina 251).

3.63

De Ondernemingskamer constateert dat het beleid dat in toenemende mate was gericht op afbouw van de portefeuille - door aflossingen op leningen en verkoop van bestaande leningen - niet heeft kunnen voorkomen

dat kort voor de Onteigening de portefeuille nog altijd een aanzienlijke omvang had en dat SNS Reaal c.s. verwachtten nog aanzienlijke verliezen op die portefeuille te moeten incasseren. Per medio 2012 was de omvang van de totale portefeuille € 9,13 miljard en verwachtte SNS Reaal, naast de reeds getroffen voorziening van € 740 miljoen, een aanvullend verlies op de portefeuille van € 1,382 - € 2,083 miljard (zie 2.78), terwijl Cushman & Wakefield het verlies nog op een aanzienlijk hoger bedrag begrootte. De stelling van SNS Reaal c.s. dat de leningproductie van Property Finance in 2007 in de pas liep met andere grote vastgoedfinanciers in Nederland en dat Property Finance de leningproductie significant eerder en sterker heeft teruggeschroefd dan haar directe concurrenten, roept vooral de vraag op waarom SNS Reaal wel is bezweken aan vastgoedfinancieringen en haar directe concurrenten niet. Die vraag wordt door SNS Reaal c.s. niet beantwoord.

3.64

Uit de brief van het bestuur van SNS Reaal aan het bestuur van Property Finance van 23 september 2009 (zie 2.53) lijkt te volgen dat van de “ *concrete commitments ten aanzien van het afbouwen van posities op de Spaanse en Amerikaanse markt*” waarop de raad van commissarissen van Property Finance op 10 februari 2009 had aangedrongen (zie 2.45), zeven maanden later nog weinig terecht is gekomen. Daarop duidt ook dat er op 14 september 2009 “ *een uitgebreide, open en stevige discussie*” plaats heeft gevonden tussen de raad van commissarissen en de directie van Property Finance over de portefeuilleontwikkeling, dat de directie van Property Finance toen heeft gezegd dat er voor de afbouw van de internationale portefeuille geen uitgewerkte plannen klaarliggen en dat de raad van commissarissen “ *tot zijn verbazing en onvrede constateert dat de portefeuille niet afneemt maar toeneemt*” en dat dit “ *uitdrukkelijk tegen de afspraken in*” gaat (zie 2.52). De notulen van de in de brief van 23 september 2009 genoemde vergadering van 30 maart 2009 zijn niet in het geding gebracht en ook overigens is niet gebleken wat toen precies besproken is.

3.65

SNS Reaal c.s. hebben met betrekking tot de uitvoering en tussentijdse evaluatie(s) van het beleid gericht op afbouw van (delen van) de portefeuille na september 2009 niet of nauwelijks interne stukken overgelegd. Een wel overgelegde conceptpresentatie van EY aan het Audit/Risk Committee van SNS Reaal van 13 december 2010 beschrijft de door EY uit te voeren werkzaamheden, maar biedt geen inzicht in de besluitvorming door SNS Reaal c.s. Dat zelfde geldt voor het verslag van het regulier overleg tussen DNB en SNS Reaal op 18 oktober 2010. Met betrekking tot het project ‘Schiermonnikoog I’, in 2011 uitgevoerd door EY en bestaande uit een analyse van ongeveer 70 projecten uit de *non core* portefeuille - volgens SNS Reaal c.s. 80% van de *non core* portefeuille - is geen inzicht verschaft in de uitkomsten daarvan. Dat geldt ook voor de analyse door EY in 2012 van de *non core* portefeuille (project ‘Schiermonnikoog II’) en van de *core* portefeuille (project ‘Rottum’). Belangrijker nog is dat SNS Reaal c.s. in het geheel geen stukken (notulen, voorstellen, presentaties e.d.) hebben overgelegd met betrekking tot de interne besluitvorming over de (voortgang van) de afbouw van de *non core* portefeuille en de *core* portefeuille. SNS Reaal c.s. hebben gesteld dat zij zich over de afbouw van de portefeuille hebben laten adviseren door de in januari 2011 in het leven geroepen Adviescommissie Vastgoed, maar ze hebben geen stukken overgelegd waaruit blijkt van de bevindingen van deze Adviescommissie en de besluitvorming door SNS Reaal c.s. op basis daarvan. Het is gezien het bovenstaande onduidelijk welke informatie op welk moment binnen SNS Reaal c.s. beschikbaar was en op welke wijze (en op welk niveau) besluitvorming heeft plaatsgevonden.

3.66

Onduidelijk is daarom in welke mate SNS Reaal c.s., in het bijzonder in de periode van 2008 tot de Onteigening, inzicht hadden in de risico’s en waardeontwikkeling van de portefeuille en welke inspanningen zij hebben verricht om het benodigde inzicht te verwerven. Die onduidelijkheid roept de vraag op of SNS Reaal c.s. door de stapsgewijze ontwikkeling van beleid gericht op afbouw van de portefeuille, de bakens tijdig heeft verzet in reactie op de verslechterende marktomstandigheden. In het rapport *Lessons Learned* wordt geconcludeerd dat de desbetreffende besluiten in het licht van de ontluikende crisis vanaf medio 2007 waarschijnlijk eerder genomen hadden moeten worden en dat daarmee een deel van de schade voorkomen had kunnen worden (zie 2.60).

3.67

Als gevolg van de *funding* van Property Finance door SNS Bank - niet als gevolg van 403-verklaringen - beperkten de problemen van Property Finance zich niet tot die entiteit binnen het concern. Naarmate de

verliezen van Property Finance toenamen en onzekerder werd of Property Finance haar verplichtingen uit hoofde van de *funding* door SNS Bank zou kunnen nakomen, werd aannemelijker dat de problemen van Property Finance een bedreiging vormden voor het voortbestaan van het concern als geheel, mede gelet op de aangescherpte solvabiliteitseisen en het naderen van het tijdstip (eind 2013) waarop SNS Reaal de in 2008 ontvangen staatssteun zou moeten terugbetalen. SNS Reaal c.s. hebben nagelaten te specificeren wanneer en op welke wijze de mogelijke consequenties van de problemen van Property Finance voor de continuïteit van het gehele concern, onder ogen zijn gezien. Ook op dit punt zijn geen interne stukken (notulen, analyses, voorstellen, extern ingewonnen adviezen et cetera) overgelegd. SNS Reaal c.s. stellen slechts dat SNS Reaal in de loop van 2012 verschillende scenario's heeft overwogen 'waarmee de strategische heroriëntatie kon worden vormgegeven' en heeft enkel verwezen naar de publieke uitlatingen onder meer op 13 juli 2012 (zie 2.69), 16 augustus 2012 (2.71), 6 november 2012 (2.74) en 15 november 2012 (2.75). De in dit kader door EY op verzoek van SNS Reaal opgestelde rapportage over de *core* en de *non core* portefeuille van 31 oktober 2012 is (door VEB c.s.) slechts zeer gedeeltelijk in het geding gebracht (zie 2.73). Uit de inhoud van de brief van DNB aan de minister van Financiën van 2 oktober 2012 (zie 2.72) lijkt te volgen dat al in de loop van 2011 intensief overleg heeft plaatsgevonden tussen DNB en SNS Reaal en dat vóór december 2011 DNB heeft geconcludeerd dat SNS Reaal onvoldoende in staat is om zelf de benodigde versterking van haar financiële positie te realiseren.

3.68

Uit het voorafgaande blijkt dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van SNS Reaal c.s. in de periode vanaf de acquisitie van Property Finance tot de Onteigening te twifelen. Die twijfel heeft in het bijzonder betrekking op de kwaliteit van de administratie en het risicobeheer van de bestaande portefeuille en de beoordeling van de kredietaanvragen in het licht van de strategie gericht op groei in de eerste jaren na de acquisitie, de *timing* en het tempo van de wijzigingen van het beleid en de strategie ten aanzien van Property Finance in de periode vanaf 2008, toen de markt verslechterde, en de mate waarin SNS Reaal c.s. inzicht hadden in de aan Property Finance verbonden risico's en de consequenties van de risico's voor de continuïteit van het concern als geheel.

#### **Informatieverschaffing door SNS Reaal aan het belegend publiek over de problemen bij Property Finance en het inzicht dat de jaarrekeningen en jaarverslagen van SNS Reaal verschaften in de financiële en operationele toestand van SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance**

3.69

De Ondernemingskamer zal hierna de in 3.2 sub e (misleidende althans ontoereikende informatieverschaffing door SNS Reaal aan het belegend publiek) en sub f (het gebrekkige inzicht dat de jaarrekeningen en jaarverslagen van SNS Reaal verschaften) genoemde bezwaren gezamenlijk bespreken.

3.70

Voor zover VEB c.s. hebben aangevoerd dat het prospectus van de beursgang van SNS Reaal misleidend was omdat de overname van Property Finance haaks zou staan op de toen beschreven strategie, strandt dat bezwaar op hetgeen hierboven in 3.27 is overwogen.

3.71

VEB c.s. heeft met betrekking tot de informatieverschaffing aan het publiek voorts - kort samengevat - het volgende naar voren gebracht.

- [betrokkene 2] heeft tijdens de algemene vergadering van 9 mei 2007 gezegd dat het risico en risicoprofiel van Property Finance heel dicht bij de normale particuliere huizenmarkt aanliggen;
- In het jaarverslag 2006 en in het jaarverslag 2007 staat ten onrechte dat risk management onafhankelijk (van de commerciële activiteiten) is georganiseerd en in het jaarverslag 2007 staat wel dat kredietaanvragen worden getoetst aan acceptatienormen en beleidsregels, maar niet dat in veel gevallen kredieten worden verstrekt terwijl aan deze normen niet is voldaan;
- In het jaarverslag 2008 staat ten onrechte dat de bijzondere waardeverminderingen zijn gebaseerd op een diepgaande analyse van de portefeuille en dat de bestaande portefeuille post voor post is beoordeeld, terwijl niet aannemelijk is dat die diepgaande analyse en die beoordeling 'post voor post'



daadwerkelijk hebben plaatsgevonden;

- Tijdens de algemene vergadering van 16 april 2008 hebben [betrokkene 2] en [betrokkene 3] misleidend positieve mededelingen gedaan over de risicobeheersing ten aanzien van Property Finance;
- In het jaarverslag 2008 staat ten onrechte dat de beheersingssystemen van Property Finance inmiddels zijn aangepast op de omstandigheid dat de onroerend goed markten in binnen- en buitenland onder grote druk staan; het “ *4-R-en beleid*” werd pas in de loop van 2009 vormgegeven;
- Na de splitsing van de portefeuille in *core* en *non-core*, werd het *core* deel gepresenteerd als te behouden, maar in werkelijkheid werd ook dit deel aanstonds afgebouwd;
- SNS Reaal heeft verzwegen dat de verliezen van Property Finance niet slechts waren toe te schrijven aan neergaande vastgoedmarkten maar ook aan onzorgvuldige kredietverstrekking;
- Terwijl intern in de loop van 2012 materiële onzekerheid bestond over het vermogen van SNS Bank om zelfstandig aan de kapitaaleisen te kunnen voldoen, verzweeg SNS Reaal dat tijdens de *investor day* van 15 november 2012 en loste zij, zonder enige toelichting, in december 2012 de tweede tranche van de Participatie Certificaten af.

### 3.72

SNS Reaal c.s. hebben gesteld dat SNS Reaal de markt steeds adequaat en naar waarheid heeft geïnformeerd over Property Finance.

### 3.73

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt.

### 3.74

Zoals volgt uit de bespreking hierboven van het beleid en de gang van zaken vanaf de acquisitie van Property Finance tot de Onteigening, zijn er vraagtekens te plaatsen bij de externe mededelingen van SNS Reaal over de gang van zaken bij Property Finance. Omdat thans nog onduidelijkheden bestaan over het door SNS Reaal c.s. gevoerde beleid ten aanzien van Property Finance en over de vraag welke informatie binnen SNS Reaal op welk moment bestond over de gang van zaken en de toestand van Property Finance, kan nog niet goed beoordeeld worden in hoeverre de informatieverschaffing door SNS Reaal aan het belegend publiek misleidend was.

### 3.75

Nog afgezien van de hierna te bespreken onderwerpen, staat het de onderzoekers daarom vrij om, indien zij daartoe aanknopingspunten zien in hun onderzoeksbevindingen in relatie tot de publieke mededelingen van SNS Reaal in de periode waarop het onderzoek betrekking heeft, aandacht te schenken aan de vraag of de informatievoorziening van SNS Reaal aan het belegend publiek adequaat was. Vervolgens kan aan de hand van het verslag en na een partijdebat daarover worden beoordeeld of de informatieverschaffing door SNS Reaal aan het belegend publiek al dan niet misleidend was en of de jaarrekeningen en jaarverslagen van SNS Reaal toereikend inzicht verschaffen in de financiële en operationele toestand van SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance.

## **De aflossing van de Participatie Certificaten van Serie 1, 2 en 3**

### 3.76

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten omtrent de Participatie Certificaten en de aflossing daarvan:

- a. De Participatie Certificaten zijn obligaties die SNS Bank in 2002 (serie 1 en serie 2) en in 2003 (serie 3) heeft uitgegeven aan particulieren.
- b. De toepasselijke voorwaarden houden in dat de Certificaten zijn uitgegeven voor onbepaalde tijd en dat de vorderingen van de houders van de Certificaten in geval van faillissement of ontbinding van



SNS Bank (a) zijn achtergesteld bij de rechten van alle andere achtergestelde en/of niet achtergestelde, huidige en toekomstige schuldeisers van SNS Bank en (b) gelijk in rang zijn aan de rechten van de aandeelhouders van SNS Bank. De voorwaarden houden voorts in dat SNS Bank de Certificaten vanaf 10 jaar na de uitgiftedatum kan aflossen.

- c. De jaarrekening van SNS Reaal over 2011 houdt met betrekking tot de Participatie Certificaten onder meer in:  
"Participatiecertificaten (...) hebben een oneindige looptijd waarbij SNS Bank het recht heeft om na 10 jaar - na toestemming van de toezichthouder - in zijn geheel vervroegd af te lossen. (...) De participatiecertificaten worden in de jaarrekening geclassificeerd als vreemd vermogen. Voor de solvabiliteitsrapportages aan DNB door SNS Bank maakt deze post deel uit van het Tier 1 vermogen."
- d. Op 28 juni 2012 heeft SNS Bank de Participatie Certificaten van Serie 1, in hoofdsom groot € 125 miljoen afgelost.
- e. De brief van KPMG van 29 november 2012 aan SNS Reaal (zie 2.76), houdt onder meer in:  
"Tenslotte verwijzen wij naar de gesprekken die wij met management en met DNB hebben gevoerd over het verzoek van SNS Bank aan DNB om een verklaring van geen bezwaar te mogen ontvangen voor de aflossing op de SNS Bank Participatiecertificaten tranch[e] 2 in december 2012. Indien DNB negatief zou besluiten op dit verzoek zou dat mogelijke consequenties kunnen hebben voor de berichtgeving over de financiële stabiliteit van SNS Bank en SNS REAAL. Wij sluiten niet uit dat dit de noodzaak om tot een versterking van de kapitaalspositie van SNS Bank / SNS REAAL te komen zal versnellen."
- f. Bij persbericht van 5 december 2012 heeft SNS Reaal aangekondigd dat SNS Bank de Participatie Certificaten Serie 2, in hoofdsom groot € 116 miljoen, op 24 december 2012 gaat aflossen. Het persbericht houdt voorts onder meer in dat SNS Bank vanaf 23 juni 2013 de mogelijkheid heeft tot aflossing van Serie 3 van de Participatie Certificaten, in hoofdsom groot € 57 miljoen, en tegen die tijd daarover zal beslissen en dat DNB op 4 december 2012 aan SNS Bank heeft meegedeeld dat de Participatie Certificaten naar het oordeel van DNB geen onderdeel meer vormen van het toetsingsvermogen.
- g. Tijdens de op 8 maart 2013 gehouden hoorzitting in de Tweede Kamer (zie 2.87) heeft J. Sijbrands (directeur toezicht van DNB) onder meer verklaard:  
"Hangende het zoeken naar de diverse opties, hebben we van tijd tot tijd ook als toezichthouder bepaalde minder goede dingen toegelaten bij SNS, bijvoorbeeld het aflossen van de participatiecertificaten in juni. (...) Maar wat betreft die participatiecertificaten was er geen houden aan."
- h. De Participatie Certificaten Serie 3 zijn op 1 februari 2013 onteigend. Op 11 juli 2013 heeft SNS Reaal aan de (onteiende) houders van deze Certificaten een compensatievoorstel gedaan ter hoogte van de nominale waarde van hun certificaten, vermeerderd met de rente op (10-jaars) staatsobligaties gedurende de periode dat zij participatiecertificaten in hun bezit hadden. De brief van dezelfde datum van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer houdt onder meer in dat uit onderzoek van SNS Reaal is gebleken dat klanten bij de aankoop onvoldoende op de hoogte waren van de kenmerken en risico's van deze certificaten.

### 3.77

ROOS c.s. hebben aangevoerd dat een te gelasten enquête tevens betrekking zou moeten hebben op het besluit van SNS Reaal c.s. tot aflossing van de Participatie Certificaten van Serie 1, 2 en 3, de gevolgen daarvan voor de solvabiliteit van SNS Reaal c.s. en de berichtgeving daarover aan het belegend publiek. ROOS c.s. hebben daartoe kort gezegd het volgende aangevoerd. De onverplichte aflossing van de Series 1 en 2 van de Certificaten en de aankondiging in het persbericht van 5 december 2012 van de mogelijke aflossing vanaf 23 juni 2013 van Serie 3 (waarvoor SNS Bank toen een voorziening heeft getroffen) hebben de Tier 1 solvabiliteit van SNS Bank ernstig onder druk gezet. Het besluit tot aflossing van de Certificaten is onbegrijpelijk in het licht van (a) het feit dat DNB, zoals is gebleken uit het Onteigeningsbesluit, sinds 2009 als

uitgangspunt hanteerde dat geen kernkapitaal de bank uit mag, zolang de risico's in de commerciële vastgoedportefeuilles niet aanzienlijk zijn verminderd en (b) de door KPMG bij brief van 29 november 2012 (zie 2.76) geuite twijfel over de continuïteit van SNS Bank en SNS Reaal. Het blijkt niet dat SNS Reaal c.s. de belangen van hoger gerangschikte obligatiehouders in aanmerking heeft genomen bij haar besluit tot aflossing van de Participatie Certificaten, terwijl die aflossing leidde tot doorbreking van de rangorde van schuldeisers. Met die rangorde is ook in strijd de op 11 juli 2013 (na de Onteigening) aan de onteigende houders van Participatie Certificaten Serie 3 geboden schadeloosstelling. De onverplichte aflossingen van de Participatie Certificaten in juni en december 2012 met toestemming van DNB en zonder uitleg over de achtergrond daarvan was bewust misleidend voor het belegend publiek, omdat daarmee een te rooskleurig beeld werd geschetst over de financiële situatie van SNS Bank, aldus ROOS c.s.

3.78

VEB c.s. hebben zich bij de mondelinge behandeling aangesloten bij het standpunt van ROOS c.s.

3.79

SNS Reaal c.s. hebben bij aanvullend verweerschrift (zie 1.9) aangevoerd dat er geen reden is te twifelen aan het beleid van SNS Reaal c.s. ten aanzien van de Participatie Certificaten. Gelet op hetgeen uit publieke bronnen, in het bijzonder het rapport van de Commissie ENS, bekend is over de aflossing van de Participatie Certificaten, bestaat er bovendien geen belang bij nader onderzoek, aldus SNS Reaal c.s. SNS Reaal heeft besloten tot aflossing van de Participatie Certificaten Serie 1, en later Serie 2, omdat in de loop van 2012 bleek dat een grote groep houders van deze certificaten erop rekende dat deze 10 jaar na uitgifte zouden worden afgelost en niet-aflossen zou leiden tot schadeclaims, reputatieschade en het risico van een *bank-run* (de certificaathouders hadden tevens voor € 344 miljoen aan spaargeld bij SNS Bank uitstaan). Het besluit tot het aanbieden van de compensatieregeling met betrekking tot de Participatie Certificaten Serie 3 dateert van na de Onteigening en raakt ROOS c.s. derhalve niet. Dat laatste geldt ook voor de verwerking van de aflossingen van de Participatie Certificaten Serie 1 en 2 in de jaarrekening 2012, ten aanzien waarvan ROOS c.s. hebben gesteld dat deze onjuist zou zijn. SNS Reaal heeft de markt steeds juist en transparant geïnformeerd over aflossingen van de Participatie Certificaten.

3.80

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt.

3.81

Het rapport van de Commissie ENS (zie 2.91) houdt met betrekking tot de Participatie Certificaten onder meer het volgende in:

“Deze certificaten konden worden gecalled oftewel teruggekocht, c.q. afgelost door SNS Bank. Voor de eerste tranche was dat op 28 juni 2012. Het ging om een aanzienlijk bedrag, 300 miljoen euro. Onder normale omstandigheden zou De Nederlandsche Bank geen toestemming geven om dit kapitaal uit SNS Reaal te laten stromen. Maar als toestemming zou uitblijven zou dat aanleiding kunnen geven tot onrust. De kwestie werd acuut omdat het televisieprogramma Radar in de uitzending op 27 februari 2012 aandacht wilde besteden aan de onzekerheid over de aflossing van deze certificaten. Het bleek dat de certificaathouders op aflossing rekenden. Zou SNS Reaal niet aflossen dan hing de dreiging van claims boven het bedrijf. Op 8 maart 2012 besprak de Toezichtraad Financiële Instellingen, het interne toezichtsorgaan van De Nederlandsche Bank, de kwestie van de participatiecertificaten. De toezichthouder vond de risico's van niet-terugbetalen groter dan de risico's van het callen van de participatiecertificaten. Hierbij speelde mee dat eventuele claims ten laste van het kernkapitaal zouden komen. De participatiecertificaten maakten geen deel uit van het kernkapitaal maar van het Tier 1-kapitaal. Aflossing zou dus het kernkapitaal (Core Tier 1) niet aantasten. Schadeclaims als gevolg van niet aflossen zouden echter wel ten laste van het kernkapitaal gaan. Maar De Nederlandsche Bank was het meest beducht voor de reputatierisico's van niet-aflossen. Bij de ondergang van de DSB Bank had een soortgelijke situatie mede aanleiding gegeven tot een bank run op de DSB Bank. De certificaathouders hadden naast hun participatiecertificaten voor 344 miljoen euro aan spaargeld bij SNS Reaal uitstaan. De kans bestond dat de spaarders bij niet-aflossen van de certificaten deze spaargelden van de bank zouden halen. Daarom was De Nederlandsche Bank 'genooddaakt om de kans op een default te verkleinen ten koste van het verlies in een default situatie'. De directeur toezicht zou het ministerie van Financiën inlichten over dit toezichtdilemma.” (pagina 100/101)

“[betrokkene 3] en [betrokkene 4] bezochten op 2 april De Nederlandsche Bank en de dag daarna het ministerie van Financiën. Ze kregen te horen dat de toezichthouder alleen goedkeuring wilde geven voor de aflossing van participatiecertificaten als de Stichting Beheer SNS Reaal dertig miljoen euro zou bijdragen ter vervanging van het uitgekeerde kapitaal.” (pagina 103)

“De Nederlandsche Bank was met veel tegenzin akkoord gegaan met deze aflossing, op voorwaarde dat de Stichting Beheer SNS Reaal dertig miljoen euro zou bijdragen. Dat was om de kapitaalpositie van SNS Reaal niet nog verder te laten verslechteren. De Stichting Beheer SNS Reaal had De Nederlandsche Bank laten weten dat ze hieraan niet wilde meewerken. Zeer tegen de zin van Sijbrand, zoals in het door het ministerie van Financiën opgetekende verslag[van het overleg op 27 juni 2012 tussen DNB, het ministerie van Financiën en SNS Reaal, toev. OK]valt te lezen:

‘De Nederlandsche Bank geeft aan dat het in deze situatie niet anders kan dan de vvgb afgeven, teneinde niet zelf een trigger te veroorzaken, maar dat dit eigenlijk onacceptabel is. De enige reden dat De Nederlandsche Bank hieraan meewerkt is dat in dit stadium, nu actief oplossingen met de private sector en de Staat worden verkend, het niet wenselijk is dat er een trigger ontstaat. Deze situatie onderstreept wel de ernst van de situatie en de urgentie van een oplossing op afzienbare termijn’ .” (pagina 122)

“Op 7 september 2012 was er een brief van SNS Reaal op de mat gevallen bij De Nederlandsche Bank. SNS Reaal verzocht om de tweede tranche van de uitgegeven participatiecertificaten te mogen aflossen. De aflossing zou leiden tot vermindering van het Tier 1-vermogen, net zoals dat gebeurd was bij de eerste tranche. SNS Reaal gaf aan dat het bedrijf op dat moment geen mogelijkheden had om dat kapitaal te vervangen. Toch vroeg SNS Reaal om een vvgb. Als redenen voerde het bedrijf aan: het voorkomen van nieuwe klachtenprocedures, mogelijke reputatierisico's en het gebrek aan alternatieven .” (pagina 141)

“De toezichthouder bedenkt een list

Op 4 december 2012 zond De Nederlandsche Bank een brief aan SNS Reaal over een vvgb voor aflossing van de tweede tranche participatiecertificaten. Doordat aflossing door SNS Reaal de facto verplicht was geworden en niet optioneel was gebleken, oordeelde de toezichthouder dat de participatiecertificaten niet meer voldeden aan de eisen voor Tier 1-vermogensinstrumenten. Daarom beschouwde De Nederlandsche Bank de participatiecertificaten niet langer als onderdeel van het toetsingsvermogen. En dus was er geen vvgb nodig om tot aflossing over te gaan. De Nederlandsche Bank moest wel toestemming geven voor aflossing, op grond van de originele prospectus bij uitgifte van de certificaten. Omdat het toetsingsvermogen niet verminderde door de aflossing, zo redeneerde De Nederlandsche Bank in de brief, kreeg SNS Reaal toestemming voor de aflossing. Op 5 december 2012 kreeg het ministerie van Financiën bericht van de toezichthouder dat De Nederlandsche Bank, alles afwegende, besloten had goedkeuring te geven voor de aflossing. Nog dezelfde dag gaf SNS Reaal een persbericht uit waarin de aflossing van participatiecertificaten werd bekendgemaakt. Het ging om een bedrag van 116 miljoen euro.” (pagina 170)

3.82

In het licht van bovenstaande bevindingen van de Commissie ENS, die door partijen niet zijn bestreden, oordeelt de Ondernemingskamer dat het besluit van SNS Reaal en/of SNS Bank tot aflossing van de eerste en tweede tranche van de Participatie Certificaten op zichzelf geen gegronde reden is om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen. Kort gezegd is het niet onbegrijpelijk dat SNS Reaal c.s., geconfronteerd met het door de Commissie ENS geschetste dilemma - waarmee ook DNB zich geconfronteerd zag - doorslaggevende betekenis hebben toegekend aan de risico's verbonden aan het niet honoreren van de bij de houders van de Participatie Certificaten bestaande - en kennelijk door SNS Bank bij de uitgifte daarvan gewekte - verwachting dat de certificaten na 10 jaar afgelost zouden worden. Ook KPMG heeft, in haar brief van 29 november 2012 (zie 2.76 en 3.76 sub e), gewaarschuwd voor (negatieve) berichtgeving over de financiële stabiliteit van SNS Bank en SNS Reaal indien een verklaring van geen bezwaar (hierna: vvgb) zou uitblijven. Het standpunt van ROOS c.s. dat niet-aflossen met het oog op de financiële positie van SNS Reaal c.s. op de korte termijn aantrekkelijker was, ook omdat onzeker is of een *bank run* zou hebben plaatsgevonden, is speculatief. De afweging van SNS Reaal c.s. was niet onbegrijpelijk, ook gegeven het destijds door DNB ingenomen standpunt. Voor de goede orde zij opgemerkt dat het handelen van DNB als toezichthouder geen onderwerp vormt van de onderhavige procedure.

3.83

Vervolgens is aan de orde de vraag hoe te oordelen over de omstandigheid dat in juni en december 2012 de Participatie Certificaten Serie 1 en 2 zijn afgelost zonder dat SNS Reaal c.s. publiekelijk uitleg heeft gegeven over de achtergrond daarvan. Uit de geciteerde bevindingen van de Commissie ENS volgt dat - kort gezegd - het aflossen van de Participatie Certificaten een onverantwoorde vermindering van het Tier 1-kapitaal tot gevolg had en dat Stichting Beheer niet bereid was om, zoals DNB als voorwaarde voor het afgeven van een vvgb voor de aflossing van de eerste tranche had gesteld, € 30 miljoen aan core Tier 1-kapitaal in te brengen.

3.84

Op dit punt is er wel reden om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. SNS Reaal c.s. hebben geen inzicht verschaft in de mate waarin en de wijze waarop zij onder ogen hebben gezien dat aflossing van de Participatie Certificaten - ten laste van het Tier 1-kapitaal en met goedkeuring van DNB - een te rooskleurig beeld zou kunnen scheppen van de financiële situatie waarin SNS Reaal c.s. zich bevonden indien het werkelijke motief voor het aflossen van de certificaten niet bekend zou zijn. SNS Reaal c.s. hebben geen interne stukken (verslagen, notulen en dergelijke) overgelegd aan de hand waarvan kan worden vastgesteld welke afweging zij op dit punt hebben gemaakt. In de publieke mededelingen van SNS Reaal c.s., zoals het tussentijds financieel verslag van 16 augustus 2012 (zie 2.71) is wel op te maken dat de aflossing van de eerste tranche van de certificaten de Tier 1 ratio negatief heeft beïnvloed, maar gesteld noch gebleken is dat SNS Reaal of SNS Bank indertijd publiekelijk duidelijk heeft gemaakt waarom SNS Bank zich gedwongen zag tot aflossing van de eerste, en later de tweede, tranche van de Participatie Certificaten. Niet duidelijk is of SNS Reaal c.s. hebben overwogen om publiekelijk kenbaar te maken dat SNS Bank zich als gevolg van de bij de uitgifte van de certificaten jegens particuliere spaarders gewekte verwachtingen, verplicht achtte de Participatie Certificaten af te lossen, en waarom SNS Reaal c.s. er niet voor gekozen heeft dit achterliggende motief publiek te maken. Ook is niet duidelijk of SNS Reaal c.s. zich gerealiseerd hebben dat de wijze waarop zij de aflossingen bekend heeft gemaakt de buitenwereld in de waan kon doen verkeren dat de aflossing vrijwillig plaatsvond en dus een signaal was van financiële stabiliteit van SNS Reaal c.s. Het feit dat reeds ten tijde van de aflossing van de eerste tranche in juni 2012 van die stabiliteit geen sprake meer was volgt uit de hierboven geciteerde bevindingen van de Commissie ENS dat SNS Reaal c.s. wisten dat DNB slechts met grote tegenzin en onder de - uiteindelijk niet vervulde - voorwaarde dat de Stichting Beheer € 30 miljoen zou bijdragen ter vervanging van het uitgekeerde kapitaal, de vvgb voor aflossing van de eerste tranche had afgegeven.

3.85

Voorts roept de gang van zaken de vraag op vanaf welk moment SNS Bank en/of SNS Reaal zich realiseerden dat SNS Bank, als gevolg van de bij de uitgifte van de certificaten in 2002 en 2003, of nadien, gewekte verwachtingen, feitelijk of rechtens - op straffe van shadeclaims - gehouden was tot aflossing van de Certificaten aanstonds na het verstrijken van de termijn van 10 jaar na de uitgifte daarvan. SNS Reaal c.s. hebben daarover niets gesteld. Het rapport van de Commissie ENS houdt dienaangaande het volgende in:

- (a) uit een interne risicoanalyse en -planning van DNB van 15 juni 2010 bleek dat “ *aan de horizon (...) de aflossing van de participatiecertificaten [dreigde] (...) als een aankomend probleem*” (pagina 65/66);
- (b) SNS Reaal zag eind 2010 “ *langzamerhand de aflossing van de participatiecertificaten in 2012 in zicht komen*” (pagina 68);
- (c) op 17 januari 2011 berichtte SNS Reaal aan DNB dat zij “ *van plan was de participatiecertificaten die in 2012 voor aflossing in aanmerking zouden komen, binnen afzienbare tijd te vervangen door ander kapitaal*” (pagina 70);
- (d) DNB maakte begin 2012 aan SNS Reaal duidelijk alleen goedkeuring te willen geven voor de aflossing van participatiecertificaten als de Stichting Beheer € 30 miljoen zou bijdragen ter vervanging van het uitgekeerde kapitaal.

Het lijkt er dus op dat SNS Reaal c.s. zich ruimschoots voor het verstrijken van de termijn van 10 jaar realiseerden dat na afloop daarvan aflossing van de Participatie Certificaten onontkoombaar was.



3.86

De vraag wanneer SNS Reaal c.s. zich realiseerden dat zij in 2012 en 2013 de Participatie Certificaten zouden moeten aflossen, is in het bijzonder van belang omdat het voor de hand ligt - zoals DNB uiteindelijk op 4 december 2012 concludeerde - dat het bestaan van een aflossingsverplichting - ondanks de toepasselijke voorwaarden van de certificaten - niet verenigbaar is met de kwalificatie van de certificaten als Tier 1 kapitaal. Daarmee is voorts de vraag aan de orde of SNS Reaal c.s. eerder dan bij het persbericht van 5 december 2012 (zie 3.76 sub f) duidelijk had moeten maken dat de Participatie Certificaten geen (reëel) bestanddeel van het Tier 1 kapitaal vormden. Het standpunt van SNS Reaal c.s. dat de certificaten tot het besluit van DNB van 4 december 2012 zonder meer behoorden tot het Tier 1 kapitaal, gaat voorbij aan de betekenis die het belegend publiek en de buitenwereld in het algemeen konden hechten aan mededelingen van SNS Reaal c.s. omtrent haar Tier 1 kapitaal.

3.87

In het verlengde van het bovenstaande ligt de vraag welke afwegingen SNS Reaal c.s., in het bijzonder met betrekking tot het informeren van de buitenwereld, hebben gemaakt toen bleek dat Stichting Beheer niet bereid was om te voldoen aan de door DNB gestelde voorwaarde van het inbrengen van € 30 miljoen aan kapitaal ter vervanging van het kapitaal dat uitstroomde door de aflossing van de eerste tranche van de certificaten, en SNS Reaal c.s. kennelijk ook niet in staat waren om op andere wijze vervangend kapitaal aan te trekken. Zodra SNS Reaal c.s. wisten dat zij geen andere keus hadden dan de participatiecertificaten in 2012 en in 2013 af te lossen, hadden zij dienen zorg te dragen voor het niettemin op peil houden van het Tier 1 kapitaal. Onduidelijk is welk beleid SNS Reaal c.s. te dien aanzien hebben gevoerd.

3.88

Voor zover ROOS c.s. zich keren tegen het compensatievoorstel van 11 juli 2013 aan de (onteigende) houders van Participatie Certificaten Serie 3, geldt dat ROOS c.s. onvoldoende belang hebben bij het betrekken van dit compensatievoorstel in het te gelasten onderzoek. De (onteigende) obligatiehouders waarvoor ROOS c.s. opkomen hebben als gevolg van de Onteigening recht op een volledige schadeloosstelling met als peildatum het tijdstip van de Onteigening, zijnde 1 februari 2013. Op dat tijdstip had SNS Bank nog niet besloten tot aflossing van de Participatie Certificaten Serie 3 en evenmin tot aanbieding van het compensatievoorstel. Om dezelfde reden kan het bezwaar van ROOS c.s. tegen de wijze waarop de aflossing van de Series 1 en 2 in de jaarrekening 2012 zijn verwerkt, wat daar verder van zij, geen voorwerp zijn van het te gelasten onderzoek.

### **Misleidende berichtgeving aan het belegend publiek over de solvabiliteit van Reaal en over State Securities**

3.89

ROOS c.s. hebben aangevoerd dat SNS Reaal misleidende berichtgeving heeft gepubliceerd over de solvabiliteit van SNS Reaal door de schuld van Reaal van € 700 miljoen aan SNS Bank niet te verdisconteren in de gepubliceerde solvabiliteitsratio van Reaal en daarmee van SNS Reaal. Reaal had een schuld van € 700 miljoen aan SNS Bank terwijl SRLEV N.V. (hierna: SRLEV), een dochtervennootschap van Reaal, een vordering had op SNS Bank van € 800 miljoen. Die laatste vordering was echter verpand aan SNS Bank als zekerheid voor de vordering van SNS Bank op Reaal. Op grond van die verpanding had de vordering van SRLEV op SNS Bank in mindering moet worden gebracht op de gerapporteerde solvabiliteit, zoals de minister van Financiën bij brief van 16 februari 2015 aan de Tweede Kamer heeft gemeld. De op 6 november 2012 gerapporteerde solvabiliteit was dus niet juist.

ROOS c.s. hebben voorts aangevoerd dat SNS Reaal de in 2008 aan de Staat uitgegeven *securities* (zie 2.41) ten onrechte is blijven kwalificeren als Tier 1 kapitaal nadat in 2012 was komen vast te staan dat, nu geen conversie in gewone aandelen had plaatsgevonden, ultimo 2013 deze staatssteun terugbetaald diende te worden. In het bijzonder in het halfjaarbericht 2012 en de *Trading update* van 6 november 2012 had SNS Reaal daarover duidelijkheid moeten verschaffen. ROOS c.s. hebben ook bezwaren tegen de wijze waarop de aan de Staat uitgegeven *securities* na de Onteigening zijn verwerkt in de jaarrekening van SNS Reaal.

3.90

SNS Reaal c.s. hebben aangevoerd dat de vraag of de verpande vordering van SRLEV op SNS Bank moet worden aangemerkt als beklemd vermogen in de zin van artikel 89 lid 1 Besluit prudentiële regels Wft na de Onteigening is opgekomen en toen bevestigend is beantwoord, zonder dat het heeft geleid tot aanpassing van de jaarrekeningen van SNS Reaal en SRLEV. Op geconsolideerd niveau is de kwestie niet van invloed

geweest op de gepubliceerde solvabiliteitscijfers. SNS Reaal c.s. betwisten voorts dat zij onjuiste mededeling heeft gedaan over de in 2008 ontvangen staatssteun in de vorm van *Core Tier 1 Securities*. ROOS c.s. miskennen volgens SNS Reaal c.s. dat in geval van conversie in aandelen, de staat aanspraak had kunnen maken op terugbetaling tegen de uitgifteprijs van 2008. De *securities* hadden dezelfde *ranking* als gewone aandelen, waren eeuwigdurend, kenden geen aflossingsverplichting en waren dienovereenkomstig Core Tier 1 kapitaal onder de toezichtregelgeving, zoals in de jaarverslagen 2008 tot en met 2011 steeds is vermeld. Na de Onteigening zijn de door de staat gehouden *securities* - die niet zijn onteigend omdat de Staat die reeds zelf bezat - gestort als agio op de gewone aandelen SNS Reaal. Dat regardeert ROOS c.s. overigens niet.

3.91

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt.

3.92

Omdat SNS Reaal c.s. niet betwisten dat de kwalificatie van de verpande vordering van SRLEV op SNS Bank als beklemd vermogen in de zin van artikel 89 lid 1 Besluit prudentiële regels Wft betekent dat de solvabiliteit van Reaal € 700 miljoen lager was dan voorafgaand aan de Onteigening werd gerapporteerd en omdat SNS Reaal c.s. hebben betwist dat het bestuur en de raad van commissarissen van SNS Reaal op de hoogte waren van de verpanding, bestaat er gegronde twijfel aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken met betrekking tot deze kwestie in de periode voorafgaand aan de Onteigening. Kennelijk had SNS Reaal geen juist beeld van de solvabiliteit van Reaal. Volledigheidshalve merkt de Ondernemingskamer nog op dat de minister van Financiën in zijn brief van 16 februari 2015 aan de Tweede Kamer (zie 3.89) heeft bericht dat de Auditdienst Rijk een en ander nader zal onderzoeken en dat de Tweede Kamer over de uitkomsten daarvan zal worden geïnformeerd. Ten tijde van de mondelinge behandeling van het onderhavige verzoek was de uitkomst van dit onderzoek nog niet bekend.

3.93

Met betrekking tot de kwalificatie van de in 2008 aan de Staat uitgegeven *securities* overweegt de Ondernemingskamer als volgt. De inhoud van het rapport van de Commissie ENS - door SNS Reaal c.s. aangevoerd als reden waarom er geen aanleiding is op dit punt een enquête te gelasten - strookt niet met het standpunt van SNS Reaal c.s. over het karakter van de aan de Staat uitgegeven *securities*. Zo houdt het rapport van de Commissie ENS onder meer in:

*“ Uiterlijk op 31 december 2013 moest SNS Reaal de CT1 securities aflossen.”*

(pagina 157)

“In november 2008 verleende de minister van Financiën kapitaalsteun aan SNS Reaal. Op 3 december 2008 meldde het ministerie van Financiën deze kapitaalsteun bij de Europese Commissie. (...) Op basis van het ingediende levensvatbaarheidsplan kwam de Europese Commissie op 28 januari 2010 tot de conclusie dat de kapitaalinjectie in SNS Reaal voldeed aan de voorwaarden in de banken- en herkapitalisatiemededeling. (...) Het levensvatbaarheidsplan dat door Nederland werd ingediend, bevatte een indicatief schema waarin werd bepaald op welke termijn SNS Reaal de Staat zou terugbetalen. (...)

SNS Reaal kan niet op tijd terugbetalen

Vanwege de verslechterde financiële positie van SNS Reaal heeft het bedrijf in 2010 en 2011 geen dividend uitgekeerd. De voorwaarden voor de steun bepaalden dat in een dergelijke situatie ook geen coupon zou worden betaald op de CT1 securities. Op 9 december 2011 deed het ministerie van Financiën dan ook een officiële renotificatie van de kapitaalinjectie bij de Europese Commissie. De Europese Commissie besloot op 12 december geen bezwaar te maken tegen het uitstel van de coupon. Daaraan ligt een aantal toezeggingen van de Nederlandse Staat ten grondslag. Zo zou SNS Reaal uiterlijk eind 2013 alle steun aan de Staat moeten hebben terugbetaald. Dit onder voorbehoud van goedkeuring door De Nederlandsche Bank. Afbetaling van de steun aan de Staat kreeg daarom voor SNS Reaal prioriteit; de Stichting Beheer SNS Reaal heeft aanvaard dat zij pas na de Staat zal worden terugbetaald.”

(pagina 305/306)

3.94

De Ondernemingskamer begrijpt daaruit dat enerzijds de voorwaarden waaronder de *securities* aan de staat zijn uitgegeven geen aflossingsplicht kenden, maar dat anderzijds, in het kader van de van de Europese Commissie benodigde goedkeuring voor de staatssteun, door de Staat is toegezegd dat SNS Reaal de staatssteun uiterlijk op 31 december 2013 zal terugbetalen. SNS Reaal voelde zich daartoe kennelijk ook zelf verplicht, getuige haar brief van 13 januari 2013 aan het ministerie van Financiën (zie 2.79) waarin zij schrijft dat zij “ voor het einde van 2013 een bedrag van € 565 miljoen aan overheidssteun (plus een premie van 50%) moet terugbetalen” . Het Onteigeningsbesluit van 1 februari 2013 vermeldt voorts dat SNS Reaal en de Staat “ zich tegenover de Europese Commissie gecommitteerd [hebben] aan de terugkoop van de kapitaalsteun van de Staat der Nederlanden ultimo 2013”.

3.95

SNS Reaal c.s. hebben niet toegelicht waarom, ondanks deze verplichting tot terugbetaling, in de jaarverslagen 2008 tot en met 2011 als kenmerken van de ‘securities Nederlandse Staat’ slechts wordt vermeld dat deze eeuwigdurend achtergesteld zijn. Dit roept de vraag op of die jaarrekeningen te dien aanzien het juiste inzicht boden hetgeen een reden is om te twifelen aan een juist beleid.

3.96

ROOS c.s. hebben onvoldoende belang bij een onderzoek naar de wijze waarop de aan de Staat uitgegeven *securities* na de Onteigening zijn verwerkt in de jaarrekening van SNS Reaal over 2012, omdat die jaarrekening pas na de Onteigening is gepubliceerd. Die bezwaren behoeven daarom geen inhoudelijke bespreking.

### **De rol van het bestuur van SNS Reaal bij de onteigening van niet-achtergestelde schadevorderingen van de onteigende aandeelhouders van SNS Reaal**

3.97

Het Onteigeningsbesluit had niet slechts betrekking op door SNS Reaal uitgegeven aandelen en door SNS Reaal en SNS Bank uitgegeven obligaties, maar tevens op “ *alle verplichtingen en aansprakelijkheden van SNS REAAL N.V. of SNS Bank N.V. jegens krachtens het eerste lid onteigende partijen of jegens voormalige houders van de krachtens dat lid onteigende effecten, voor zover die verplichtingen of aansprakelijkheden verband houden met het (voormalige) bezit van bedoelde effecten.*” Het besluit strekte tot onteigening van deze verplichtingen en aansprakelijkheden ten name van de Stichting Afwikkeling Onderhandse Schulden SNS Reaal (hierna: Stichting AOS). Stichting AOS is op 1 februari 2013 opgericht met benoeming van SNS Reaal tot enig bestuurder. Het Onteigeningsbesluit voorzag een afwikkeling van Stichting AOS via faillissement. Op 14 oktober 2013 is Stichting AOS failliet verklaard. Bij beslissing van 25 februari 2013 heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State het Onteigeningsbesluit vernietigd voor zover het strekt tot onteigening van de genoemde verplichtingen en aansprakelijkheden van SNS Reaal en SNS Bank.

3.98

VEB c.s. stellen dat SNS Reaal eraan heeft meegewerkt dat haar aandeelhouders niet alleen hun aandelen verloren, maar (aanvankelijk) ook hun schadevorderingen op SNS Reaal en SNS Bank voortvloeiend uit het wanbeleid dat het verlies van hun aandelen tot gevolg heeft gehad. Dat is volgens VEB c.s. een gegronde reden om aan een juist beleid te twifelen.

3.99

SNS Reaal c.s. hebben gesteld dat zij geen enkele rol hebben gespeeld bij de onteigening van de schadevorderingen en bij de oprichting van de Stichting AOS. Zonder dat SNS Reaal daarvan wist, heeft de minister van Financiën, bij wijze van onmiddellijke voorziening als bedoeld in artikel 6:1 lid 1 Wft, in het Onteigeningsbesluit SNS Reaal benoemd tot bestuurder van Stichting AOS, aldus SNS Reaal.

3.100

VEB c.s. hebben, noch in hun verzoekschrift, noch bij gelegenheid van de mondelinge behandeling, in reactie op bovenstaand verweer van SNS Reaal c.s. feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan blijken van enige betrokkenheid van SNS Reaal c.s. bij de onteigening van de schadevorderingen en bij de Stichting AOS. De Ondernemingskamer concludeert daarom dat er geen aanleiding is deze onderwerpen in het te gelasten onderzoek te betrekken, nog daargelaten dat de onteigening van de schadevorderingen is gestrand bij de Raad van State.

## De intrekking door SNS Reaal en SNS Bank van hun bezwaar tegen het SREP-besluit

### 3.101

Met betrekking tot dit onderwerp staat het volgende vast. DNB heeft op 18 januari 2013 het voorgenomen SREP-besluit aan SNS Reaal gezonden, hetgeen heeft geleid tot een zienswijze van SNS Reaal c.s. van 24 januari 2013, die dezelfde dag mondeling is behandeld bij DNB, waarna DNB op 27 januari 2013 een definitief SREP-besluit heeft genomen (zie 2.81). Op 28 januari 2013 hebben SNS Reaal c.s. bij DNB een bezwaarschrift op nader aan te voeren gronden ingediend tegen het SREP-besluit. Bij brief van 22 juli 2013 hebben SNS Reaal c.s. het bezwaar tegen het SREP-besluit ingetrokken.

### 3.102

VEB c.s. heeft het volgende aangevoerd. VEB (die naderhand in haar eigen bezwaar tegen het SREP-besluit niet ontvankelijk is verklaard) heeft bij SNS Reaal c.s. aangedrongen op het handhaven van hun bezwaar tegen het SREP-besluit. Niettemin hebben SNS Reaal c.s. op 22 juli 2013 hun bezwaar tegen het SREP-besluit ingetrokken, zonder daarvoor een verklaring te geven. Eerder, bij het kenbaar maken van de mondelinge zienswijze op 24 januari 2013 met betrekking tot het (toen nog voorgenomen) SREP-besluit, hadden SNS Reaal c.s. zich op het standpunt gesteld dat het door DNB berekende kapitaaltekort van € 1,9 miljard onjuist was en dat het rapport van Cushman & Wakefield voor de berekening van het kapitaaltekort geen bruikbare basis is. Intrekking van het bezwaar tegen het SREP-besluit is schadelijk voor de onteigende aandeelhouders omdat, indien het SREP-besluit zou zijn vernietigd het toekomstperspectief van SNS Reaal bij 1 februari 2013 - uitgangspunt bij de vaststelling van de schadeloosstelling na de Onteigening - aanmerkelijk gunstiger zou zijn geweest. Kennelijk is het bezwaar ingetrokken onder druk van de minister van Financiën als aandeelhouder. Die intrekking is in strijd met artikel 2:8 BW, nu SNS Reaal daarbij ten onrechte niet de belangen van de onteigende aandeelhouders heeft meegewogen, aldus steeds VEB c.s.

### 3.103

Ook de Stichting Beheer acht intrekking van het bezwaar tegen het SREP-besluit, al dan niet op instructie van de Staat, een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. Het Onteigeningsbesluit is in belangrijke mate gebaseerd op het oordeel van DNB dat SNS Bank een kapitaaltekort van circa € 1,9 miljard had, welk oordeel op zijn beurt in belangrijke mate berust op rapporten van Cushman & Wakefield, die volgens SNS Reaal c.s. zelf niet juist zijn, zoals SNS Reaal c.s. in hun zienswijze voorafgaand aan het SREP-besluit heeft aangevoerd. SNS Reaal heeft in die zienswijze ook andere bezwaren tegen het (voorgenomen) SREP-besluit aangevoerd.

### 3.104

SNS Reaal c.s. hebben als verweer aangevoerd dat VEB niet ontvankelijk is verklaard in haar bezwaar tegen het SREP-besluit omdat zij geen belanghebbenden zijn en daarom in deze enquêteprocedure niet kunnen betogen dat SNS Reaal in het belang van VEB c.s. het bezwaar tegen het SREP-besluit had moeten handhaven. SNS Reaal waren niet verplicht het bezwaar door te zetten in het vermeende belang van de voormalige aandeelhouders. Aan de intrekking ligt bovendien een zorgvuldige afweging ten grondslag. SNS Reaal c.s. hebben op grond daarvan geoordeeld dat voortdurende onzekerheid en onrust niet in het belang van SNS Reaal c.s. en haar stakeholders is.

### 3.105

Naar de Ondernemingskamer begrijpt is aan de intrekking van het bezwaar overleg voorafgegaan tussen SNS Reaal c.s. en DNB. Dit heeft er toe geleid dat DNB bij brief van 22 juli 2013 aan SNS Reaal c.s. heeft bevestigd dat het SREP-besluit geen oordeel inhoudt over de rapporten van Ernst & Young (zie 2.90) en over het gevoerde beleid in 2012 en dat het SNS Reaal c.s. vrij staat in andere procedures vast te houden aan hun bezwaren tegen het rapport van Cushman & Wakefield. In de brief aan DNB van 22 juli 2013 heeft SNS Reaal de volgende redenen genoemd voor de intrekking van het bezwaar:

“Met inachtneming van de verduidelijking in uw brief, in aanmerking genomen dat inmiddels aan de kapitaalrekening zoals gesteld in het SREP-besluit is voldaan, alsmede dat SNS het meest gebaat is bij rust, en een verdere voortzetting van een debat daaraan niet bijdraagt en risico's meebrengt voor SNS, welk gegeven zwaar mag en moet wegen voor het bestuur en de RvC van SNS, zijn het bestuur en de RvC tot de conclusie gekomen dat, alle belangen afwegende, een aanvulling van de gronden van bezwaar, uitsluitend vanwege de reeds geuite bezwaren tegen de onderbouwing van het Cushman & Wakefield rapport, niet meer opportuun wordt



geacht en trekt SNS derhalve het bezwaar in.”

3.106

De Ondernemingskamer ziet in de gang van zaken met betrekking tot de intrekking van het bezwaar tegen het SREP-besluit en in de daarbij door SNS Reaal c.s. gemaakte belangenafweging geen gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. Gegeven de Onteigening konden SNS Reaal c.s. oordelen dat zij zelf geen, althans - afgewogen tegen de nadelen van het handhaven van het bezwaar - onvoldoende belang hadden bij voortzetting van de procedure tegen het SREP-besluit. De omstandigheid dat, naar VEB c.s. en Stichting Beheer stellen, de onteigende aandeelhouders belang hebben bij handhaving van het bezwaar tegen het SREP-besluit maakt dat niet anders. Zoals de Ondernemingskamer in de procedure met betrekking tot de schadeloosstelling na de Onteigening heeft overwogen vormen het bestaan van de mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen het SREP-besluit en de grootte van de kans op succes van dat bezwaar en beroep zoals die op het peiltijdstip (1 februari 2013) bestond, feiten en omstandigheden die bij de waardebeoordeling meetellen. Daaruit volgt dat de intrekking van het bezwaar op een tijdstip gelegen na de peildatum, een omstandigheid is die in die procedure buiten beschouwing blijft (zie OK 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, r.o. 6.8). Evenzo zou, indien het bezwaar zou zijn gehandhaafd, de uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure tegen het SREP-besluit niet bepalend zijn geweest voor de vaststelling van de kans op succes van dat bezwaar en beroep zoals die op het peiltijdstip (1 februari 2013) bestond. Het betoog van Stichting Beheer bij de mondelinge behandeling dat indien het bezwaar zou zijn gehandhaafd en het SREP-besluit zou zijn vernietigd, in de onteigeningsprocedure tot uitgangspunt genomen zou moeten worden dat op de peildatum de kans van slagen van het bezwaar groter is dan in de thans bestaande situatie, miskent dat tot het toekomstperspectief van SNS Reaal c.s. op de peildatum behoort de op dat moment bestaande kans van slagen van het bezwaar tegen het SREP-besluit en dat de grootte van die kans op de peildatum niet beïnvloed wordt door het verdere verloop van de bezwaarprocedure nadien. Daarom is niet in te zien dat de onteigende aandeelhouders een zodanig belang hadden bij handhaving van het bezwaar tegen het SREP-besluit, dat dit belang SNS Reaal c.s. had moeten weerhouden van het intrekken van dat bezwaar, nog daargelaten of en in welke mate de rechtsverhouding tussen SNS Reaal c.s. en de onteigende aandeelhouders sinds het tijdstip waarop de Onteigening onherroepelijk is, wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.

3.107

De Stichting Beheer heeft nog aangevoerd dat het van groot maatschappelijk belang is om in rechte vast te kunnen stellen of het SREP-besluit (en daarmee de Onteigening) op een deugdelijke grondslag berustte en dat SNS Reaal c.s. dat onmogelijk hebben gemaakt door intrekking van hun bezwaar. De omstandigheid dat SNS Reaal c.s. in dit gestelde maatschappelijk belang - dat veeleer betrekking heeft op de rol van DNB voorafgaand aan de Onteigening dan op het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. - geen aanleiding hebben gezien om een bezwaar tegen het SREP-besluit te handhaven is, gelet op de overige door SNS Reaal c.s. daarbij in aanmerking genomen belangen, geen reden om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken.

#### **Overige gronden aangevoerd door Stichting Beheer**

3.108

Naast het hierboven besproken bezwaar tegen de intrekking door SNS Reaal c.s. van hun bezwaar tegen het SREP-besluit, heeft Stichting Beheer aangevoerd dat onder meer uit het Onteigeningsbesluit (zie 2.84) blijkt dat er voorafgaand aan de Onteigening langdurige en intensieve onderhandelingen hebben plaatsgevonden tussen SNS Reaal, DNB en het ministerie van Financiën. De Stichting Beheer acht het van groot (maatschappelijk) belang dat onderzoek wordt gedaan naar het optreden van SNS Reaal in deze onderhandelingen en naar de informatie en de standpunten van SNS Reaal in dat kader.

3.109

SNS Reaal c.s. hebben er terecht op gewezen dat Stichting Beheer niet duidelijk heeft gemaakt dat en waarom met betrekking tot de contacten tussen SNS Reaal c.s., het ministerie en DNB in de periode voorafgaand aan de Onteigening sprake zou zijn geweest van gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken van SNS Reaal c.s. te twijfelen. Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft Stichting Beheer naar voren gebracht dat veel informatie ontbreekt over het optreden van het bestuur van SNS Reaal in de aanloop tot de Onteigening, maar Stichting Beheer heeft ook daarbij niet geconcretiseerd

waarom getwijfeld zou moeten worden aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken. Ook met betrekking tot het in 2012 niet converteren van de *state securities* in gewone aandelen heeft Stichting Beheer slechts gesteld dat geen inzicht bestaat in de besluitvorming daarover, maar niet dat die besluitvorming blijk geeft van gegronde twijfel aan een juist beleid. De stelling van Stichting Beheer dat het maatschappelijk belang gediend is bij het verkrijgen van openheid van zaken over de bedoelde interactie tussen SNS Reaal c.s., het ministerie en DNB, is op zichzelf - bij gebreke van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken - geen toereikende grond voor toewijzing van het enquêteverzoek van Stichting Beheer.

### **Het standpunt van [verweerder 17]**

3.110

[verweerder 17] heeft naar voren gebracht dat hij een, tot het domein van de politiek behorend, plan heeft bedacht waarmee uiteenlopende uitdagingen waarvoor de maatschappij zich gesteld ziet, opgelost kunnen worden. De Ondernemingskamer rekent de beoordeling van dit plan niet tot haar taak en acht bespreking van dit plan niet dienstig bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de enquêteverzoeken van VEB c.s. en Stichting Beheer.

### **De doelstellingen van het enquêterecht en afweging van belangen**

3.111

SNS Reaal c.s., de Staat en NLF1 hebben aangevoerd dat de verzoeken van VEB c.s. en Stichting Beheer niet stroken met de doelstellingen van het enquêterecht en dat een belangenafweging moet leiden tot afwijzing van het enquêteverzoek.

3.112

SNS Reaal c.s. hebben daartoe aangevoerd dat, gegeven de Onteigening, VEB c.s. met het enquêteverzoek slechts beoogt feiten te verzamelen ten behoeve van een civiele aansprakelijkheidsprocedure, waartoe het enquêterecht zich niet leent. VEB c.s. beschikken reeds over veel informatie, onder meer het rapport van de Commissie ENS, jaarverslagen, perspublicaties, verslagen van hoorzittingen in de Tweede Kamer en andere openbare stukken. Een enquête belast SNS Reaal c.s. onevenredig zowel in tijd als geld en wordt gecompliceerd door het feit dat Property Finance geen onderdeel meer uitmaakt van SNS Reaal.

3.113

De Staat stelt zich op het standpunt dat het gelasten van een enquête niet bij kan dragen aan het verwezenlijken van de doelstellingen van het enquêterecht, omdat er al openheid van zaken is en de verhoudingen binnen de vennootschappen na de Onteigening gezond zijn, zodat aan sanering geen behoefte bestaat. Ter illustratie van de reeds bestaande openheid van zaken verwijst de Staat naar het rapport van de Commissie ENS (413 pagina's), de hoorzitting van de Tweede Kamer op 8 maart 2013, waar veel betrokkenen verantwoording hebben afgelegd en naar de gegevens waarover VEB c.s., getuige hun verzoekschrift, reeds beschikken. De enquêteverzoeken van VEB c.s. en Stichting Beheer hebben slechts als doel om gegevens te verkrijgen ten behoeve van aansprakelijkheidsprocedures, terwijl schadeclaims in strijd zijn met doel en strekking van de Interventiewet. Die wet voorziet in een volledige schadeloosstelling van de onteigende aandeelhouders. Volgens de Staat zou een enquête voorts de door de Interventiewet beoogde rust en stabiliteit doorkruisen en daarmee onevenredige schade toebrengen aan de beoogde privatisering van (onderdelen van) SNS Reaal; een enquête schrikt (buitenlandse) kopers af en vormt een aanzienlijke belasting voor SNS Reaal c.s. De Staat heeft voorts aangevoerd dat een enquête waarvan de kosten worden gedragen door SNS Reaal c.s. (en dus indirect door de Staat) onverenigbaar is met de Interventiewet en Richtlijn 2004/59/EU (Bank Recovery and Resolution Directive) en Verordening 806/2014 (Single Resolution Mechanism), die berust op het principe dat risicodragende kapitaalverschaffers en crediteuren de kosten van een reddingsoperatie dragen. Ook het openbaar belang verzet zich tegen een enquête, aldus de Staat.

3.114

NLF1 hebben zich op het standpunt gesteld dat het publieke belang niet gediend is bij een enquête. Een enquête bemoeilijkt de verkoop van SNS Bank en beperkt de mogelijkheden van SNS Bank tot het aantrekken van kapitaal. Het belangrijkste doel van een enquête - het verkrijgen van openheid van zaken - is al gerealiseerd door de gegevens die reeds voorhanden zijn over het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s.

### 3.115

VEB c.s. hebben in reactie op deze standpunten aangevoerd dat het enquêteverzoek strekt tot het verkrijgen van openheid van zaken en vaststelling wie verantwoordelijk is voor mogelijk wanbeleid en daarmee de doeleinden van het enquêterecht nastreeft. De inhoud van de door SNS Reaal c.s., de Staat en NLF genoemde stukken en rapporten bieden geen inzicht in de interne gang van zaken, de beraadslagingen en de besluitvorming van SNS Reaal c.s. Het rapport van de Commissie ENS besteedt slechts acht pagina's aan misstanden en integriteitsteksties bij SNS Reaal en Property Finance en ook de hoorzitting in de Tweede Kamer op 8 maart 2013 is geen substituut voor een enquête. Dat laatste geldt ook voor de schadeloosstellingsprocedure die slechts betrekking heeft op de waarde van de onteigende aandelen en effecten op het tijdstip van de Onteigening en niet op (schade als gevolg van) het beleid en de gang van zaken voorafgaand aan die peildatum. Het argument dat een enquête de doelstellingen van de Interventiewet zou doorkruisen, acht VEB c.s. onjuist en oneigenlijk. Als gevolg van de uitspraak van de Raad van State zijn de civielrechtelijke aanspraken van de voormalige effectenbezitters niet onteigend, 'spoedige privatisering' is geen doelstelling van de Interventiewet en openheid van zaken kan bijdragen aan de resterende privatisering van SNS Bank. Gelet op het feit dat de civielrechtelijke vorderingen van de voormalige effectenbezitters (uiteindelijk) niet zijn onteigend, kan niet gezegd worden dat de omstandigheid dat de kosten van een te gelasten onderzoek voor rekening van SNS Reaal (en daarmee indirect voor rekening van de Staat) komt, strijdig is met de Interventiewet.

### 3.116

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt.

### 3.117

De verzoeken van VEB c.s. en Stichting Beheer vallen binnen de reikwijdte van de doelstellingen van het enquêterecht. De verzoeken strekken tot het verkrijgen van openheid van zaken en vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid. De omstandigheid dat daarnaast, als gevolg van de Onteigening en de daarop volgende gebeurtenissen, de onderhavige procedure niet tevens ten dienste staat van sanering en herstel van gezonde verhoudingen binnen SNS Reaal c.s., is niet van belang.

### 3.118

Niet gezegd kan worden dat de inmiddels bekende feiten en omstandigheden ten aanzien van het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. in de periode tot 1 februari 2013, het belang aan een enquête ontnemen. Het onderzoek van de Commissie ENS was in hoofdzaak gericht op de vraag of DNB en de minister van Financiën tijdig en toereikend hebben gehandeld ten aanzien van SNS Reaal, was niet gericht op de interne gang van zaken binnen SNS Reaal c.s. en besteedt slechts summier aandacht aan "*misstanden en integriteitsteksties*" bij SNS Reaal c.s. (zie 2.91). Niet valt in te zien dat de hoorzitting in de Tweede Kamer op 8 maart 2013 over de nationalisatie van SNS, waarvan een verslag van 62 pagina's beschikbaar is, een enquête overbodig zou maken. Daarnaast geldt dat eerdere onderzoeken en publicaties niet strekten tot vaststelling van een eventueel wanbeleid en aanwijzing van verantwoordelijken daarvoor.

### 3.119

Er bestaat ook met inachtneming van de in deze procedure overgelegde stukken geen openheid van zaken met betrekking tot het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. Zo hebben SNS Reaal c.s. weliswaar meer dan 150 producties overgelegd, maar daartoe behoren niet notulen van de vergaderingen van het bestuur en van de raad van commissarissen van SNS Reaal en SNS Bank uit de periode 2007 tot en met 2013 en veel andere interne stukken. Meer in het bijzonder ontbreken:

- de 'kaderbrieven' van SNS Reaal aan SNS Bank en Property Finance en stukken met betrekking tot het verschil van opvatting tussen SNS Reaal en de directie van Property Finance over de groeidoelstelling voor 2009 (zie 3.41);
- interne informatie over de leningproductie van Property Finance;
- de (volledige) rapportage van de afdeling Concern Audit van SNS Reaal van 29 oktober 2008 (zie 2.40);
- de kwartaalrapportages van de afdeling Concern Audit over Q3 2007, Q4 2008, Q2 en Q3 2009 en alle

kwartaalrapportages vanaf 2010;

- stukken over het Project Core (vanaf 2009);
- de bijzondere rapportage van de afdeling Concern Audit in 2009 over de Business Unit International van Property Finance getiteld *Fasten your seatbelts* (zie 2.50);
- de rapportages van HIG over onregelmatigheden en tekortschietend beheer bij Property Finance (zie 2.64);
- rapportages van de Adviescommissie Vastgoed in 2011 aan de raad van commissarissen van SNS Reaal over Property Finance (zie 3.65);
- de (volledige) rapporten van Ernst & Young van 31 oktober 2012 over de *core* en de *non-core* portefeuilles van Property Finance (zie 2.73).

Deze opsomming is niet uitputtend en de genoemde stukken zijn uiteraard slechts die waarvan het bestaan in deze procedure uit andere stukken is gebleken of die in onvolledige vorm zijn overgelegd. Voor de hand ligt dat SNS Reaal c.s. vooral stukken hebben overgelegd die steun bieden aan hun verweer en dat zij in deze procedure niet hebben gestreefd naar volledige openheid van zaken. Het ligt mede daarom voor de hand dat er nog talloze andere interne stukken van SNS Reaal c.s. bestaan die licht kunnen werpen op het beleid en de gang van zaken met betrekking tot de hierboven besproken onderwerpen in de periode 2006 tot 1 februari 2013. De Ondernemingskamer volgt daarom niet de stelling van SNS Reaal c.s. en de Staat dat VEB c.s. en Stichting Beheer geen belang hebben bij hun verzoeken.

### 3.120

De omstandigheid dat VEB c.s. en Stichting Beheer mogelijk voor ogen hebben dat het verslag van het te gelasten onderzoek en een oordeel van de Ondernemingskamer over de vraag of zich wanbeleid heeft voorgedaan en wie voor eventueel blijkend wanbeleid verantwoordelijk is, dienstig kan zijn bij de beantwoording van de vraag of aanleiding bestaat een vordering tot schadeloosstelling in te stellen, betekent niet dat het hier gaat om een geschil van louter vermogensrechtelijke aard, waarbij de doeleinden van een enquêteprocedure niet verwezenlijkt kunnen worden (HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, *NJ* 2006, 173 (*Unilever*)). Dit achterliggende motief doet er niet aan af dat VEB c.s. het verkrijgen van openheid van zaken, een van de doeleinden van het enquêterecht, nastreeft (vgl. OK 5 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991, *JOR* 2013, 41 (*Fortis*)).

### 3.121

Beantwoording van de vraag of een aansprakelijkheidsprocedure van onteigende aandeelhouders tegen SNS Reaal c.s. verenigbaar is met doel en strekking van de Interventiewet en het door de Staat genoemde Europese recht behoort niet tot de bevoegdheid van de Ondernemingskamer en geen van partijen heeft aangevoerd dat een eventuele aansprakelijkheidsprocedure gericht tegen voormalige bestuurders en commissarissen of tegen derden - overigens evenmin behorend tot de bevoegdheid van de Ondernemingskamer - strijdig is met de Interventiewet. Voor de goede orde merkt de Ondernemingskamer nog op dat, zoals hierboven al aan de orde was, de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State het onteigeningsbesluit heeft vernietigd voor zover het strekte tot onteigening van - kort gezegd - verplichtingen en aansprakelijkheden van SNS Reaal c.s. jegens de onteigende aandeelhouders en obligatiehouders. Wat er ook zij van de verhouding tussen de Interventiewet, Richtlijn 2004/59/EU en Verordening 806/2014 enerzijds en de toelaatbaarheid van aansprakelijkheidsprocedures van onteigende aandeelhouders tegen SNS Reaal c.s. anderzijds, niet is in te zien dat het gelasten van een enquête strijdig zou zijn met deze regelgeving.

### 3.122

Bij de afweging van belangen stelt de Ondernemingskamer voorop dat de enquêteverzoeken betrekking hebben op een grote financiële instelling (mede omvattende een systeembank) die in zodanige moeilijkheden is komen te verkeren dat de minister van Financiën zich genoodzaakt zag de instelling te nationaliseren, onder aanbieding van een schadeloosstelling van nihil aan de onteigende aandeelhouders en obligatiehouders. Zoals de Hoge Raad al overwoog is de Onteigening immers gevolg van de positie waarin SNS Reaal op 1



februari 2013 verkeerde, en kan die positie niet los worden gezien van het daaraan voorafgegane beleid binnen SNS Reaal (HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2456, *NJ* 2017, 74). De Staat is er naar het oordeel van de Ondernemingskamer ten onrechte aan voorbijgegaan dat, vanwege deze omstandigheden en mede gelet op de preventieve werking die uitgaat van de mogelijkheid tot gelasten van een enquête (HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 465 (*Ogem*), HR 18 november 2005, *NJ* 2006, 173 (*Unilever*) en HR 26 juni 2009, *NJ* 2011, 210 (*KPNQwest*)), een algemeen maatschappelijk belang bestaat bij het verkrijgen van openheid van zaken over het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. en bij een eventueel oordeel van de rechter daarover. De Ondernemingskamer volgt de Staat daarom niet in zijn standpunt dat het openbaar belang zich verzet tegen een enquête.

### 3.123

Bij de afweging van belangen acht de Ondernemingskamer voorts van belang dat de periode waarop het verzochte onderzoek betrekking heeft eindigt in 2013, dat sindsdien geruime tijd is verstreken en dat na de Onteigening SNS Reaal als concern is ontmanteld. De verzekeringsactiviteiten die onderdeel waren van Reaal N.V., sinds 1 juli 2014 genaamd Vivat N.V., zijn per 26 juli 2015 verkocht aan de Chinese verzekeraar Anbang Insurance Group. SNS Bank is op 30 september 2015 afgesplitst van SNS Reaal; alle aandelen in SNS Bank, thans genaamd de Volksbank N.V., worden gehouden door een daartoe opgerichte houdstermaatschappij genaamd Volksholding B.V. en NLF1 beheert alle aandelen in Volksholding B.V. De Staat is voornemens de Volksbank op termijn te privatiseren. In juni 2016 heeft de Staat overeenstemming bereikt over verkoop van Property Finance, inmiddels genaamd Propertize, aan Lone Star Funds en J.P. Morgan Securities Plc. en deze verkoop is op 27 september 2016 afgerond.

### 3.124

Tegen deze achtergrond acht de Ondernemingskamer niet aannemelijk dat een te gelasten enquête een wezenlijke belemmering vormt voor een gehele of gedeeltelijke privatisering van de Volksbank N.V., nog daargelaten dat, anders dan de Staat heeft aangevoerd, “spoedige privatisering” geen doelstelling van de Interventiewet is. Gelet op de Onteigening, de ontwikkelingen nadien en de daarmee samenhangende omstandigheid dat de enquêteverzoeken niet gericht zijn op enige vorm van sanering, valt niet in te zien dat een potentiële koper van (aandelen) de Volksbank de (afschrikwekkende) verwachting zou hebben dat de Ondernemingskamer voorzieningen op de voet van artikel 2:349a BW of 2:356 BW zal treffen die van invloed zijn op het toekomstige functioneren van de Volksbank.

### 3.125

Gelet op hetgeen volgens de eigen stellingen van de SNS Reaal c.s., de Staat en NLF1 reeds bekend is over het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. in de periode tot 22 juli 2013, acht de Ondernemingskamer het ook niet reëel om te verwachten dat (negatieve) publiciteit die gepaard kan gaan met een te gelasten enquête, van wezenlijke invloed zal zijn op de verkoop van de Volksbank.

### 3.126

Een enquête vergt vanzelfsprekend tijd en aandacht van de betrokkenen in de onderneming. Gelet op de periode waarop de gevraagde enquête betrekking heeft en de omstandigheid dat, naar mag worden aangenomen, de Staat ervoor zorg heeft gedragen dat informatie uit de periode vóór 22 juli 2013 toegankelijk is, is niet te verwachten dat het onderzoek in enige serieuze mate schadelijk is voor de bedrijfsvoering van de reeds geprivatiseerde of nog te privatiseren onderdelen van SNS Reaal.

### 3.127

Met betrekking tot de kosten van een te gelasten onderzoek overweegt de Ondernemingskamer als volgt. In zijn beschikking van 4 november 2016 heeft de Hoge Raad overwogen dat doel en strekking van de Interventiewet niet in de weg staan aan ontvankelijkheid van VEB c.s. en Stichting Beheer (r.o. 3.6) en dat de enquêtekosten kunnen worden betrokken in de belangenafweging (r.o. 3.7). Daaruit volgt dat de omstandigheid dat ingevolge artikel 2:350 lid 3 BW de rechtspersoon, hier SNS Reaal c.s., de kosten van het onderzoek draagt, niet reeds in de weg staat aan toewijzing van de enquêteverzoeken wegens onverenigbaarheid met de Interventiewet. Het feit dat, naar de Staat stelt de onderzoekskosten bij toewijzing van de verzoeken indirect door de Staat worden gedragen, betekent niet dat de belangen die zich tegen toewijzing van de enquêteverzoeken verzetten, zwaarder wegen dan de belangen van VEB c.s. en Stichting Beheer. Gelet op de kosten van het onderzoek in relatie tot de belangen van VEB c.s. en Stichting Beheer bij

het onderzoek en de draagkracht van SNS en de Staat, brengt een belangenafweging niet mee dat de enquêteverzoeken dienen te worden afgewezen vanwege de kosten verbonden aan het onderzoek.

### **Reikwijdte van het onderzoek**

3.128

SNS Reaal c.s. en de Staat hebben bepleit dat hun belangen, afgewogen tegen die van VEB c.s. en Stichting Beheer, vergen dat de reikwijdte van het onderzoek proportioneel, gericht en beperkt zal zijn.

3.129

In zijn beschikkingen van 4 november 2016 (zie 1.5) heeft de Hoge Raad overwogen dat voor de ontvankelijkheid in het onderhavige geval voldoende is dat de verzoeker stelt dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken met betrekking tot de aan de onteigening voorafgaande periode. Afgezien van de vraag of daaruit volgt (zoals SNS Reaal c.s. menen) dat verzoekers niet ontvankelijk zijn voor zover hun bezwaren betrekking hebben op de periode na de Onteigening, ziet de Ondernemingskamer aanleiding om het te gelasten onderzoek te beperken tot de datum van de Onteigening, zijnde 1 februari 2013. Zoals hierboven besproken, is er ten aanzien van de aan de orde gestelde gebeurtenissen in de periode na 1 februari 2013 niet gebleken van gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen.

3.130

De Ondernemingskamer zal een onderzoek gelasten naar de hieronder genoemde onderwerpen ten aanzien waarvan gegronde redenen zijn gebleken om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken.

3.131

De Staat heeft er terecht op gewezen dat een te gelasten onderzoek betrekking heeft op het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal (en SNS Bank) en dat de handelwijze van de minister van Financiën geen onderwerp van onderzoek kan zijn.

3.132

De Ondernemingskamer zal het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten niet aanstonds vaststellen. De Ondernemingskamer zal de onderzoekers vragen om binnen twee maanden na de datum van deze beschikking een plan van aanpak en een begroting van de kosten van het onderzoek te maken en deze aan de Ondernemingskamer toe te zenden. De Ondernemingskamer zal partijen in de gelegenheid stellen zich uit te laten over die begroting en vervolgens het bedrag vaststellen dat het onderzoek ten hoogste mag kosten.

### **Slotsom**

3.133

De slotsom is dat de Ondernemingskamer een onderzoek zal gelasten naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal en SNS Bank over de periode vanaf 1 juli 2006 tot 1 februari 2013 in het bijzonder met betrekking tot de navolgende onderwerpen:

- a. de mate waarin SNS Reaal c.s. zich rekenschap hebben gegeven van de voorafgaand aan de overname van Property Finance geïdentificeerde risico's (zie 3.30);
- b. de vraag of de door SNS Reaal c.s. vanaf de overname tot en met 2008 nagestreefde en gerealiseerde groei van Property Finance, gepaard is gegaan met een voldoende zorgvuldige beoordeling van de kredietaanvragen. (zie 3.38-3.42);
- c. de mate waarin de administratie en het risicobeheer van Property Finance ten tijde van de acquisitie en nadien tekortschoot, de mate waarin SNS Reaal c.s. zich daarvan bewust was en de wijze waarop SNS Reaal c.s. hebben gereageerd op geconstateerde tekortkomingen (zie 3.43-3.49);
- d. de vraag of SNS Reaal c.s. tijdig hebben gereageerd op de verslechtering van de onroerend goed markten, zowel met betrekking tot het beheer van de bestaande projecten van Property Finance als met betrekking tot de aanpassing van de (groei)strategie van Property Finance en de besluitvorming die in dat verband heeft plaatsgevonden (zie 3.45 en 3.50 - 3.67);

- e. de mate waarin SNS Reaal c.s. inzicht hadden in de aan Property Finance verbonden risico's en de consequenties van de risico's voor de continuïteit van het concern als geheel (zie 3.68);
- f. het tijdstip waarop SNS Reaal c.s. zich realiseerde dat SNS Bank zich genoodzaakt zag tot aflossing van de Participatie Certificaten na afloop van de termijn van 10 jaar na uitgifte daarvan, de consequentie van die aflossingsverplichting voor de kwalificatie van de Participatie Certificaten als Tier 1 kapitaal en de externe communicatie van SNS Reaal over een en ander (zie 3.83 - 3.87);
- g. de vraag waarom SNS Reaal in publicaties over de solvabiliteit van Reaal geen rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat de vordering van SRLEV N.V. op SNS Bank was verpand aan SNS Bank tot zekerheid van de vordering van SNS Bank op Reaal (zie 3.92);
- h. de wijze waarop in de jaarrekeningen van SNS Reaal over 2008 tot en met 2011 en in overige publicaties van SNS Reaal de in 2008 aan de Staat voor € 750 miljoen uitgegeven *securities* zijn verantwoord in het licht van de toezegging aan de Europese Commissie om die staatssteun uiterlijk per 31 december 2013 terug te betalen (zie 3.94-3.95).

### 3.134

Bij hun onderzoek zullen de onderzoekers aandacht kunnen besteden aan de vraag in welke mate SNS Bank in de periode waarop het onderzoek betrekking heeft zelfstandig beleid heeft gevoerd en welke invloed die zelfstandige positie van SNS Bank heeft gehad op de mate waarin SNS Reaal invloed uitoefende of kon uitoefenen op het beleid met betrekking tot Property Finance (zie 3.20) en - indien zij daartoe aanknopingspunten zien in hun onderzoeksbevindingen in de relatie tot de publieke mededelingen van SNS Reaal - aan de vraag of de informatievoorziening van SNS Reaal aan het belegend publiek over de problemen bij Property Finance en over de financiële en operationele toestand van SNS Reaal, SNS Bank en Property Finance in de periode waarop het onderzoek betrekking heeft, adequaat was (zie 3.75).

### 3.135

De Ondernemingskamer zal SNS Reaal c.s. veroordelen in de kosten aan de zijde van VEB c.s. en ROOS c.s. Voor andere proceskostenveroordelingen ziet de Ondernemingskamer onvoldoende aanleiding.

## 4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van SRH N.V. (voorheen genaamd SNS Reaal N.V.) en de Volksbank N.V. (voorheen genaamd SNS Bank N.V.) over de periode vanaf 1 juli 2006 tot 1 februari 2013, in het bijzonder met betrekking tot de in rechtsoverweging 3.133 van deze beschikking genoemde onderwerpen;

benoemt drie nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken personen teneinde het onderzoek te verrichten;

draagt de onderzoekers op om binnen twee maanden na de datum van de aanwijzingsbeschikking een plan van aanpak en een begroting van de kosten van het onderzoek te maken en deze aan de Ondernemingskamer toe te zenden en houdt de vaststelling van het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten aan;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van SRH N.V. (voorheen genaamd SNS Reaal N.V.) en de Volksbank N.V. (voorheen genaamd SNS Bank N.V.) en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoekers voor de aanvang van hun werkzaamheden zekerheid dienen te stellen;

benoemt mr. G.C. Makkink tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW;

veroordeelt SRH N.V. (voorheen genaamd SNS Reaal N.V.) en de Volksbank N.V. (voorheen genaamd

SNS Bank N.V.) in de kosten van het geding tot op heden aan de zijde van VEB c.s. begroot op € 3.926 en aan de zijde van ROOS c.s. begroot op € 3.938;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

## Voorgaande uitspraak

### Principaal cassatiemiddel:

#### 1. Verschoningsrecht in enquête

##### 1.1

Ten onrechte overweegt de raadsheer-commissaris in *rov.* 3.4-3.9 dat SNS c.s. jegens de Onderzoekers een beroep kunnen doen op een afgeleid verschoningsrecht. De raadsheer-commissaris legt daaraan in *rov.* 3.4-3.7 ten grondslag dat het verschoningsrecht berust op een algemeen rechtsbeginsel. In de wet en wetsgeschiedenis is volgens de raadsheer-commissaris geen steun te vinden voor de opvatting dat de wetsbepalingen omtrent het enquêteonderzoek (en in het bijzonder art. 3:251 BW) ertoe strekken bij dat onderzoek het verschoningsrecht van advocaten of notarissen buiten werking te stellen. SNS c.s. komt dus een beroep toe jegens de Onderzoekers op een daarvan afgeleid verschoningsrecht. In *rov.* 3.16 voegt de raadsheer-commissaris hier aan toe dat hetzelfde geldt voor anderen die op de voet van art. 2:351 lid 1 BW verplicht zijn inlichtingen te verschaffen. Dit oordeel geeft om de volgende redenen blijk van een onjuiste rechtsopvatting:

- a. Art. 2:345 BW bepaalt dat de taak van door de Ondernemingskamer benoemde Onderzoekers is een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon.
- b. Uit de wet en wetsgeschiedenis blijkt (aldus) dat een belangrijke doelstelling van het enquêterecht is het verkrijgen van openheid van zaken.
- c. Die openheid kan alleen worden bereikt indien de Onderzoekers de beschikking krijgen over *alle* inlichtingen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek.
- d. Art. 2:351 lid 1 BW voorziet daarom uitdrukkelijk en zonder voorbehoud in:
  - (i) een recht van de Onderzoekers tot raadpleging van ‘de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon en de vennootschap bedoeld in artikel 345 lid 1 waarvan zij de kennisneming tot een juiste vervulling van hun taak nodig achten’;
  - (ii) de bijbehorende plicht van de rechtspersoon, haar (oud-)bestuurders en (voormalig) personeel om ‘desgevraagd *alle* inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek’; <sup>[9.]</sup> en
  - (iii) de nodige waarborgen om te verzekeren dat verstrekte informatie niet openbaar wordt gemaakt
- e. Art. 2:352 BW geeft de Onderzoekers de mogelijkheid hun recht op inzage van alle benodigde gegevensdragers zo nodig in rechte af te dwingen.
- f. De wet en wetsgeschiedenis stellen derhalve buiten twijfel dat de wetgever het nodig heeft geacht dat



de rechtspersoon c.s. de Onderzoekers *zonder voorbehoud* inzage moet geven in *alle* stukken die zij nodig achten voor het uitvoeren van het bevolen onderzoek.<sup>[10.]</sup>

- g. Tegen die achtergrond rechtvaardigt de (enkele) omstandigheid dat de wet en wetsgeschiedenis niet (afzonderlijk) voorschrijven dat ook informatie moet worden verstrekt die met een verschoningsgerechtigde is uitgewisseld, niet de conclusie dat die informatie niet met de Onderzoekers zou hoeven worden gedeeld. Gelet op de doelstelling van de enquête, de taak en de positie van de Onderzoekers in het enquêterecht, met name het hun daarvoor toegekende algemene inzagerecht, moet worden aangenomen dat als de wetgever 'verschoningsgerechtigde informatie' daarvan had willen uitzonderen, hij dit uitdrukkelijk zou hebben geregeld.
- h. In een aantal ándere wettelijke regelingen die een algemene inlichtingenplicht ten behoeve van een met onderzoek belaste autoriteit op rechtssubjecten legt, is wel voorzien in hun recht informatie niet te verstrekken met een beroep op een verschoningsrecht of geheimhoudingsplicht, zoals (onder meer) in art. 6b lid 1 Wet Invoering Autoriteit Consument en Markt, art. 5:20 Awb, art. 13 lid 6 Wet Huis voor Klokkenluiders en art. 53a AWR.

## 1.2

Indien klacht 1.1 slaagt, vitieert dit ook *rov. 3.8 en 3.11 t/m 4*.

## 2. De Stukken zijn niet 'toevertrouwd'

### Gegevens in notulen en besluiten gelden niet (langer) als toevertrouwd

#### 2.1

Ten onrechte gaat de raadsheer-commissaris er in *rov. 3.14 t/m 4* vanuit dat indien met een verschoningsgerechtigde uitgewisselde informatie (vervolgens) door een bevoegd orgaan van de rechtspersoon is opgenomen in zijn notulen, deze informatie (nog steeds) als 'toevertrouwd' heeft te gelden.

Door een gegeven te notuleren, wordt het (juist) een element van de vastlegging en verantwoording van het beleid van de rechtspersoon. Het gegeven houdt daarmee op 'toevertrouwde informatie' te zijn, waarvoor de rechtspersoon een afgeleid verschoningsrecht toekomt. Dit blijkt in het bijzonder uit het volgende:

- a. Notulen zijn naar hun aard een instrument tot vastlegging en verantwoording van het beleid van de vennootschap. Zij worden opgemaakt om zowel (intern) ten opzichte van de organen van de vennootschap, als (extern) in het maatschappelijk verkeer, schriftelijk vast te leggen wat in de desbetreffende vergaderingen is verhandeld (vgl. HR 30 mei 2006, *NJ* 2006/317).
- b. SNS c.s. was ook rechtens verplicht tot vastlegging en verantwoording van haar beleid op grond van verantwoord ondernemerschap<sup>[11.]</sup> en haar bestuursreglement.<sup>[12.]</sup>
- c. Niettemin had (het bevoegde orgaan van) SNS c.s. er voor kunnen kiezen gegevens die zij heeft uitgewisseld met haar verschoningsgerechtigde, buiten de notulen te houden. Zij had daarin bijvoorbeeld kunnen vermelden dát er door een verschoningsgerechtigde over een bepaalde kwestie juridisch advies is uitgebracht. Door bepaalde uitgewisselde gegevens zélf in de notulen op te nemen, heeft SNS c.s. deze gegevens welbewust aangemerkt als element dat van belang is om haar beleids- en besluitvorming (intern en extern) te vast te leggen en te verantwoorden. Zij heeft deze informatie daarmee gehaald uit de beslotenheid die bestaat tussen haar en haar vertrouwenspersoon geldt.

#### 2.2

Hetgeen hierboven in klacht 2.1 ten aanzien van notulen is opgemerkt, geldt eveneens voor besluiten van de rechtspersoon. Een besluit is immers een wilsverklaring van de rechtspersoon.<sup>[13.]</sup> Door daarin (bewust) gegevens op te nemen die voorafgaand aan het nemen van het besluit met een verschoningsgerechtigde zijn

uitgewisseld, zijn die gegevens een element gaan vormen van verantwoording van dat besluit.

### **Gegevens in correspondentie tussen de vennootschap en derden kunnen niet als ‘toevertrouwd’ gelden**

#### 2.3

Ten onrechte gaat de raadsheer-commissaris er in *rov. 3.14 t/m 4* vanuit dat ook informatie die is opgenomen in correspondentie tussen de vennootschap en een ander dan haar advocaat of notaris als aan die laatste ‘toevertrouwd’ kan hebben te gelden. Uit HR 26 januari 2016, *NJ 2016/163*, ECLI:NL:HR:2016:110, *rov. 4.4* blijkt immers dat correspondentie tussen anderen dan de verschoningsgerechtigde en degene die zich tot hem heeft gewend, geen verschoningsgerechtigd document is.

Ook indien van die correspondentie een afschrift wordt toegezonden aan de verschoningsgerechtigde kan niet gezegd worden dat reeds daarom de inhoud daarvan kan worden aangemerkt als wetenschap die aan de notaris in het kader van zijn juridische dienstverlening is toevertrouwd.

### **3. Vertrouwelijkheid van notulen, besluiten en correspondentie tegenover de Onderzoekers**

#### 3.1

Althans gaat de raadsheer-commissaris er in *rov. 3.14 t/m 4* ten onrechte vanuit dat de rechtspersoon en de in art. 2:351 lid 1 BW genoemde personen zich *jegens de Onderzoekers* op een afgeleid verschoningsrecht kunnen beroepen ten aanzien van informatie die is opgenomen in notulen, besluiten en in correspondentie tussen de vennootschap en een ander dan haar advocaat of notaris.

Uit onderdeel 1 blijkt dat de Onderzoekers tot taak hebben onderzoek te doen naar het beleid en de gang van zaken binnen de rechtspersoon, en daartoe recht hebben op alle informatie die nodig is voor de uitvoering van dat onderzoek. Uit onderdeel 2 blijkt dat de bevoegde organen van de rechtspersoon juist met deze Stukken het gevoerde beleid vastleggen en verantwoorden. De rechtspersoon c.s. zal dus te allen tijde tenminste deze Stukken onbelemmerd aan de Onderzoekers moeten verschaffen.

## **VII. Toelichting op de klachten**

### 1

De raadsheer-commissaris overweegt dat uit de wet en wetsgeschiedenis niet blijkt dat de wetgever het op een algemene beginsel gebaseerde verschoningsrecht in de enquête buiten spel heeft willen zetten.

### 2

Deze vraag is echter nog niet eerder in de rechtspraak aan de orde geweest. Daarom leggen de Onderzoekers met *onderdeel 1* deze vraag aan Uw Raad ter beoordeling voor. Het belang bij een duidelijk antwoord op deze vraag is groot. Niet alleen voor deze enquête, maar ook voor toekomstige.

### **De wetgever staat een onbelemmerd onderzoek voor ogen naar het beleid van de rechtspersoon en de gang van zaken**

### 3

Zowel het verschoningsrecht als het enquêterecht dienen ieder een (deels tegengesteld) zwaarwegend maatschappelijk belang.<sup>[14.]</sup> Waar het verschoningsrecht geheimhouding waarborgt van aan een advocaat of notaris toevertrouwde informatie, is één van de doeleinden van het enquêterecht juist volledige opening van zaken te geven.<sup>[15.]</sup>

### 4

Dat opening van zaken één van de doeleinden van de enquêteprocedure is, blijkt uit HR 10 januari 1990

(OGEM II), NJ 1990/466, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234 en par. 3.3-3.4 van de conclusie van A-G Mok voor dit arrest.

A-G Mok verwijst aldaar naar de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp van 1968 waar de Minister van Justitie heeft gesteld:<sup>[16.]</sup>

‘(...) dat een rechtsorde die aan onze economische orde beantwoordt, de mogelijkheid tot *opening van zaken* moet verschaffen, wanneer twijfel aan het beleid in een onderneming rijst, en de mogelijkheid tot correctie, wanneer die twijfel gegrond blijkt. Een zodanige waarborg is gelegen in de toepassing van het zgn. enquêterecht, waarvan het onderhavige wetsontwerp een betere regeling beoogt.’<sup>[17.]</sup>

5

De wetgever heeft deze doelstelling bevestigd bij de aanpassing van het enquêterecht.<sup>[18.]</sup>

6

Andere doelen van de enquêteprocedure zijn de sanering en het herstel van de gezonde verhoudingen. Daartoe kan de Ondernemingskamer maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon treffen. Ook is een preventieve werking van het enquêterecht beoogd.

7

Die andere doelen kunnen uitsluitend gerealiseerd worden, indien en nadat eerst opening van zaken is verkregen. Opening van zaken krijgen is dan ook het voornaamste, althans primaire doel van een enquêteonderzoek.

8

Het onderzoek neemt daarom een centrale plaats in de enquêteprocedure (art 2:345 BW).<sup>[19.]</sup>

9

De raadsheer-commissaris merkt (in rov. 3.4-3.6) het verkrijgen van opening van zaken dus terecht aan als een belangrijke doelstelling. Ook vermeldt hij de wettelijke regelingen die de verhouding tussen de rechtspersoon en de Onderzoekers normeren. De Onderzoekers menen echter dat hij daaruit ten onrechte te conclusie trekt dat deze er niet toe strekken de rechtspersoon te verplichten ook verschoningsgerechtigde gegevens aan de Onderzoekers te geven.

10

Vanwege de doelstelling openheid van zaken te krijgen, heeft de wetgever immers met art. 2:351 lid 1 BW aan Onderzoekers de bevoegdheid verleend tot raadpleging van *de* (alle) boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de onderzochte rechtspersoon *waarvan Onderzoekers de kennisneming tot een juiste vervulling van hun taak nodig achten*.<sup>[20.]</sup> Hun recht op informatie van de rechtspersoon is ongeclausuleerd.

De wetgever heeft géén voorbehoud gemaakt voor stukken die onder een (afgeleid) verschoningsrecht (kunnen) vallen: de wetgever heeft het aan *de Onderzoekers* overgelaten te beoordelen *wélke* informatie *nodig* is om een volledig en doelmatig onderzoek uit te voeren. Ook bij de herziening van het enquêterecht heeft de wetgever geen voorbehoud gemaakt voor verschoningsgerechtigde gegevens,<sup>[21.]</sup> terwijl hij daartoe in andere wettelijke regelingen die een algemene informatieplicht bevatten *wél* aanleiding heeft gezien.<sup>[22.]</sup>

11

Complementair aan dit algemene informatierecht, is de plicht van de rechtspersoon en zijn (oud-)bestuurders, (oud-)commissarissen en werknemers om *alle* opgevraagde inlichtingen te verstrekken. Ook daar heeft de wetgever géén voorbehoud gemaakt voor stukken die onder een (afgeleid) verschoningsrecht (kunnen) vallen.

Hetzelfde geldt voor art. 2:352 BW, waar is bepaald dat de Onderzoekers de medewerking van de rechtspersoon zo nodig in rechte kunnen afdwingen.

12

Kortom, de vrije, onbelemmerde en onmiddellijke toegang van Onderzoekers tot alle informatie waarvan *zij* redelijkerwijs kunnen menen dat die relevant is voor hun onderzoek, is de hoeksteen van het enquêterecht.<sup>[23.]</sup>

13

Bij dit alles komt dat de wetgever heeft voorzien in waarborgen om te verzekeren dat aan de Onderzoekers verstrekte informatie niet algemeen bekend wordt.<sup>[24.]</sup>

- a. Het is de Onderzoekers verboden, hetgeen hun bij hun onderzoek blijkt, verder bekend te maken dan hun opdracht met zich brengt (art. 2:351 lid 3 BW).
- b. Het verslag dat de uitkomst van het onderzoek bevat, is in beginsel vertrouwelijk en niet openbaar voor een ieder (art. 3:253 BW).
- c. Indien het verslag niet voor een ieder ter inzage ligt, is het is aan anderen dan aan de onderzochte rechtspersoon verboden mededelingen te doen uit het verslag (art. 2:353 lid 3 BW). De verzoekers kunnen dus eventuele vertrouwelijke informatie waar zij de beschikking over krijgen, niet buiten de enquêteprocedure gebruiken. Schending van deze geheimhoudingsplicht is strafbaar (art. 272 Sr).
- d. Ook wanneer het verslag door de Ondernemingskamer voor eenieder ter inzage wordt gelegd, bestaat de mogelijkheid dat delen van het verslag niet openbaar worden gemaakt. De jurisprudentie van de Ondernemingskamer kent frequente, en recente, voorbeelden hiervan.
- e. Het verslag heeft geen bindende kracht buiten het enquêterecht.<sup>[25.]</sup>

14

Dit vertrouwelijke karakter van het onderzoeksverslag zorgt ervoor dat met het door de Ondernemingskamer gelaste onderzoek informatie kan worden verkregen die anders niet te achterhalen zou zijn. Ook hiermee heeft de wetgever verzekerd *volledige* openheid van zaken *in de enquêteprocedure* wordt verkregen.<sup>[26.]</sup>

15

Dit wettelijk kader laat volgens de Onderzoekers dan ook geen andere conclusie toe dan dat de wetgever wel degelijk bedoeld heeft *alle* informatie aan de Onderzoekers te laten toekomen die zij nodig hebben voor hun onderzoek, en dat de rechtspersoon dus géén beroep op een afgeleid verschoningsrecht jegens hen toekomt.

16

Zo nodig kan de Ondernemingskamer - ná het onderzoek - bepalen dat eventuele verschoningsgerechtigde informatie die in het verslag of de bijlagen zou voorkomen, niet voor eenieder ter inzage ligt.

### **De reikwijdte van het afgeleid verschoningsrecht en het begrip ‘toevertrouwd’**

17

De onderdelen 2 en 3 zijn voorgesteld voor het geval Uw Raad oordeelt dat in een enquête de rechtspersoon een beroep op een afgeleid verschoningsrecht toekomt. De onderdelen beogen voor dat geval duidelijkheid te krijgen over de *reikwijdte* van dit recht.

18

De Onderzoekers menen dat de rechtspersoon geen beroep toekomt op een afgeleid verschoningsrecht jegens hen ten aanzien van de volgende Stukken:

- (i) Notulen;
- (ii) Besluiten van SNS c.s. en
- (iii) Correspondentie tussen SNS c.s. en derden (niet zijnde een verschoningsgerechtigde).

19

De raadsheer-commissaris ziet blijkens rov. 3.14 wel onder ogen dat het niet erg voor de hand ligt dat in deze typen documenten verschoningsgerechtigde informatie staat. Hij legt daarom een *verzwaarde motiveringsplicht* op SNS c.s. indien zij voor deze stukken een beroep doet op een afgeleid verschoningsrecht. De Onderzoekers achten het echter onjuist, dat de raadsheer-commissaris veronderstelt dát deze documenten verschoningsgerechtigde bronnen kunnen zijn,<sup>[27.]</sup> en dat de rechtspersoon ten aanzien van de Stukken een beroep daarop kan doen jegens de Onderzoekers. Een enquête is alleen dan effectief, indien (tenminste) deze



Stukken te allen tijde zonder beperkingen aan hen worden verstrekt.  
De Stukken bevatten naar hun aard geen verschoningsgerechtigde informatie  
20

Notulen, besluiten en correspondentie met derden zijn naar hun aard geen stukken die aan een notaris of advocaat zijn 'toevertrouwd' in diens hoedanigheid.

21  
Allereerst zijn deze stukken niet afkomstig van of gericht aan een verschoningsgerechtigde advocaat of notaris.<sup>[28.]</sup>

22  
Dergelijke Stukken gelden ook niet als 'toevertrouwd', wanneer concepten voor notulen of besluiten zijn opgesteld door een verschoningsgerechtigde, zoals een advocaat in dienst van de rechtspersoon. Het is immers het bevoegde orgaan van de rechtspersoon dat de notulen of besluiten vaststelt.

23  
SNS c.s. heeft *passages* in deze Stukken zwart geblokt, voor zover daarin dezelfde informatie voorkomt als bij een eerdere gelegenheid aan een advocaat is toevertrouwd, of omdat daarin de inhoud van een juridisch advies wordt weergegeven.<sup>[29.]</sup>

Indien het bevoegde orgaan van een rechtspersoon er echter voor kiest deze informatie *in deze Stukken op te nemen*, houden zij hiermee op louter te zijn 'toevertrouwd' aan de advocaat of notaris. De rechtspersoon heeft deze informatie vastgelegd ter verantwoording van de besluitvorming over zijn beleid.

24  
Dat is precies waartoe *notulen* naar hun aard strekken: zij zijn een instrument voor de *vaststelling* en de *verantwoording* van het beleid van de rechtspersoon. In de woorden van Uw Raad:<sup>[30.]</sup>  
'Notulen van een vergadering van de Raad van Commissarissen van een vennootschap worden opgemaakt om zowel *ten opzichte van* de organen van die vennootschap als in het maatschappelijk verkeer schriftelijk *vast te leggen* wat in die vergadering is verhandeld.'

25  
Het houden van notulen van de algemene vergadering is een wettelijke verplichting van het bestuur (art. 2:120 lid 4 BW).

26  
Voor de vergaderingen van de directie en van de raad van commissarissen brengt goede governance een vergelijkbare verplichting met zich.<sup>[31.]</sup>

Dit blijkt ook uit OK 15 februari 2013 (*Van der Moolen*), *JOR* 2013/102, rov. 6.4.5. De OK heeft daarin onder meer overwogen dat verantwoord ondernemerschap vereist dat een rechtspersoon die een onderneming van behoorlijke omvang drijft, elementaire stukken als een marktonderzoek, strategie en businessplan en de op basis daarvan genomen maatregelen en stappen schriftelijk vastlegt.<sup>[32.]</sup> Aan het ontbreken daarvan mag de conclusie verbonden worden dat deze stappen niet hebben plaatsgevonden, tenzij de rechtspersoon uitlegt waar deze stukken te vinden zijn, of een gerechtvaardigde reden geeft waarom die stukken ontbreken.

27  
Het bestuursreglement van de volksbank voorziet ook expliciet in deze verplichting:<sup>[33.]</sup>  
'2.5.1 De Directie heeft een secretariaat met een (digitaal) notulenregister en een archief. De notulen, besluiten, vergaderstukken, correspondentie en overige documentatie met betrekking tot de organisatie worden hierin bewaard.'

28  
Een vergelijkbare verplichting bestaat voor de raad van commissarissen.<sup>[34.]</sup>

29  
Notulen, zegt SNS in het zojuist aangehaald bestuursreglement, worden in het notulenregister 'bewaard' - uiteraard met het doel op een later moment de besluitvorming over het gevoerde beleid te kunnen achterhalen,

en daarover verantwoording te kunnen afleggen aan opvolgende bestuurders, commissarissen, Onderzoekers, toezichthouders of de rechter.<sup>[35.]</sup>

30

SNS heeft ook de tekst van twee *besluiten* van (de directie van) SNS en interne memo's nog niet integraal beschikbaar gesteld.<sup>[36.]</sup> Ook dit zijn naar hun aard geen verschoningsgerechtigde bronnen. Hoewel een besluit kan volgen op juridisch advies, bevat het slechts de eigen wilsverklaringen van de rechtspersoon en de redenen die het orgaan daarvoor naar buiten uitdraagt.

Indien een orgaan het nuttig en nodig vindt in dit kader (de bevindingen van) ingewonnen juridisch advies te vermelden, blijkt daaruit dat de rechtspersoon die informatie niet langer als verschoningsgerechtigd beschouwt maar als element om het besluit (intern en extern) te kunnen verantwoorden.

31

Ook *correspondentie van SNS c.s. met toezichthouders* is niet integraal beschikbaar gesteld. Onderzoekers vermogen niet in te zien hoe deze stukken als verschoningsgerechtigde bronnen kunnen worden aangemerkt. Hetgeen in deze correspondentie staat is immers *door of een derden* geschreven ('toevertrouwd' zo men wil) en dus niet door of aan een verschoningsgerechtigde.

32

Deze correspondentie valt niet onder een (afgeleid) verschoningsrecht. Dit volgt uit HR 26 januari 2016, *NJ* 2016/163, ECLI:NL:HR:2016:110.

In die zaak was bij een notaris e-mailcorrespondentie in beslag genomen tussen W. van K. en M. van D. Deze e-mails waren noch afkomstig van, noch gericht aan de notaris. Hij was daarin alleen 'ingekopieerd' (ge-cc'd). Dergelijke correspondentie valt niet onder het (afgeleid) verschoningsrecht, aldus Uw Raad in rov. 4.4: 'Correspondentie tussen anderen dan de verschoningsgerechtigde en degene die zich tot hem heeft gewend, is niet een brief of een geschrift als bedoeld in art. 98, eerste lid, Sv. Indien van die correspondentie een afschrift wordt toegezonden aan de notaris kan - anders dan het middel betoogt - niet gezegd worden dat reeds daarom de inhoud daarvan kan worden aangemerkt als wetenschap die aan de notaris in het kader van zijn juridische dienstverlening is toevertrouwd.'

33

Dit geldt dus ook voor correspondentie tussen SNS c.s. en ieder ander dan haar verschoningsgerechtigde. Voor zover die correspondentie het gevolg is van de verplichting van SNS om ten opzichte van die derden transparantie te betrachten, en van de daarmee samenhangende verplichting van die derden om de informatie geheim te houden, geldt dat het enquêterecht dezelfde verplichtingen oplegt aan de geënquêteerde rechtspersoon en aan de Onderzoekers (art. 2:351 lid 1 jo. 352 en 351 lid 4 BW).

### **De Stukken zijn cruciaal om in een enquête het beleid vast te kunnen stellen**

34

Bij dit alles komt dat het bevolen onderzoek specifiek *het beleid* betreft van de onderzochte rechtspersoon zoals dat is vormgegeven door diens organen.<sup>[37.]</sup>

35

Als de Onderzoekers moeten vaststellen wat in een vergadering van een orgaan is besproken of wat de in het besluit zelf gegeven verantwoording voor het nemen van een besluit is, zullen ze dat *alleen* kunnen doen als de notulen of dat besluit niet gedeeltelijk zwart geblokt zijn.<sup>[38.]</sup>

36

Het onderzoek vormt de kern van het enquêterecht.<sup>[39.]</sup> Een enquête is net zoveel waard als het onderzoek dat daaraan ten grondslag ligt. In hun pleitnota verwoordden de Onderzoekers dat aldus (§ 30):

'Wanneer het absolute, universele en discretionaire standpunt van SNS juist zou zijn, zou de nucleaire lading uit die kern worden verwijderd. Als enquêteonderzoekers geen onbelemmerde toegang hebben tot de notulen en de besluiten van de rechtspersoon, of tot correspondentie met de externe toezichthouders, verwordt onafhankelijke vaststelling van het gevoerde beleid tot een illusie.'

37

Zoals hierboven is uiteengezet, zijn notulen en besluiten *bij uitstek* de documenten waarin de rechtspersoon van zijn beleid doet blijken. De notulen van de vergaderingen van organen van de onderzochte rechtspersoon zijn daarmee dé basisbron van de Informatie waarover de Onderzoekers dienen te beschikken. Het is ook een standaard praktijk in enquêteonderzoeken dat notulen aan de Onderzoekers ter beschikking worden gesteld. In casu hebben de Onderzoekers reeds in hun Plan van Aanpak van 3 oktober 2018 aan SNS c.s. bekend gemaakt dat zij de notulen wensen te ontvangen.<sup>[40.]</sup>

38

De aard van de notulen staat vanwege de aard van het onderzoek, *in de verhouding tussen de geënquêteerde rechtspersoon en de Onderzoekers*, dan ook aan hun mutilatie in de weg. Wanneer de genotuleerde tekst niet in zijn totaliteit zichtbaar is, ontvalt aan de notulen in de context van een enquêteonderzoek hun reden van bestaan als instrument tot vaststelling en verantwoording van vennootschappelijk beleid.<sup>[41.]</sup>

39

De eerste opdracht die de Ondernemingskamer aan Onderzoekers heeft gegeven is te onderzoeken:<sup>[42.]</sup> 'de mate waarin SNS c.s. zich rekenschap hebben gegeven van de voorafgaand aan de overname van Property Finance geïdentificeerde risico's.'

De mate van rekenschap van een rechtspersoon over een aspect van zijn beleid of zijn gang van zaken zal bij een enquêteonderzoek een onderzoek vergen naar die rekenschap bij de organen van de onderzochte rechtspersoon. Organen leggen rekenschap af onder meer in de eigen notulen.

40

Ook de overige opdrachten vergen onderzoek naar de achterliggende overwegingen van de bevoegde organen.<sup>[43.]</sup> Zo is de derde opdracht onderzoek te doen naar de mate waarin de administratie en het risicobeheer van Property Finance ten tijde van de acquisitie en nadien tekortschoot, de mate waarin SNS Reaal c.s. zich daarvan *bewust was en de wijze waarop SNS Reaal c.s. hebben gereageerd* op geconstateerde tekortkomingen. De vierde opdracht is een rechtstreekse opdracht tot onderzoek naar de besluitvorming over het reageren op de verslechtering van de onroerend goed markten. Ook de overige opdrachten vergen onderzoek naar de hetgeen het bestuur van SNS c.s. wist en waarom zij bepaalde besluiten heeft genomen. Verder moeten de Onderzoekers aandacht besteden aan de mate waarin SNS Bank zelfstandig beleid heeft gevoerd.<sup>[44.]</sup>

41

In dit kader wijzen Onderzoekers er op dat, gelet op het aantal notulen dat nog niet is vrijgegeven, zeer wel denkbaar is dat de besluitvorming omtrent te onderzoeken vragen niet los kan worden gezien van de advisering die daaromtrent door advocaten is gegeven. In tijden van stress en bij het nemen van belangrijke besluiten wordt veelvuldig de hulp van advocaten ingeroepen en worden adviezen van advocaten geheel of gedeeltelijk aan de besluitvorming ten grondslag gelegd. Inzicht in de rationale en de kwaliteit van besluitvorming kan komen te ontbreken als niet ook kennis genomen kan worden van de adviezen van de betrokken advocaten. Het is in de ogen van Onderzoekers niet goed denkbaar dat dergelijke adviezen niet worden vrijgegeven.<sup>[45.]</sup>

42

Om deze reden behoren notulen en besluiten tot het basisgereedschap van Onderzoekers.<sup>[46.]</sup> Het Openbaar Ministerie kan een strafbaar feit nu eenmaal onderzoeken zonder kennis te nemen van een juridisch advies over dat feit. Het strafbare feit bestaat los van het juridische advies. In het zeldzame geval dat dit anders is, is daarmee gegeven dat geen verschoningsrecht geldt.

Het beleid dat een vennootschap ter zake van een juridische kwestie heeft gevoerd valt echter niet (goed) te toetsen zonder kennis te hebben van de juridische voorlichting die aan het bestuur ter beschikking stond. Aanvaarding van het standpunt van SNS c.s. zou dus meebrengen dat een belangrijk deel van het beleid en de gang van zaken binnen een vennootschap in het vervolg geen onderwerp van een enquête meer zou kunnen zijn.

43

In dat kader moet het argument van de Onderzoekers<sup>[47.]</sup> gezien worden (dat de raadsheer-commissaris in rov. 3.8 van de hand wijst) dat zij - evenals de organen van de rechtspersoon en hun leden - op grond van hun bijzondere relatie tot de rechtspersoon recht hebben op *alle* informatie die nodig is voor hun taakvervulling. Bestuurders stellen het beleid vast en voeren het uit. Commissarissen houden de vinger aan de pols, onder andere door het beleid en de besluiten van het bestuur te toetsen. Om die taken naar behoren te kunnen vervullen, hebben bestuurders en commissarissen recht op onbelemmerde toegang tot notulen, besluiten en correspondentie (van hun voorgangers). Onderzoekers onderzoeken dat beleid en de genomen besluiten, mede in het belang van de rechtspersoon. Vanwege die taak hebben zij evenals de RvB en RvC recht op onbeperkte toegang tot de informatie die nodig is om hun taak t.a.v. het beleid van de rechtspersoon te vervullen.

### **Wat als de visie van de raadsheer-commissaris gevolgd zou moeten worden...?**

44

Hieruit volgt dat het onderzoek naar het beleid van de rechtspersoon op basis van afgeblokte Stukken een gemankeerde enquête wordt. Het is dan geen enquête zoals de wetgever zich heeft voorgesteld.

45

Als de raadsheer-commissaris het bij het rechte eind heeft, betekent dit bovendien dat *zodra* een rechtspersoon een beroep doet op een afgeleid verschoningsrecht, de Onderzoekers een geschil aan de raadsheer-commissaris moeten voorleggen. Die zal vervolgens *per passage* moeten beoordelen of de bedoelde informatie werkelijk is toevertrouwd aan een advocaat of notaris, of niet.

46

Zeker waar een rechtspersoon zich ten aanzien van een grote hoeveelheid documenten op een afgeleid verschoningsrecht beroept, is de door de raadsheer-commissaris voorgestane toetsing een uiterst bewerkelijke, langdurige en kostbare aangelegenheid. Deze procesgang haalt de vaart uit het onderzoek.<sup>[48.]</sup> Het enquêterecht zal daardoor aan effectiviteit inboeten.

47

Bovendien vrezen de Onderzoekers voor misbruik. Indien de beschikking van de raadsheer-commissaris de blauwdruk is voor alle lopende en toekomstige enquêtes, dan ligt het in de rede te verwachten dat bestuurders die de gevolgen vrezen van de vaststelling dat sprake is (geweest) van wanbeleid, deze tactiek zullen toepassen om het onderzoek welbewust tegen te werken.<sup>[49.]</sup>

Het verschoningsrecht van de rechtspersoon wordt immers feitelijk uitgeoefend door de bestuurders en commissarissen van de rechtspersoon. Zij kunnen er een eigen persoonlijk belang bij hebben dat de stukken niet ter kennis komen van de Onderzoekers. Het beleid dat in de stukken wordt vastgelegd en verantwoord is vaak hun eigen beleid, of beleid van hun voorgangers dat zij uitvoeren of voortzetten.

48

Verder geldt dat bij grote vennootschappen als SNS c.s. een advocaat in dienst van de vennootschap vaak betrokken is bij gedachtenuitwisselingen binnen de vennootschap. Consequente toepassing van de beschikking leidt ertoe dat (e-mail)correspondentie aan of van deze advocaat verschoningsgerechtigd is. Een gedachtewisseling kan dan eenvoudig geprivilegieerd worden gemaakt door die via de interne advocaat te laten verlopen. Een dergelijke praktijk frustriert het onderzoek.

49

Kortom, indien de rechtspersoon jegens de Onderzoekers een beroep op een afgeleid verschoningsrecht zou kunnen doen, leidt dat tot vertraging van het onderzoek, een onvolkomen onderzoek en het werkt bovendien misbruik in de hand. De Onderzoekers menen dat de wet hun recht geeft op *alle* informatie die zij nodig achten voor hun onderzoek. Desnoods kan nádat het onderzoek is uitgevoerd en het verslag is opgemaakt, de Ondernemingskamer besluiten dat (delen van) dat verslag niet voor eenieder ter inzage ligt.

## **Voorgaande uitspraak**



## **1. Inleiding**

### **1.**

Het verzoekschrift dat de Onderzoekers bij uw Raad hebben ingediend betreft de vraag of SNS Reaal c.s. een beroep kunnen doen op een afgeleid verschoningsrecht. Met een beroep op een dergelijk recht weigeren SNS Reaal c.s. honderdvier documenten formeel - dat wil zeggen: zonder het voorbehoud dat de Onderzoekers er niet aan mogen refereren - aan de Onderzoekers ter beschikking te stellen. Deze weigering heeft geen betrekking op correspondentie van SNS Reaal c.s. met geheimhouders. Zij ziet op notulen van vergaderingen van leidinggevende en toezichthoudende organen van SNS Reaal c.s. en Property Finance, correspondentie met DNB en het Ministerie van Financiën en twee schriftelijke besluiten van de directie van SNS Bank.

### **2.**

De Onderzoekers stellen zich primair op het standpunt dat SNS Reaal c.s. geen afgeleid verschoningsrecht toekomt en dat zij daarom alle door de Onderzoekers verlangde documenten ongeclausuleerd moeten verstrekken. VEB onderschrijft dit standpunt. Het is onverenigbaar met het verkrijgen van openheid van zaken, waarop zeker deze enquêteprocedure is gericht, dat de onderzochte vennootschappen stukken achterhouden die de Onderzoekers voor hun onderzoek nodig hebben. De enquêteprocedure biedt voldoende waarborgen om rekening te houden met het belang van (hier) SNS Reaal c.s. dat uit het onderzoek verkregen informatie over eventuele communicatie met vertrouwenspersonen niet bekend wordt bij anderen dan, kort gezegd, SNS Reaal c.s. en VEB. Dit is ingevolge art. 2:353 lid 2 BW zelfs het uitgangspunt.

### **3.**

Ook echter als uw Raad zou oordelen dat SNS Reaal c.s. in algemene zin wel een afgeleid verschoningsrecht toekomt, blijft staan dat gelet op de aard van de documenten waar het hier om gaat (notulen van vergaderingen, correspondentie met de toezichthouder en het Ministerie, besluiten) niet valt in te zien dat dit verschoningsrecht het achterhouden van deze documenten zou rechtvaardigen. SNS Reaal c.s. lichten ook in het geheel niet toe waarom dit wél het geval zou zijn. De weigering van SNS Reaal c.s. om de Onderzoekers de door hen verlangde documenten te verstrekken, frustreert daarom hoe dan ook ten onrechte het onderzoek.

### **4.**

Deze belemmering van het onderzoek past in de opstelling van SNS Reaal c.s. in deze enquêtezaak. VEB acht het van belang hier op te wijzen. Daarbij speelt mee dat het uiterst ongewenst zou zijn als deze oncoöperatieve houding haar vruchten zou afwerpen en daarom navolging zou krijgen in andere enquêteprocedures. De enquêteprocedure strekt er immers primair toe om op voortvarende wijze duidelijk te krijgen wat er in de onderzoeksperiode heeft plaatsgevonden. Pas als die openheid er is, kan ook recht worden gedaan aan de andere doeleinden van het enquêterecht, zoals het vaststellen wie verantwoordelijk is voor mogelijk wanbeleid. Ook aan de preventieve werking van de mogelijkheid van het instellen van een enquête wordt afbreuk gedaan als de gedachte zou postvatten dat enquêteurs toch niet de zaken boven water krijgen waar het echt op aankomt en waarvan (daarom) niet kan worden uitgesloten dat er in meer of minder directe zin advocaten bij betrokken zijn geweest.

### **5.**

Om door middel van de enquêteprocedure effectief en efficiënt opening van zaken te kunnen (blijven) krijgen, is essentieel dat zeker de onderzochte vennootschap(pen) en (voorheen) bij hen betrokken personen

relevante stukken (en verklaringen) zonder meer ter beschikking stellen. Gebeurt dit niet, dan boet het enquêterecht ernstig aan doeltreffendheid in. Daarbij komt dat ook als pogingen om zand in de machine te strooien uiteindelijk inhoudelijk stranden, zij niettemin aanzienlijke vertraging van het onderzoek veroorzaken. VEB wijst er in dit verband op dat de nationalisatie van SNS Reaal c.s. inmiddels zesenhalf jaar achter ons ligt, dat VEB ruim vierenhalf jaar geleden de Ondernemingskamer om een enquête heeft verzocht en dat vanwege het vehemente verzet van SNS Reaal c.s. het onderzoek nog steeds niet werkelijk van de grond is gekomen.

6.

Deze omvangrijke vertraging is tegelijk de reden dat VEB het op zichzelf betreurt dat de bestreden beschikking in cassatie voorligt. VEB had liever gezien dat de raadsheer-commissaris het primaire verzoek van de Onderzoekers, om te bepalen dat SNS Reaal c.s. geen afgeleid verschoningsrecht toekomt, had toegewezen. Ook nadat de raadsheer-commissaris anders had geoordeeld en hij het afgeleid verschoningsrecht van SNS Reaal c.s. als zodanig had aanvaard en had beslist hoe daarmee moet worden omgegaan, heeft VEB er niet voor gekozen om direct zelf cassatieberoep in te stellen. Daarmee zou het onderzoek immers nog verder worden vertraagd.

7.

Nu de Onderzoekers echter cassatieberoep hebben ingesteld hecht VEB eraan om ook haar standpunt naar voren te brengen. Kort en goed is dit standpunt dat het onacceptabel is dat SNS Reaal c.s. nu juist de stukken achterhouden die voor de beoordeling van hun beleid in de onderzoeksperiode van het grootste belang zijn, omdat daaruit kan blijken welke beslissingen binnen de relevante organen wanneer zijn genomen (of juist niet), over welke informatie toen werd beschikt en welke afwegingen daaraan wel of niet ten grondslag lagen. Omdat naar de mening van VEB de beschikking van de raadsheer-commissaris daarnaast deels ook onjuist, althans onvoldoende duidelijk is, op twee punten waartegen de Onderzoekers geen klachten hebben gericht, legt VEB haar standpunt in zoverre in de vorm van een voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep aan uw Raad voor.

8.

In het navolgende zal VEB eerst aandacht besteden aan de wijze waarop SNS Reaal c.s. het verkrijgen van openheid van zaken trachten te verhinderen (paragraaf 2). Daarna zal VEB ingaan op de klachten van de Onderzoekers, die zij ondersteunt (paragraaf 3). Voor het geval uw Raad het meest verstrekkende standpunt van de Onderzoekers, dat SNS Reaal c.s. überhaupt géén afgeleid verschoningsrecht toekomt, onverhoopt zou verwerpen, richt VEB ten slotte incidentele klachten tegen de beschikking van de raadsheer-commissaris (paragraaf 4).

## 2. SNS Reaal c.s. belemmeren het verkrijgen van openheid van zaken

9.

VEB heeft de Ondernemingskamer reeds op 6 november 2014 verzocht om een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. SNS Reaal c.s. hebben toen het verweer gevoerd dat VEB niet-ontvankelijk was, omdat zij vanwege de onteigening geen aandelen meer hield. Bij beschikking van 8 juli 2015 achtte de Ondernemingskamer dit verweer ongegrond, kort gezegd omdat VEB nu juist een onderzoek wilde naar de oorzaken van de onteigening en daarmee naar de oorzaken van haar aandelenverlies. Deze beslissing sloot aan bij uw beschikking in *Slotervaartziekenhuis*.<sup>[1.]</sup> Niettemin stelden SNS Reaal c.s. cassatieberoep in. Uw Raad heeft dit beroep - waarin SNS Reaal c.s. zich in de kern beriepen op het vermeende rechtsgevolg van hun eigen falen - verworpen.<sup>[2.]</sup>

10.

De Ondernemingskamer heeft zich vervolgens inhoudelijk gebogen over het enquêteverzoek van VEB. Op 26 juli 2018 heeft hij een enquête gelast.<sup>[3.]</sup> De Ondernemingskamer overwoog daarbij dat een algemeen maatschappelijk belang bestaat bij openheid van zaken over het beleid en de gang van zaken van SNS c.s. Toch hebben SNS Reaal c.s. ook tegen deze beschikking weer cassatieberoep ingesteld. Dit beroep is thans bij uw Raad aanhangig.<sup>[4.]</sup> In haar verweerschrift in die zaak heeft VEB opgemerkt dat SNS c.s. zich uiteraard tegen een onderzoek mogen blijven verzetten, maar dat wel de vraag opkomt of het niet juist goed is dat een enquête plaatsvindt naar de nationalisatie, met belastinggeld, van een grote financiële instelling, inclusief systeembank.

#### 11.

Op 17 augustus 2018 hebben SNS Reaal c.s. de Ondernemingskamer verzocht om de onderzoeker Jansen Schoonhoven van zijn taken te ontheffen. Volgens SNS Reaal c.s. zou Jansen Schoonhoven zijn taak niet onbevangen en onbevooroordeeld kunnen verrichten, omdat hij ook als deskundige in de schadeloosstellingsprocedure optreedt en de deskundigen in die zaak bepaalde uitlatingen hebben gedaan. De Ondernemingskamer heeft dit verzoek afgewezen omdat ten aanzien van Jansen Schoonhoven geen gerechtvaardigde schijn van partijdigheid bestaat.<sup>[5.]</sup>

#### 12.

De feiten die aanleiding hebben gegeven tot de thans bestreden beschikking van de raadsheer-commissaris dateren van eind 2018 en begin 2019. Zoals hiervoor uiteengezet weigeren SNS Reaal c.s. om onder meer een groot aantal notulen van vergaderingen van bepalende organen van SNS Reaal c.s., correspondentie met onder meer DNB en besluiten van SNS Bank aan de Onderzoekers ter beschikking te stellen. Ook zonder kennisneming van de inhoud van deze stukken is evident dat deze van essentieel belang zijn voor het onderzoek. Het grote belang van inzicht in de notulen blijkt ook uit de beschikking van de Ondernemingskamer van 26 juli 2018:

‘3.119 Er bestaat ook met inachtneming van de in deze procedure overgelegde stukken geen openheid van zaken met betrekking tot het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. Zo hebben SNS Reaal c.s. weliswaar meer dan 150 producties overgelegd, maar daartoe behoren niet notulen van de vergaderingen van het bestuur en van de raad van commissarissen van SNS Reaal en SNS Bank uit de periode 2007 tot en met 2013 en veel andere interne stukken.’

#### 13.

De beschikking van de raadsheer-commissaris houdt bovendien in dat SNS Reaal c.s. bij het selecteren van de documenten waarvoor zij zich op een verschoningsrecht willen beroepen weinig voortvarend zijn geweest, nu het van de aanvang van het onderzoek duidelijk was dat de Onderzoekers kennis wilden nemen van de volledige inhoud van alle notulen en de overige stukken. De raadsheer-commissaris vond het daarom nodig SNS Reaal c.s. een termijn van veertien dagen te stellen om in het vervolg te voldoen aan informatieverzoeken van de Onderzoekers. SNS Reaal c.s. moeten voortaan binnen deze termijn bepalen of zij (deels) een beroep doen op een afgeleid verschoningsrecht (rov. 3.18).

#### 14.

VEB wijst er in dit verband terzijde op dat de vertraging die SNS Reaal c.s. veroorzaken met hun beroep op een vermeend verschoningsrecht past binnen een betreuenswaardige tendens. Onlangs is in de media verslag gedaan van het dwarsbomen van op waarheidsvinding gerichte onderzoeken door het (te) verstrekkend en niet onderbouwd inroepen van een verschoningsrecht. Zo berichtte NRC Handelsblad op 6 juni 2019 over de vertraging die de onderzoeken naar strafbare feiten door scheepsbouwer Damen en olieconcern Shell hebben opgelopen door een ruim en niet onderbouwd beroep op een vermeend verschoningsrecht.<sup>[6.]</sup> Het Openbaar Ministerie heeft recent laten weten dat het er tegen aan loopt dat het verschoningsrecht wordt ingezet als procedureel wapen en dat dit leidt tot onwerkbaar situaties.<sup>[7.]</sup>

15.

Na de beschikking van de raadsheer-commissaris hebben zesentwintig voormalige bestuurders en commissarissen van SNS Reaal c.s. in april van dit jaar bezwaar gemaakt tegen het voornemen van de Onderzoekers om verslagen van gesprekken met hen aan het verslag te hechten. Enkele hebben zich bovendien op het standpunt gesteld dat zij überhaupt niet met de Onderzoekers hoeven te spreken en dat schriftelijke beantwoording van vragen volstaat. Deze functionarissen vonden hun bezwaren tegen de door de Onderzoekers voorgenomen onderzoeks aanpak van groter gewicht dan het door de Onderzoekers aangevoerde belang van transparantie en toetsbaarheid.<sup>[8.]</sup> SNS Reaal c.s. hebben steun betuigd aan de bezwaren van hun voormalige functionarissen tegen het aanhechten van gespreksverslagen aan het onderzoeksverslag.<sup>[9.]</sup>

16.

De raadsheer-commissaris heeft de bezwaren van SNS Reaal c.s.' voormalige bestuurders en commissarissen verworpen. Hij heeft daarbij opnieuw gewezen op het algemeen belang bij het verkrijgen van openheid van zaken in de onderhavige enquêteprocedure. Daarnaast wees hij op de mogelijkheid om het verslag en de bijlagen daarbij niet (volledig) voor eenieder ter inzage te leggen en op het verbod voor onder meer VEB om mededelingen uit het verslag te doen.<sup>[10.]</sup>

17.

De uit dit overzicht blijkende opstelling van SNS Reaal c.s. geeft VEB weinig hoop op een coöperatieve houding van SNS Reaal c.s. in het vervolg van het onderzoek. Het is daarom van des te groter belang dat uw Raad helderheid schept over de vragen (i) of het verschoningsrecht een plaats heeft in een enquête en (ii) zo ja, hoe moet worden voorkomen dat de waarheidsvinding met een beroep daarop wordt gefrustreerd. VEB vreest dat zonder die helderheid alleen al in deze enquête- zaak nieuwe (cassatie)procedures noodzakelijk zullen zijn, aangezien SNS Reaal c.s. resterende onduidelijkheid zullen aangrijpen om de waarheidsvinding te blijven hinderen.

### 3. Aanvullende opmerkingen bij de cassatieklachten van de onderzoekers

#### Onderdeel 1: Geen verschoningsrecht in een enquête

18.

De Onderzoekers stellen zich primair op het standpunt dat de doelstelling van de enquêteprocedure om openheid van zaken te verkrijgen en het daarop gerichte wettelijke kader zich ertegen verzetten dat de rechtspersoon tegenover de onderzoekers een afgeleid verschoningsrecht toekomt. Daarbij speelt mee dat de gevolgen van het ontbreken van een verschoningsrecht worden gemitigeerd doordat het onderzoeksverslag in beginsel - en in de regel<sup>[11.]</sup> - slechts beschikbaar komt voor, kort gezegd, de rechtspersoon zelf en de verzoekers. Ook is mogelijk dat de Ondernemingskamer het verslag slechts gedeeltelijk ter inzage legt voor eenieder, bijvoorbeeld door vertrouwelijke gedeeltes niet vrij te geven (art. 2:353 lid 2 BW). Anderen dan de rechtspersoon en dus ook de verzoekers zijn wat de niet voor eenieder toegankelijke delen van het verslag op straffe van gevangenisstraf tot geheimhouding gehouden (art. 2:353 lid 3 BW jo. art. 272 Sr).

19.

VEB onderschrijft als gezegd dit standpunt. In aanvulling op de daartoe door de Onderzoekers aangedragen argumenten wijst zij erop dat ook elders in de wet de constructie van een dergelijke 'verlegging' van vertrouwelijkheid is aanvaard. De Advocatenwet bepaalt in art. 45a lid 2 dat advocaten, hun medewerkers en personeel, alsmede andere personen die bij hun beroepsuitoefening betrokken zijn in het kader van het toezicht door de deken niet gehouden zijn aan hun geheimhoudingsplicht. In het verlengde daarvan komt hen tegenover de deken in een tuchtrechtelijk onderzoek ook geen verschoningsrecht toe. Zij dienen dus volledig en zonder voorbehouden medewerking te verlenen aan het onderzoek van de deken. Daartegenover staat dat



de deken en diegenen die hij voor zijn onderzoek inschakelt op hun beurt tot geheimhouding zijn gehouden.

20.

Het Hof van Discipline laat het in dit verband aan de deken om prudent om te gaan met gegevens waarop mogelijk het verschoningsrecht van toepassing is. Zo overwoog het Hof in een zaak waarin het de deken belaste met een nader onderzoek:<sup>[12.]</sup>

‘Het hof zal daarom de deken van de Orde van Advocaten Limburg opdragen een nader onderzoek in te stellen en van zijn bevindingen aan het hof verslag te doen. Het hof realiseert zich dat bij dit onderzoek de vraag aan de orde kan komen of verweerder zich kan beroepen op een verschoningsrecht. Voor dat geval wijst het hof erop dat ook de deken een geheimhoudingsplicht heeft en dat verweerder verplicht is om aan de deken alle door de deken gewenste inlichtingen te verschaffen, maar dat onder omstandigheden de deken kan volstaan met het geven van zijn eindconclusie zonder dat hij alle details ten aanzien waarvan verweerder zich zou kunnen beroepen op een verschoningsrecht, in het verslag aan het hof weergeeft.’

21.

Een vergelijkbare constructie kan in enquêtezaken worden toegepast. Ook van enquêteurs kan worden verwacht dat zij informatie ten aanzien waarvan de rechtspersoon zich tegenover derden zou kunnen beroepen op een afgeleid verschoningsrecht niet zonder noodzaak in het verslag opnemen. Voor zover zij van dergelijke informatie toch melding maken, staat het hen uitdrukkelijk vrij aanbevelingen te doen over de vraag of het wenselijk is om het rapport of delen daarvan en/of van eventuele bijlagen bij het verslag ter inzage te leggen voor belanghebbenden dan wel voor een ieder.<sup>[13.]</sup> Vervolgens is het aan rechterlijke toetsing door de Ondernemingskamer onderworpen in hoeverre het verslag daadwerkelijk ter inzage kan worden gelegd. De Ondernemingskamer zal bij die afweging moeten betrekken dat het verslag vertrouwelijke gegevens bevat en het om die reden bijvoorbeeld slechts gedeeltelijk ter inzage kunnen leggen.

22.

De Onderzoekers wijzen er verder op dat in andere wetten dan de regeling van het enquêterecht, met eveneens een algemene inlichtingenplicht ten behoeve van met onderzoek belaste autoriteiten, wél uitdrukkelijk is voorzien in een recht om informatie niet te verstrekken vanwege een verschoningsrecht of geheimhoudingsplicht. Zij noemen art. 6b lid 1 Wet invoering Autoriteit Consument en Markt, art. 5:20 Awb, art. 13 lid 6 Wet Huis voor Klokkenluiders en art. 53a AWR. Deze expliciete uitzonderingen onderstrepen dat geen algemene regel bestaat dat onderzochte (rechts)personen sowieso inlichtingen kunnen weigeren onder verwijzing naar een verschoningsrecht.

23.

In aanvulling hierop verdient opmerking dat evenmin is vereist dat een uitzondering op een geheimhoudingsplicht of het verschoningsrecht uitdrukkelijk bij wet moet zijn voorzien (zoals in art. 45a lid 2 Advocatenwet wel het geval is). Een voorbeeld hiervan biedt de Wwft. Inmiddels is in art. 18a Wwft uitdrukkelijk opgenomen dat advocaten en notarissen voor de meldplicht van art. 16 en de inlichtingenplicht van art. 17 van die wet niet zijn gehouden aan hun geheimhoudingsplicht. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat deze expliciete uitsluiting geen wijziging bracht ten opzichte van de voorheen bestaande praktijk, toen de wet nog niet inhield dat de meld- en inlichtingenplicht ook onverkort voor advocaten en notarissen golden. Toch kon het verschoningsrecht ook toen al niet aan deze verplichtingen worden tegengeworpen:<sup>[14.]</sup>

‘Middels een nieuw artikel 18a wordt in het onderhavige wetsvoorstel de verhouding tussen de geheimhoudingsplicht voor advocaten en notarissen en de meldplicht op grond van de Wwft verduidelijkt. Advocaten en notarissen vallen voor bepaalde werkzaamheden binnen de reikwijdte van de Wwft. Dit blijft ten opzichte van de huidige Wwft ongewijzigd. (...) De geheimhoudingsplicht voor individuele advocaten in artikel 11 a van de Advocatenwet en in artikel 22 van de Wet op het notarisambt, is in dat geval niet van toepassing. In afwijking van de geheimhoudingsplicht, dient de advocaat of notaris de bij een melding op grond van artikel 16 benodigde informatie, dan wel aanvullende informatie op grond van artikel 17, aan de FIU te verstrekken. Hiermee wordt geen wijziging in het wettelijk kader voor advocaten en notarissen beoogd, maar een verduidelijking van de reeds bestaande praktijk.’

**Onderdelen 2 en 3: De stukken zijn niet toevertrouwd aan geheimhouders als zodanig**

24.

De Onderzoekers stellen subsidiair dat de documenten die zij van SNS Reaal c.s. verlangen niet kwalificeren als aan verschoningsgerechtigden toevertrouwd. Voor de notulen geldt dat SNS Reaal c.s. deze juist hebben opgemaakt om (ook) extern vast te leggen en te verantwoorden wat in de betreffende vergaderingen is verhandeld.<sup>[15.]</sup> Indien de desbetreffende organen informatie-uitwisseling met geheimhouders vertrouwelijk hadden willen houden, hadden zij de inhoud daarvan niet moeten opnemen in de mede voor raadpleging door derden bedoelde notulen. De schriftelijke besluiten vormen wilsverklaringen van de betrokken rechtspersoon (hier: SNS Bank). Eventueel daarin opgenomen gegevens die met een verschoningsgerechtigde zijn uitgewisseld zijn een element gaan vormen van de verantwoording van die besluiten. De Onderzoekers merken ten slotte op dat correspondentie met derden (DNB, Financiën) niet onder het verschoningsrecht valt.<sup>[16.]</sup>

25.

VEB schaart zich ook achter deze argumentatie, in aanvulling daarop wijst zij op de jurisprudentie van uw Raad over de zeer beperkte rol voor het verschoningsrecht met betrekking tot de vraag of een rechtshandeling, zoals een overeenkomst (maar ook een besluit), tot stand is gekomen. Die rechtspraak houdt in dat niet als toevertrouwd gelden mededelingen van de onderhandelende partijen die gevolgd zijn door overeenstemming over een overeenkomst. Een betrokken notaris zal daarom in ieder geval in een geschil tussen de contractpartijen moeten verklaren over de totstandkoming van de overeenkomst en de uitleg daarvan. Omdat voor die uitleg mede de totstandkomingsgeschiedenis van de overeenkomst van belang is, zal de notaris daarbij ook moeten getuigen over de verklaringen van partijen over en weer in de aanloop naar de overeenkomst. Snijders wijst er in zijn noot onder het hier bedoelde arrest op dat van mededelingen aan de notaris ter zake de totstandkoming en uitleg niet kan worden gezegd dat deze aan de notaris zijn toevertrouwd, omdat dergelijke mededelingen juist ook bedoeld zijn voor de wederpartij.<sup>[17.]</sup> In een iets later arrest vulde uw Raad aan dat voor een verschoningsrecht tegenover derden in ieder geval aanwijzingen moeten bestaan dat de partijen die de verschoningsgerechtigde hebben ingeschakeld, vertrouwelijkheid omtrent hun transactie wensten. Als het gaat om een transactie die naar haar aard tegenover derden moet kunnen worden ingeroepen, zal de vertrouwelijkheid daarvan niet snel kunnen worden aangenomen.<sup>[18.]</sup>

26.

Naar de mening van VEB dringt zich een vergelijking op met de door SNS Reaal c.s. achtergehouden notulen en besluiten van de directie van SNS Bank. Wat in deze notulen is opgenomen, is als gezegd niet bedoeld om te blijven binnen de beslotenheid van de communicatie tussen SNS Reaal c.s. en de betreffende geheimhouder, maar juist ook om ten opzichte van derden verantwoording af te leggen. Ook voor de niet-verstreckte schriftelijke besluiten heeft te gelden dat indien daarin wordt verwezen naar bijvoorbeeld advisering door advocaten, deze in het betreffende document opgenomen advisering van belang zal zijn bij de uitleg van het besluit. Deze besluiten zullen daarom, evenmin als schriftelijke overeenkomsten bij de totstandkoming waarvan geheimhouders betrokken zijn geweest, met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht kunnen worden achtergehouden.

27.

De Onderzoekers wijzen er verder op dat de besluitvorming van SNS Reaal c.s. omtrent te onderzoeken vragen niet los kan worden gezien van de advisering die ter zake door advocaten is gegeven. Inzicht in de rationale en de kwaliteit van de besluitvorming kan komen te ontbreken als niet ook kennis kan worden genomen van de adviezen van betrokken advocaten. Het is daarom in de ogen van de Onderzoekers niet goed denkbaar dat dergelijke adviezen niet worden prijsgegeven.

28.

VEB deelt dit standpunt. In dit verband vraagt zij er aandacht voor dat zeker niet iedere betrokkenheid van geheimhouders, zoals advocaten, bij de handel en wandel van een cliënt onder het verschoningsrecht valt. Het verschoningsrecht beperkt zich tot hetgeen aan de geheimhouder *als zodanig* is toevertrouwd. Dit recht kan dus niet worden ingeroepen door personen die vanwege hun functie verschoningsgerechtigd zijn, maar met betrekking tot informatie die niet in de uitoefening van hun eigenlijke functie aan hen is toevertrouwd. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als advocaten (in een bepaalde periode), min of meer standaard aanschuiven bij de besluitvorming en/of feitelijke onderzoeken doen naar zaken die voor de cliënt mogelijk (juridische) problemen kunnen opleveren.

29.

De wetgever hecht er daarom belang aan het verschoningsrecht van in het bijzonder advocaten te beperken tot hun kerntaak: het bepalen van de rechtspositie van de cliënt, optreden in rechte en advisering voor, tijdens en na een rechtsgeding en over het instellen of vermijden daarvan. Zo merkte de minister van Financiën in de toelichting bij de Wwft op dat met de daarin opgenomen uitzondering op de meldplicht de *kerntaak* van de advocaat niet wordt geraakt:

‘Hiermee is gewaarborgd dat het geven van juridisch advies met betrekking tot een rechtsgeding of ter bepaling van de rechtspositie van de cliënt onder alle omstandigheden is uitgezonderd van de meldingsplicht. De door de NOVA gedane suggestie om alle vormen van juridisch advies uit te sluiten van de meldingsplicht is dus niet nodig om de kerntaak van de advocaat te beschermen. Het zou dan immers ook gaan om advisering die niets te maken heeft met de bijstand in een rechtsgeding of de bepaling van de rechtspositie van een cliënt.’ [19.]

30.

Ook de minister van Veiligheid en Justitie onderkende in 2015 het probleem dat advocaten zich steeds meer bezighouden met andere zaken dan hun kerntaak. Hij wees erop dat dan niet zonder meer een geheimhoudingsplicht en dus evenmin een verschoningsrecht geldt.<sup>[20.]</sup>

‘Het verschoningsrecht als bedoeld in art. 218 Wetboek van Strafvordering (Sv) en art. 165 lid 2 onder b Rechtsvordering (Rv) is een recht van onder meer advocaten en is noodzakelijk voor het goed kunnen vervullen van de kerntaken van de advocatuur. Bij forensisch onderzoek door een verschoningsgerechtigde kan sprake zijn van een geheimhoudingsplicht, maar dat is niet zonder meer het geval. (...) In het kader van de rijksbrede aanpak van fraude (...) ben ik met het Openbaar Ministerie (OM) en de NOVA in gesprek over het gegeven dat door de tijd heen de dienstverlening van advocaten zich over een steeds breder terrein is gaan uitstrekken, waardoor ook het domein dat wordt bestreken door het sectorale beroepsgeheim zich verder heeft verbreed. Hierdoor wordt het spanningsveld tussen het verschoningsrecht enerzijds en het belang van voortvarende opsporing en vervolging anderzijds vergroot.’

31.

Van de stukken die SNS Reaal c.s. aan de Onderzoekers onthouden valt des te minder in te zien dat deze informatie bevatten die onder een (afgeleid) verschoningsrecht zou vallen indien voor ogen wordt gehouden dat daarvoor onvoldoende is dat die informatie op enigerlei wijze is besproken of afkomstig is van een advocaat of notaris, maar dat ook nodig is dat deze geheimhouder daadwerkelijk in zijn hoedanigheid van verschoningsgerechtigde is opgetreden.

#### 4. Voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

##### Ontvankelijkheid

32.

VEB meent dat zij in deze procedure de mogelijkheid heeft om (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep in te stellen. Zij sluit zich daartoe in de eerste plaats aan bij het standpunt van de Onderzoekers, dat tegen de beschikking van de raadsheer-commissaris cassatieberoep open staat. Art. 2:350 lid 4 BW dient zo gelezen te worden dat de daarin opgenomen uitsluiting van cassatieberoep niet ziet op beslissingen van de raadsheer-commissaris als bedoeld in art. 2:352 lid 1 BW. Niet blijkt immers dat de wetgever bij de introductie van art. 2:350 lid 4 BW heeft beoogd om de bestaande mogelijkheid van cassatieberoep tegen beschikkingen op de voet van art. 2:352 lid 1 BW te laten vervallen.

33.

Op de procedure ex art. 2:352 lid 1 BW zijn de regels voor de verzoekschriftprocedure van toepassing. Deze regels bieden belanghebbenden die in feitelijke aanleg zijn verschenen de mogelijkheid om in cassatie een verzoekschrift in te dienen (art. 426b leden 3 en 4 Rv) en tevens om daarbij van hun zijde cassatieberoep in te stellen (art. 427 Rv). VEB is in de procedure bij de Ondernemingskamer verschenen. Zij is niet alleen verzoekster in de lopende enquêteprocedure, waarin zij om het toegewezen onderzoek heeft verzocht, maar zij heeft op 25 januari 2019 ook, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, schriftelijk gereageerd op het

verzoek van de Onderzoekers aan de raadsheer-commissaris om SNS Reaal c.s. te bevelen de opgevraagde stukken te verstrekken. In deze schriftelijke reactie, die kwalificeert als een verweerschrift, heeft VEB onder meer zelf het verzoek gedaan om aan het door de Onderzoekers verlangde bevel een dwangsom te verbinden. Vervolgens is VEB ook verschenen op de mondelinge behandeling die de raadsheer-commissaris heeft gehouden op 12 februari 2019. Haar advocaten hebben daar het woord gevoerd. In zijn beschikking heeft de raadsheer-commissaris inhoudelijk (zij het afwijzend) beslist op het dwangsomverzoek van VEB.<sup>[21.]</sup>

34.

Onder de voorwaarde dat de Hoge Raad de klachten van onderdeel 1 van het verzoekschrift van de Onderzoekers verwerpt, richt VEB de volgende incidentele klachten tegen de bestreden beschikking.

#### **Onderdeel 1: Het belang bij duidelijkheid over de nationalisatie kan prevaleren boven een verschoningsrecht**

35.

In rov. 3.9 van zijn beschikking overweegt de raadsheer-commissaris:

‘De door de onderzoekers aangevoerde omstandigheid dat bij het verkrijgen van openheid van zaken met betrekking tot de periode voorafgaand aan de nationalisatie van SNS Reaal c.s. een zwaarwichtig publiek belang bestaat, is geen uitzonderlijke omstandigheid waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt moet prevaleren boven het verschoningsrecht (vgl. HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 en HR 9 mei 2006, *NJ* 2006, 622).’

36.

Dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting omtrent welke omstandigheden voldoende zijn om het verschoningsrecht opzij te zetten, althans is zonder (verdere) motivering niet begrijpelijk. Zoals de Onderzoekers hebben aangevoerd en ook van algemene bekendheid is, zijn bij de nationalisatie van SNS Reaal c.s. grote private belangen (van de onteigende aandeelhouders) en zwaarwichtige publieke belangen (onder meer van de schatkist) betrokken. SNS Bank werd als een systeem bank gezien. Haar situatie ten tijde van de nationalisatie vormde dus een ernstige en onmiddellijke bedreiging voor de stabiliteit van het Nederlandse financiële stelsel (art. 6:2 Wft). De nationalisatie van SNS Reaal c.s., waarmee voor de eerste keer gebruik werd gemaakt van de zogenoemde Interventiewet, heeft de Staat vele miljarden euro's gekost. Deze miljarden zijn voor burgers en instellingen verloren gegaan.<sup>[22.]</sup> Hiervan uitgaande miskent de raadsheer-commissaris dat het zwaarwegende belang bij het verkrijgen van openheid van zaken met betrekking tot de periode voorafgaand aan (en daarmee over de oorzaken van) de nationalisatie wel degelijk volstaat om het beroep van SNS Reaal c.s. op een afgeleid verschoningsrecht te passeren. Althans miskent hij dat dit (onder omstandigheden) het geval kan zijn voor specifieke documenten waarvoor SNS Reaal c.s. zich op een afgeleid verschoningsrecht beroepen of dit in de toekomst nog zullen doen. De beoordeling of sprake is van buitengewone omstandigheden die doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigen, kan immers niet plaatsvinden aan de hand van enkel een waardering van het belang bij opheldering van de te onderzoeken zaken als zodanig, in de zin dat het belang bij openheid van zaken over sommige feiten wel (zonder meer) volstaat voor doorbreking en het belang van opheldering van andere feiten (steeds) van onvoldoende gewicht is, zoals de raadsheer-commissaris kennelijk heeft geoordeeld (‘*De door de onderzoekers aangevoerde omstandigheid ... is geen uitzonderlijke omstandigheid*’). Bij die beoordeling dienen alle relevante omstandigheden van het geval te worden betrokken, waaronder de aard en omvang van de specifieke gegevens waarvoor het verschoningsrecht wordt ingeroepen, de vraag of die gegevens naar het zich laat aanzien betrekking hebben op (hier) voor het onderzoek essentiële onderwerpen of periodes en of de waarheid ook op andere wijze dan door middel van inzage aan het licht kan komen.<sup>[23.]</sup> In een context als hier aan de orde valt althans niet zonder meer in te zien dat de nationalisatie in geen geval voor enig document terzijdestelling van een beroep van SNS Reaal c.s. op een afgeleid verschoningsrecht kan of zal kunnen rechtvaardigen. Hierbij is van belang dat nog geenszins vaststaat waarop de Onderzoekers bij hun onderzoek zullen stuiten, welke - wellicht zeer ernstige - concrete zaken en vermoedens zij (nader) zullen moeten onderzoeken en welke stukken of gegevens daarvoor in welke mate van belang zullen blijken.

#### **Onderdeel 2: Geen verschoningsrecht zonder beroep door de verschoningsgerechtigde**

37.

In rov. 3.15 en 3.16 overweegt de raadsheer-commissaris:

‘3.15 Het bovenstaande brengt de raadsheer-commissaris ertoe bevelen te geven die, zoals ter zitting is



besproken, ertoe strekken dat:

- SNS Reaal c.s. tegenover de onderzoekers specificeren en motiveren welke informatie uit de in 2.7 genoemde 104 documenten onder het bereik van een afgeleid verschoningsrecht valt en om die reden buiten het onderzoek zou moeten blijven;
- de onderzoekers aan de hand daarvan kunnen beoordelen of zij het beroep op een afgeleid verschoningsrecht in elk van die gevallen al dan niet aanvaardbaar achten;
- de onderzoekers een geschil daarover kunnen voorleggen aan de raadsheer-commissaris door deze te verzoeken aan SNS Reaal c.s. een bevel te geven om de desbetreffende informatie alsnog 'formeel' aan de onderzoekers te verstrekken;
- in welk geval de raadsheer-commissaris daarover zal beslissen nadat de onderzoekers en SNS Reaal c.s. - niet ook de overige partijen -, alsmede de verschoningsgerechtigde zelf in de gelegenheid zijn gesteld zich daarover uit te laten.

3.16 Indien SNS Reaal c.s. - of anderen die op de voet van artikel 2:351 lid 1 BW verplicht zijn inlichtingen te verschaffen - in een later stadium van het onderzoek met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht aan de onderzoekers (volledige) inzage weigeren in door de onderzoekers opgevraagde stukken en zij die stukken niet 'informeel' aan de onderzoekers verstrekken of hebben verstrekt, geldt het volgende. SNS Reaal c.s. - respectievelijk die anderen - dienen dan aan de onderzoekers toe te lichten - zonder dat zij de inhoud van de desbetreffende informatie hoeven prijs te geven - op grond waarvan de desbetreffende informatie onder de reikwijdte van een verschoningsrecht van een advocaat of notaris valt. De onderzoekers kunnen een geschil daarover voorleggen aan de raadsheer-commissaris door deze te verzoeken betrokkene een bevel te geven om de desbetreffende informatie alsnog aan de onderzoekers te verstrekken. In dat geval zal de raadsheer-commissaris daarover beslissen zo nodig na kennisneming van de desbetreffende informatie en nadat de verschoningsgerechtigde zelf in de gelegenheid is gesteld zich uit te laten en zonder dat de onderzoekers inzage hebben in die informatie.'

38.

VEB begrijpt deze overwegingen aldus, dat de raadsheer-commissaris in geval van een geschil op basis van een volledige beoordeling, zo nodig na kennisneming van de inhoud van de betreffende stukken, zelf zal beslissen of een beroep van SNS Reaal c.s. op een afgeleid verschoningsrecht aanvaardbaar is en dat hij daarbij in voorkomende gevallen dus ook tot het oordeel kan komen dat onterecht een beroep op vertrouwelijkheid wordt gedaan (en de stukken dus aan de Onderzoekers moeten worden verstrekt), hoewel een geheimhouder te kennen geeft dat naar zijn mening wél sprake is van geheim te houden stukken. VEB heeft tegen een dergelijke zelfstandige beoordeling ten gronde door de raadsheer-commissaris geen bezwaar voor zover deze de raadsheer-commissaris ruimte laat voor (uiteindelijk) een volledig eigen oordeel indien de beweerdelijk betrokken geheimhouder laat weten dat (niet alleen volgens SNS Reaal c.s., maar ook) naar zijn mening de betreffende stukken onder een (afgeleid) verschoningsrecht vallen. In zoverre bestrijdt VEB dit oordeel in cassatie dan ook uitdrukkelijk niet. Met de in rov. 3.15 en 3.16 bevolen procedures laat de raadsheer-commissaris echter ook de mogelijkheid open dat hij een beroep van SNS Reaal c.s. op een afgeleid verschoningsrecht honoreert - in voorkomende gevallen ook zónder kennis te nemen van de desbetreffende informatie - terwijl ter zake níet een verschoningsgerechtigde, maar enkel SNS Reaal c.s. zich op een verschoningsrecht beroepen. De bevolen procedures houden immers slechts in dat de verschoningsgerechtigde in de gelegenheid wordt gesteld om zich *uit te laten*. Hiermee miskent de raadsheer-commissaris dat hij een beroep op een afgeleid verschoningsrecht in geen geval kan toestaan voor zover de verschoningsgerechtigde zelf zich daarop niet beroept. Het oordeel van de raadsheer-commissaris dient daarom vernietigd te worden *voor zover* dit meebrengt dat een beroep van SNS Reaal c.s. op een afgeleid verschoningsrecht kan worden aanvaard zónder dat de verschoningsgerechtigde dit onderschrijft. VEB wijst er in dit verband op dat vooralsnog niet blijkt dat de verschoningsgerechtigden zelf ten aanzien van enig document dat SNS Reaal c.s. achterhouden een beroep op hun verschoningsrecht hebben gedaan.

## Conclusie

## Conclusie A-G mr. L. Timmermans:

Deze zaak gaat over de vraag of vennootschappen die voorwerp zijn van een enquête zich jegens de onderzoekers bij het verstrekken van documenten die de onderzoekers in het kader van de enquête hebben opgevraagd kunnen beroepen op een (afgeleid) verschoningsrecht, in het bijzonder of zij de onderzoekers mogen weigeren inzage te geven in verschoningsgerechtigde informatie die is opgenomen in onder meer notulen van het bestuur en de raad van commissarissen en in bestuursbesluiten van de vennootschappen. De raadsheer-commissaris van de ondernemingskamer heeft bij beschikking van 26 februari 2019 geoordeeld dat het functionele verschoningsrecht van onder meer advocaten en notarissen, dat berust op een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel, ook in de enquêteprocedure werking heeft. De vennootschappen kunnen de onderzoekers op die grond inzage in verschoningsgerechtigde informatie weigeren. De raadsheer-commissaris heeft in de bestreden beschikking een procedure voorgeschreven waarin de onderzoekers de raadsheer-commissaris kunnen verzoeken de vennootschappen een bevel te geven de desbetreffende informatie alsnog aan de onderzoekers te verstrekken. De raadsheer-commissaris zal in dat geval daarover beslissen zo nodig na kennisneming van de desbetreffende informatie en nadat de verschoningsgerechtigde zelf in de gelegenheid is gesteld zich daarover uit te laten en zonder dat de onderzoekers en andere belanghebbenden inzage hebben in die informatie. De beschikking van de raadsheer-commissaris houdt mijns inziens in cassatie stand.

De zaak hangt samen met het cassatieberoep van de Staat en NLF1 en het cassatieberoep van SNS Reaal en SNS Bank tegen de beschikking van de ondernemingskamer van 26 juli 2018, waarin een onderzoek is bevolen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal en SNS Bank. In die zaken, aanhangig onder zaaknummers 18/04509 en 18/04511, heb ik op 18 oktober 2019 conclusies genomen die strekken tot verwerping van het cassatieberoep.

### 1. De feiten en het procesverloop<sup>[1.]</sup>

#### 1.1

Bij beschikking van 26 juli 2018<sup>[2.]</sup> heeft de ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van SRH. N.V. (voorheen genaamd SNS Reaal N.V., hierna: SNS Reaal) en de Volksbank N.V. (voorheen genaamd SNS Bank N.V., hierna: SNS Bank) over de periode vanaf 1 juli 2006 tot 1 februari 2013. SNS Reaal en SNS Bank worden hierna gezamenlijk aangeduid als SNS Reaal c.s. In de beschikking heeft de ondernemingskamer in rov. 3.133 een aantal onderwerpen genoemd waarop het onderzoek in het bijzonder betrekking zal hebben. Tegen deze beschikking is door zowel de Staat der Nederlanden (hierna: de Staat) en de Stichting Administratiekantoor Beheer Financiële Instellingen (hierna: NLF1), in de zaak 18/04509, als door SNS Reaal c.s., in de zaak 18/04511, cassatieberoep ingesteld. Mijn conclusies van 18 oktober 2019<sup>[3.]</sup> in die beide samenhangende zaken strekken tot verwerping van het cassatieberoep.

#### 1.2

Bij beschikking van 2 augustus 2018<sup>[4.]</sup> heeft de ondernemingskamer dr. F.J.G.M. Cremers, mr. F.D. Stibbe en mr. E.M. Jansen Schoonhoven MBA (hierna: Jansen Schoonhoven) aangewezen als onderzoekers als bedoeld in de beschikking van 26 juli 2018. Deze drie personen worden hierna gezamenlijk aangeduid als de onderzoekers. Bij beschikking van 21 september 2018<sup>[5.]</sup> heeft de ondernemingskamer verzoeken van SNS Reaal c.s. en de Staat tot ontheffing van Jansen Schoonhoven als onderzoeker in verband met zijn eerdere benoeming en werkzaamheden als deskundige in de schadeloosstellingsprocedure afgewezen.<sup>[6.]</sup>

#### 1.3

Het door de onderzoekers in de enquêteprocedure opgestelde plan van aanpak van 3 oktober 2018 omvat als bijlage 2 een lijst van 45 (categorieën van) documenten die de onderzoekers digitaal aangeleverd willen

krijgen, waartoe behoren de notulen van de vergaderingen van het bestuur en de raad van commissarissen van SNS Reaal c.s. en Propertize B.V. (voorheen genaamd SNS Property Finance B.V., hierna: Property Finance) over de periode van 1 januari 2006 tot 1 februari 2013.

#### 1.4

SNS Reaal c.s. hebben zich jegens de onderzoekers op het standpunt gesteld dat aan hen met betrekking tot gedeeltes van de opgevraagde documenten een beroep toekomt op een van betrokken advocaten en notarissen afgeleid verschoningsrecht. Vervolgens is op voorstel van SNS Reaal c.s. van 14 november 2018 met de onderzoekers afgesproken dat SNS Reaal c.s. de opgevraagde notulen “informeel” volledig, dus inclusief geprivilegieerde informatie, aan de onderzoekers ter beschikking zullen stellen onder de voorwaarde dat de onderzoekers niet op enigerlei wijze zullen refereren aan de aldus verstrekte informatie en met dien verstande dat de onderzoekers nadien om “formele” verstrekking van die documenten kunnen vragen, in welk geval SNS Reaal c.s. alsdan zullen beoordelen of zij zich zullen beroepen op een afgeleid verschoningsrecht.

#### 1.5

SNS Reaal c.s. hebben vervolgens op 20 november 2018 en 12 december 2018 op deze wijze “informeel” informatie verstrekt aan de onderzoekers. Onder meer op 20 november 2018, 4 december 2018 en 14 december 2018 hebben de onderzoekers aanvullende informatieverzoeken aan SNS Reaal c.s. gedaan. De onderzoekers hebben zich onder meer bij brief aan SNS Reaal c.s. van 23 november 2018 op het standpunt gesteld dat aan SNS Reaal c.s. geen beroep op een afgeleid verschoningsrecht toekomt.

#### 1.6

Bij brief van 10 december 2018 hebben de onderzoekers verzocht om formele uitlevering van alle notulen. Bij brief van 20 december 2018 hebben de onderzoekers SNS Reaal c.s. gevraagd uiterlijk op 7 januari 2019 alle opgevraagde stukken formeel te verschaffen, met een lijst van stukken ten aanzien waarvan SNS Reaal c.s. zich op een afgeleid verschoningsrecht zouden willen beroepen, zodat, indien aan SNS Reaal c.s. een beroep op enig verschoningsrecht toekomt, de reikwijdte daarvan in concreto kan worden getoetst. Bij brief van 21 december 2018 hebben SNS Reaal c.s. zich op het standpunt gesteld dat daarmee “de route van de informele informatieverstrekking” beëindigd is en de onderzoekers verzocht de eerder “informeel” verstrekte informatie te verwijderen.

#### 1.7

Op 28 december 2018 hebben SNS Reaal c.s., na telefonisch overleg met de onderzoekers, het volgende voorstel gedaan met betrekking tot de informatie-uitlevering:

- “
1. Wij zullen op korte termijn aangeven welke documenten, waarop in elk geval geen verschoningsrecht van toepassing is, sowieso ‘formeel’ worden vrijgegeven (...)
  2. Wij zullen na een eerste inventarisatie een indicatie geven van wanneer de identificatie/beoordeling van verschoningsgerechtigde stukken naar verwachting gereed kan zijn en zullen daarover vervolgens zo nodig ook updates geven
  3. Voor de periode tot het ‘formeel’ vrijgeven van stukken blijven de afspraken over informele informatieverstrekking gelden, namelijk dat het de onderzoekers niet vrijstaat de documenten die zij hebben ontvangen, en die nog niet ‘formeel’ zijn vrijgegeven, vrijelijk te gebruiken indien een verschoningsrecht van toepassing is (...) - indien na identificatie een beroep wordt gedaan op een verschoningsrecht staat het jullie uiteraard vrij daartegen op te komen; wij zullen in dat geval ook ‘formeel’ een geschoond document aanleveren dat het informeel uitgeleverde document zal vervangen.

4. Nieuwe informatie-uitleveringen doen wij, ook conform jullie verzoek, vanaf nu uitsluitend 'formeel', dus na beoordeling op een eventueel verschoningsrecht."

### 1.8

De onderzoekers hebben bij brief van 22 januari 2019, met bijlagen, de raadsheer-commissaris verzocht om SNS Reaal c.s. voor nu en in het vervolg te bevelen terstond, althans binnen vijf dagen nadat daarom is verzocht, al die stukken uit te leveren waarvan *prima facie* vaststaat dat er geen verschoningsrecht op rust.

### 1.9

De Vereniging van Effectenbezitters en overige verzoekers (hierna: VEB c.s.) hebben bij brief van hun advocaten van 25 januari 2019 te kennen gegeven het verzoek van de onderzoekers te ondersteunen en verzocht een dwangsom te verbinden aan het onder 1.8 bedoelde bevel.

### 1.10

De onderzoekers hebben bij brief van 30 januari 2019, met bijlagen, hun verzoek gewijzigd in die zin dat zij thans verzoeken:

- primair: te bepalen dat SNS Reaal c.s. ter zake van door de onderzoekers opgevraagde en op te vragen documenten en bescheiden geen recht toekomt op een (afgeleid) verschoningsrecht dan wel het recht daarop hebben verwerkt;
- subsidiair: SNS Reaal c.s. te bevelen voor nu en in het vervolg,
  - i) terstond, althans binnen vijf dagen nadat daarom is verzocht, al die stukken uit te leveren waarvan *prima facie*, althans na een eerste globale check, vaststaat dat er geen (afgeleid) verschoningsrecht op rust;
  - ii) binnen tien dagen nadat daarom is verzocht, al die stukken uit te leveren waarvan na tweede lezing is gebleken dat er geen verschoningsrecht op rust c.q. waarbij afstand wordt gedaan van (mogelijk) verschoningsrecht en;
  - ii i) binnen tien dagen nadat daarom is verzocht gemotiveerd aan te geven op welke stukken een beroep op verschoningsrecht wordt gedaan, met toezending van kopie van deze stukken aan de raadsheer-commissaris of een door de raadsheer-commissaris aan te wijzen onafhankelijke derde, om deze te laten beoordelen of en in hoeverre er terecht een beroep wordt gedaan op het verschoningsrecht.

### 1.11

Restitutie Onteigende Obligatiehouders SNS Stichting, [verweerder 15] en [verweerder 16] hebben op 1 februari 2019 te kennen gegeven het verzoek van de onderzoekers te ondersteunen en zich te refereren aan het oordeel van de raadsheer-commissaris. SNS Reaal c.s. hebben op die datum verzocht het verzoek van de onderzoekers af te wijzen en VEB c.s. niet-ontvankelijk te verklaren in hun verzoek, althans het verzoek af te wijzen. De Staat heeft op die datum verzocht de verzoeken van de onderzoekers en van VEB c.s. af te wijzen. NLF1 heeft op dezelfde datum laten weten zich bij het standpunt van de Staat aan te sluiten.

### 1.12

Bij brief van 7 februari 2019, met bijlagen, van mr. J.M. Blanco Fernández, advocaat te Amsterdam, hebben de onderzoekers gereageerd op het onder 1.11 genoemde standpunt van SNS Reaal c.s.



### 1.13

VEB c.s. hebben bij brief van 8 februari 2019, in reactie op het onder 1.10 gewijzigde verzoek van de onderzoekers van 30 januari 2019, te kennen gegeven dit verzoek te steunen en hun verzoek om oplegging van een dwangsom gehandhaafd.

### 1.14

Op 11 januari 2019, 25 januari 2019 en 1 februari 2019 hebben SNS Reaal c.s. “formeel” stukken verschaft aan de onderzoekers. In de brief van 11 januari 2019 spreken SNS Reaal c.s. de verwachting uit dat zij de onderzoekers uiterlijk op 8 februari 2019 formeel kunnen voorzien van alle documenten. Bijlage 3 bij de brief van SNS Reaal c.s. van 1 februari 2019 aan de onderzoekers is een lijst met individuele documenten ten aanzien waarvan SNS Reaal c.s. nog moeten bepalen of zij een beroep op een afgeleid verschoningsrecht zullen doen. Die lijst bevat 114 documenten waarvan het overgrote deel notulen zijn van het bestuur van SNS Reaal, de raad van commissarissen van SNS Reaal, het bestuur van SNS Bank, het bestuur van Property Finance en de raad van commissarissen van Property Finance.

### 1.15

De verzoeken zijn behandeld ter openbare terechtzitting van de raadsheer-commissaris van 12 februari 2019. Tijdens de mondelinge behandeling hebben SNS Reaal c.s. bij monde van hun advocaten verklaard dat zij in 104 van de 114 documenten genoemd in bijlage 3 bij de brief van 1 februari 2019 informatie hebben aangetroffen ten aanzien waarvan zij zich op een afgeleid verschoningsrecht zullen beroepen. SNS Reaal c.s. hebben de desbetreffende passages weggelakt en hebben de aldus “geschoonde” stukken, hangende de beslissing op het verzoek van de onderzoekers, nog niet aan de onderzoekers verstrekt en stellen dat per omgaande te kunnen doen.

### 1.16

Bij de beschikking van 26 februari 2019<sup>[7.]</sup> heeft de raadsheer-commissaris in het dictum het volgende bevolen:

“beveelt SNS Reaal c.s. om binnen vijf dagen na deze beschikking alle documenten genoemd op de lijst die als bijlage 3 is gevoegd bij de brief van SNS Reaal c.s. aan de onderzoekers van 1 februari 2019, integraal en ongeschoond te verstrekken aan de onderzoekers, voor zover zij die documenten niet eerder ‘informeel’ aan de onderzoekers hebben verstrekt;

beveelt SNS Reaal c.s. om binnen vijf dagen na deze beschikking aan de onderzoekers gespecificeerd en gemotiveerd opgave te doen van de passages uit deze documenten ten aanzien waarvan zij een beroep doet op een afgeleid verschoningsrecht;

verbiedt de onderzoekers om in hun onderzoek op enigerlei wijze gebruik te maken van de informatie ten aanzien waarvan SNS Reaal c.s. zich op een afgeleid verschoningsrecht hebben beroepen, tenzij de raadsheer-commissaris op een daarop gericht verzoek van de onderzoekers SNS Reaal c.s. heeft bevolen die informatie aan de onderzoekers te verstrekken;

beveelt SNS Reaal c.s. in het vervolg binnen 14 dagen te voldoen aan informatieverzoeken van de onderzoekers en binnen deze termijn te bepalen of zij verstrekking van enig deel van die informatie willen weigeren met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht;

beveelt SNS Reaal c.s. in het vervolg om, indien zij door de onderzoekers opgevraagde informatie niet willen verstrekken met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht, binnen 14 dagen na het desbetreffende informatieverzoek aan de onderzoekers toe te lichten - zonder dat zij de inhoud van de desbetreffende informatie hoeven prijs te geven - waarom de desbetreffende informatie onder de reikwijdte van het

verschoningsrecht van een advocaat of notaris valt;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.”

De raadsheer-commissaris heeft de volgende overwegingen aan zijn bevelen ten grondslag gelegd:

“3.4 Het functionele verschoningsrecht - dat toekomt aan een beperkte groep vertrouwenspersonen waartoe advocaten en notarissen behoren en zich alleen uitstrekt tot hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd - berust op een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden (HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173).

3.5 Een belangrijke doelstelling van het enquêterecht - en de belangrijkste doelstelling van de onderhavige enquête - is het verkrijgen van openheid van zaken. De wet bevat bepalingen die erop gericht zijn die openheid van zaken te bewerkstelligen met inachtneming van het belang van de onderzochte rechtspersoon. De onderzoekers kunnen alle documenten waarover de rechtspersoon beschikt en waarvan zij kennisneming nodig achten inzien en de bestuurders en commissarissen en degenen die bestuurder of commissaris waren in de periode waarop het onderzoek betrekking heeft zijn verplicht desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek (artikel 2:351 lid 1 BW). Het onderzoek is vertrouwelijk; de onderzoekers zijn tot geheimhouding verplicht (artikel 2:351 lid 3 BW), het is een ieder verboden om mededelingen te doen uit de inhoud van het conceptverslag (artikel 2:351 lid 4 BW) en het is aan anderen dan de rechtspersoon verboden mededelingen te doen uit het gedeponeerde verslag, voor zover dat niet voor een ieder ter inzage ligt en behoudens machtiging door de voorzitter van de Ondernemingskamer.

3.6 In de wettelijke bepalingen met betrekking tot het enquêterecht en in de wetsgeschiedenis is evenwel geen steun te vinden voor de opvatting dat deze wetsbepalingen ertoe strekken om in het kader van het onderzoek het verschoningsrecht van advocaten of notarissen buiten werking te stellen.

3.7 Het verschoningsrecht komt toe aan de verschoningsgerechtigde zelf (hier de desbetreffende advocaat of notaris) en niet aan SNS Reaal c.s. als cliënt van de verschoningsgerechtigde. Het belang dat een ieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk een vertrouwenspersoon te raadplegen, zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan die vertrouwenspersoon in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, brengt - toegesneden op het onderhavige geval - mee dat SNS Reaal c.s. een beroep toekomt op een afgeleid verschoningsrecht met betrekking tot hetgeen zij aan een advocaat of notaris hebben toevertrouwd in diens hoedanigheid en hetgeen de advocaat of notaris aan SNS Reaal c.s. heeft medegedeeld in diens hoedanigheid (vgl. HR 19 november 1985, *NJ* 1986, 533 en HR 27 april 2012, *NJ* 2012, 408).

3.8 Anders dan de onderzoekers hebben aangevoerd, kunnen de onderzoekers bij de beantwoording van de vraag of aan SNS Reaal c.s. een beroep toekomt op een afgeleid verschoningsrecht, niet op één lijn worden gesteld met organen van de vennootschap zoals de raad van commissarissen of de aandeelhoudersvergadering. Ook de omstandigheid dat het onderzoek is gelast op verzoek van kapitaalverschaffers (althans daarmee op één lijn te stellen onteigende kapitaalverschaffers) betekent, anders dan VEB c.s. hebben betoogd, niet dat een beroep op een afgeleid verschoningsrecht ontoelaatbaar is.

3.9 De door de onderzoekers aangevoerde omstandigheid dat bij het verkrijgen van openheid van zaken met betrekking tot de periode voorafgaand aan de nationalisatie van SNS Reaal c.s. een zwaarwichtig publiek belang bestaat, is geen uitzonderlijke omstandigheid waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt moet prevaleren boven het verschoningsrecht (vgl. HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 en HR 9 mei 2006, *NJ* 2006, 622).

3.10 De onderzoekers baseren hun standpunt dat SNS Reaal c.s. het recht zouden hebben verwerkt zich te beroepen op een afgeleid verschoningsrecht, op de omstandigheid dat SNS Reaal c.s. niet consequent zijn; zo hebben zij op 7 december 2018 aan de onderzoekers te kennen gegeven geen beroep op een afgeleid verschoningsrecht te doen met betrekking tot een aantal juridische adviezen van De Brauw Blackstone Westbroek, Nauta Dutilh en Clifford Chance over de aflossing van de Participatie Certificaten. De

omstandigheid dat SNS Reaal c.s. zich kennelijk bij hun keuze om al dan niet een beroep te doen op een afgeleid verschoningsrecht laten leiden door hun eigen belang of dat van derden bij (de uitkomst van) het onderzoek, is geen omstandigheid waaraan het rechtsgevolg kan worden verbonden dat SNS Reaal c.s. niet langer een beroep op een afgeleid verschoningsrecht toekomt.

3.11 Uit de overgelegde stukken blijkt niet dat de verschoningsgerechtigden zelf - de desbetreffende advocaten of notarissen - jegens de onderzoekers een beroep hebben gedaan op hun verschoningsrecht. De opgevraagde stukken behoren tot de administratie van SNS Reaal c.s. Dit betekent dat SNS Reaal c.s. vooralsnog zelf hebben bepaald welke passages uit de opgevraagde stukken zij, met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht, niet aan de onderzoekers willen tonen. Anders dan SNS Reaal c.s. hebben aangevoerd is deze standpuntbepaling van SNS Reaal c.s. niet aan rechterlijke toetsing onttrokken.

3.12 Anders dan de onderzoekers hebben aangevoerd komt het bij die rechterlijke toetsing niet aan op een afweging van geval tot geval van de belangen waarop de verplichting tot geheimhouding is gericht tegen de zwaarwegende belangen die gemoeid zijn met de waarheidsvinding. De uitspraak waaraan de onderzoekers dit standpunt ontleen (HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 779) heeft betrekking op de situatie waarin niet een functioneel verschoningsrecht als dat van een advocaat of notaris in het geding is, maar slechts een (ambtelijke) verplichting tot geheimhouding waarin niet zonder meer een verschoningsrecht besloten ligt (vgl. ook HR 22 juli 1986, *NJ* 1986, 823). Indien een advocaat of notaris zich op zijn verschoningsrecht beroept is geen ruimte voor een zodanige belangenafweging; een afweging van de met het concrete geval gemoeide tegenstrijdige belangen zou tot een zodanige onzekerheid omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht leiden dat dat daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast (vgl. HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 en HR 7 juni 1985, *NJ* 1986, 174). Wel moet getoetst kunnen worden of de informatie die SNS Reaal c.s. met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht niet willen verstrekken, daadwerkelijk onder de reikwijdte van het desbetreffende verschoningsrecht valt, meer in het bijzonder of de informatie aan een notaris of advocaat in diens hoedanigheid is toevertrouwd (vgl. HR 26 januari 2016, *NJ* 2016, 163, HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258, HR 2 juni 2015, *NJ* 2015, 490, HR 27 april 2012, *NJ* 2012, 408 en HR 19 november 1985, *NJ* 1986, 533).

3.13 Het bovenstaande brengt mee dat het door de onderzoekers gevraagde bevel de raadsheer-commissaris aanleiding geeft om te bepalen op welke wijze die rechterlijke toetsing zal plaatsvinden. De raadsheer-commissaris zoekt daarbij aansluiting bij de eerder tussen de onderzoekers en SNS Reaal c.s. gemaakte afspraken over 'informele' en 'formele' verstrekking van documenten en de omstandigheid dat SNS Reaal c.s. naar eigen zeggen op 24 december 2018 aan de onderzoekers hebben bevestigd dat die afspraken blijven gelden gedurende de 'formele' uitlevering. Alle, althans het overgrote deel van de (in 2.7 [en 1.15 hiervoor, A-G] genoemde) 104 documenten waarin informatie besloten ligt die SNS Reaal c.s. met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht niet 'formeel' aan de onderzoekers willen verstrekken, zijn volgens SNS Reaal c.s. op grond van die afspraken volledig (in ongeschoonde vorm) 'informeel' aan de onderzoekers ter beschikking gesteld. Voor zover dit feitelijk nog niet volledig is gebeurd - zoals de onderzoekers ter zitting hebben gesteld - zal de raadsheer-commissaris daartoe een bevel geven. Dit stelt de onderzoekers in staat zich een inhoudelijk oordeel te vormen over de aanvaardbaarheid van een beroep op een afgeleid verschoningsrecht op enig onderdeel van deze stukken.

3.14 Tot de 104 documenten op de in 2.7 genoemde lijst behoort, afgaande op de op die lijst vermelde omschrijving, geen correspondentie met advocaten of notarissen. Het overgrote deel van de 104 documenten zijn notulen van vergaderingen van leidinggevende of toezichthoudende organen van SNS Reaal c.s. en Property Finance en derhalve stukken die naar hun aard een primaire bron vormen voor de vaststelling van hetgeen van tijd tot tijd is besloten en van de beweegredenen voor de besluitvorming. Die notulen zijn opgemaakt om zowel ten opzichte van de organen van de vennootschap als in het maatschappelijk verkeer schriftelijk vast te leggen wat in de desbetreffende vergaderingen is verhandeld (vgl. HR 30 mei 2006, *NJ* 2006, 317). Van SNS Reaal c.s. kan daarom verwacht worden dat zij toelichten waarom hun met betrekking tot in deze notulen besloten liggende informatie een afgeleid verschoningsrecht toekomt. Dat laatste geldt ook waar SNS Reaal c.s. een afgeleid verschoningsrecht in stelling brengen met betrekking tot schriftelijke besluiten van de directie van SNS Bank en de correspondentie tussen SNS Reaal c.s. enerzijds en DNB en het Ministerie van Financiën anderzijds.

3.15 Het bovenstaande brengt de raadsheer-commissaris ertoe bevelen te geven die, zoals ter zitting is besproken, ertoe strekken dat:

- SNS Reaal c.s. tegenover de onderzoekers specificeren en motiveren welke informatie uit de in 2.7 genoemde 104 documenten onder het bereik van een afgeleid verschoningsrecht valt en om die reden buiten het onderzoek zou moeten blijven;
- de onderzoekers aan de hand daarvan kunnen beoordelen of zij het beroep op een afgeleid verschoningsrecht in elk van die gevallen al dan niet aanvaardbaar achten;
- de onderzoekers een geschil daarover kunnen voorleggen aan de raadsheer-commissaris door deze te verzoeken aan SNS Reaal c.s. een bevel te geven om de desbetreffende informatie alsnog 'formeel' aan de onderzoekers te verstrekken;
- in welk geval de raadsheer-commissaris daarover zal beslissen nadat de onderzoekers en SNS Reaal c.s. - niet ook de overige partijen -, alsmede de verschoningsgerechtigde zelf in de gelegenheid zijn gesteld zich daarover uit te laten.

3.16 Indien SNS Reaal c.s. - of anderen die op de voet van artikel 2:351 lid 1 BW verplicht zijn inlichtingen te verschaffen - in een later stadium van het onderzoek met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht aan de onderzoekers (volledige) inzage weigeren in door de onderzoekers opgevraagde stukken en zij die stukken niet 'informeel' aan de onderzoekers verstrekken of hebben verstrekt, geldt het volgende. SNS Reaal c.s. - respectievelijk die anderen - dienen dan aan de onderzoekers toe te lichten - zonder dat zij de inhoud van de desbetreffende informatie hoeven prijs te geven - op grond waarvan de desbetreffende informatie onder de reikwijdte van een verschoningsrecht van een advocaat of notaris valt. De onderzoekers kunnen een geschil daarover voorleggen aan de raadsheer-commissaris door deze te verzoeken betrokkene een bevel te geven om de desbetreffende informatie alsnog aan de onderzoekers te verstrekken. In dat geval zal de raadsheer-commissaris daarover beslissen zo nodig na kennisneming van de desbetreffende informatie en nadat de verschoningsgerechtigde zelf in de gelegenheid is gesteld zich uit te laten en zonder dat de onderzoekers inzage hebben in die informatie.

3.17 De in 3.15 en 3.16 genoemde rol van de raadsheer-commissaris kan meebrengen dat de raadsheer-commissaris te zijner tijd geen deel zal uitmaken van de zetel van de Ondernemingskamer die heeft te oordelen over een eventueel verzoek op de voet van artikel 2:355 BW na deponering van het verslag. Indien daar aanleiding toe is zullen partijen te zijner tijd in de gelegenheid worden gesteld hun opvatting daarover kenbaar te maken.

3.18 Met betrekking tot de voortvarendheid van de informatieverstrekking door SNS Reaal c.s. overweegt de raadsheer-commissaris het volgende. Gelet op de in november 2018 tussen de onderzoekers en SNS Reaal c.s. gemaakte afspraken over 'informele' informatieverstrekking en de wijze waarop die 'informele' verstrekking heeft plaatsgevonden, heeft het verwijt van de onderzoekers aan SNS Reaal c.s. over een gebrek aan voortvarendheid, vooral betrekking op de tijd die SNS Reaal c.s. hebben genomen om te beslissen welke opgevraagde informatie zij 'formeel' niet willen verstrekken met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht. SNS Reaal c.s. hebben dat inmiddels, op 8 februari 2019, bepaald ten aanzien van alle eerdere informatieverzoeken van de onderzoekers. Daarom en omdat SNS Reaal c.s. daarbij weinig voortvarendheid aan de dag heeft gelegd in aanmerking genomen dat het voor hen van aanvang van het onderzoek duidelijk moet zijn geweest dat de onderzoekers kennis wilden nemen van de volledige inhoud van alle notulen en de andere in 2.7 bedoelde documenten, zal de raadsheer-commissaris een bevel geven dat betrekking heeft op de door SNS Reaal c.s. in acht te nemen termijn bij de voldoening aan toekomstige informatieverzoeken van de onderzoekers. In dit stadium van het onderzoek acht de raadsheer-commissaris een termijn van veertien dagen redelijk en haalbaar.

3.19 Mede gelet op de toezegging van SNS Reaal c.s. dat zij bevelen van de raadsheer-commissaris zullen opvolgen, ziet de raadsheer-commissaris, anders dan door VEB c.s. bepleit, vooralsnog geen aanleiding een dwangsom op te leggen."



## 1.17

Bij op 12 april 2019 - derhalve tijdig<sup>[8.]</sup> - bij de Hoge Raad ingekomen verzoekschrift hebben de onderzoekers cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van de raadsheer-commissaris van 26 februari 2019. SNS Reaal c.s. hebben op 25 juni 2019 een verzoekschrift ingediend, dat strekt tot verwerping van het door de onderzoekers ingestelde cassatieberoep. VEB c.s. hebben eveneens op 25 juni 2019 een verzoekschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingediend, dat strekt tot vernietiging in het (principale) cassatieberoep en het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep. VEB c.s. onderschrijven het principale cassatieberoep van de onderzoekers en hebben aanvullende opmerkingen bij de cassatieklachten van de onderzoekers gemaakt. Het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep wordt ingesteld onder de voorwaarde dat de Hoge Raad de klachten van onderdeel 1 van het principale cassatieberoep verwerpt. SNS Reaal c.s. hebben op 17 juli 2019 een verzoekschrift in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep ingediend. Dat verzoekschrift strekt tot verwerping van het door VEB c.s. voorwaardelijk ingestelde incidentele cassatieberoep. Zowel de onderzoekers als SNS Reaal c.s. hebben op 20 september 2019 schriftelijke toelichting gegeven. De onderzoekers hebben op 4 oktober 2019 van schriftelijke repliek gediend.

## 1.18

Verder wijs ik nog op de beschikking van de raadsheer-commissaris van 4 juni 2019.<sup>[9.]</sup> De onderzoekers hebben bij brief van 25 april 2019 de ondernemingskamer verzocht drie voormalige functionarissen van SNS Reaal c.s. op de voet van art. 2:352a BW als getuigen te horen. Bezwaren van de voormalige functionarissen tegen het voornemen van de onderzoekers om gespreksverslagen als bijlagen te voegen bij het onderzoeksverslag en het standpunt van de voormalige functionarissen dat zou kunnen worden volstaan met schriftelijke beantwoording van de vragen van de onderzoekers zijn volgens de ondernemingskamer de achtergrond van de verzoeken van de onderzoekers. De ondernemingskamer heeft de vraag opgeworpen of deze geschilpunten niet sneller en praktischer kunnen worden opgelost door te verzoeken om een aanwijzing door de raadsheer-commissaris op de voet van art. 2:350 lid 4 BW. Daarmee hebben de betrokkenen ingestemd. De raadsheer-commissaris heeft vervolgens bij beschikking van 4 juni 2019 de verzoeken tot het geven van een aanwijzing aan de onderzoekers in de zin van art. 2:350 lid 4 BW afgewezen. De voormalige functionarissen kunnen niet volstaan met schriftelijke beantwoording van vragen en de onderzoekers mogen gespreksverslagen als bijlagen bij het onderzoekverslag voegen. Uit art. 2:350 lid 4, laatste zin, BW volgt dat tegen deze beslissing van de raadsheer-commissaris geen beroep in cassatie openstaat.

## 2. De bespreking van de cassatiemiddelen

### Preliminare opmerkingen

#### 2.1

Alvorens inhoudelijk op de zaak in te gaan, maak ik enkele opmerkingen over (i) de ontvankelijkheid in het principale en het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep en (ii) het verzoek om versnelde behandeling van de zaak.

#### 2.2

Zoals hiervoor onder 1.18 is uiteengezet staat tegen de beslissing van de raadsheer-commissaris op een verzoek om een aanwijzing aan de onderzoekers te geven geen beroep in cassatie open.<sup>[10.]</sup> De aanwijzingsbevoegdheid van de raadsheer-commissaris als bedoeld in art. 2:350 lid 4 BW is ingevoerd bij de Wet aanpassing enquêterecht.<sup>[11.]</sup> De bij die gelegenheid geïntroduceerde raadsheer-commissaris heeft ook de bestaande bevoegdheden van de voorzitter van de ondernemingskamer op grond van art. 2:352 BW gekregen.<sup>[12.]</sup> De raadsheer-commissaris wordt benoemd uit de raadsheren die in de eerste fase van de enquêteprocedure het onderzoek hebben bevolen.<sup>[13.]</sup> Dat is in de onderhavige zaak gebeurd; in de beschikking van 26 juli 2018 is mr. G.C. Makkink benoemd tot raadsheer-commissaris.<sup>[14.]</sup> In de parlementaire geschiedenis bij de Wet aanpassing enquêterecht is verduidelijkt dat het rechtsmiddelenverbod uitsluitend geldt voor de beslissingen van de raadsheer-commissaris als bedoeld in art. 2:350 lid 4 BW.<sup>[15.]</sup> De bestreden beschikking betreft niet een aanwijzing van de raadsheer-commissaris als bedoeld in art. 2:350 lid 4 BW, maar

een bevel van de raadsheer-commissaris als bedoeld in art. 2:352 lid 1 BW. Art. 2:352 BW wortelt in art. 53c K (oud), dat op zijn beurt is ontleend aan 53d K van de regeling van het enquêterecht van 1928.<sup>[16.]</sup> Uit de *KPNQwest*-beschikking van de Hoge Raad van 20 november 2009 volgt dat op een verzoek als bedoeld in art. 2:352 lid 1 BW “de bepalingen van de verzoekschriftprocedure van toepassing zijn, vanzelfsprekend voor zover uit de wet niet anders voortvloeit (art. 261 Rv).”<sup>[17.]</sup> Voor art. 2:352 lid 1 BW vloeit, anders dan in art. 2:350 lid 4 BW het geval is voor de aanwijzing van de raadsheer-commissaris als bedoeld in die bepaling, uit de wet niet voort dat beroep in cassatie niet openstaat. In de literatuur wordt aangenomen dat beroep in cassatie openstaat van een beschikking van de raadsheer-commissaris op de voet van art. 2:352 lid 1 BW.<sup>[18.]</sup> Ik concludeer dat de onderzoekers kunnen worden ontvangen in hun principale cassatieberoep.

### 2.3

Vervolgens rijst de vraag of VEB c.s. kunnen worden ontvangen in hun voorwaardelijk incidentele cassatieberoep. VEB c.s. zijn verzoekers in de enquêteprocedure. Uit de tekst van art. 2:352 lid 1 BW volgt dat alleen de onderzoekers kunnen verzoeken om een bevel van de raadsheer-commissaris als bedoeld in die bepaling. VEB c.s. kunnen de raadsheer-commissaris daar niet om verzoeken.<sup>[19.]</sup> De art. 2:352 BW-procedure is een aparte verzoekschriftprocedure, waarop in beginsel de bepalingen van de verzoekschriftprocedure uit Rv van toepassing zijn.<sup>[20.]</sup> In de onderhavige art. 2:352 BW-procedure gelden de onderzoekers als verzoekers. VEB c.s. zijn in cassatie te beschouwen als anderen die in de vorige instantie zijn verschenen (art. 426b lid 1 Rv). Volgens vaste rechtspraak moeten als zodanig worden beschouwd degenen die een verweerschrift hebben ingediend of ter terechtzitting zijn gehoord.<sup>[21.]</sup> VEB c.s. hebben bij brief van hun advocaten van 25 januari 2019 aan de ondernemingskamer gereageerd op het verzoek van de onderzoekers ex. art. 2:352 BW.<sup>[22.]</sup> Bij de openbare terechtzitting van de raadsheer-commissaris van 12 februari 2019 zijn de standpunten van VEB c.s. voorts mondeling door hun advocaten toegelicht.<sup>[23.]</sup> Uit deze omstandigheden volgt dat VEB c.s. in de onderhavige art. 2:352 BW-procedure bij de ondernemingskamer zijn verschenen. Zij hebben tijdig een verweerschrift ingediend; de griffie van de Hoge Raad heeft op grond van art. 426b lid 4 BW uitstel verleend tot 25 juni 2019. Bij die gelegenheid konden zij van hun zijde tevens cassatieberoep instellen (art. 427 Rv). Ik concludeer dat VEB c.s. in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep kunnen worden ontvangen.

### 2.4

De onderzoekers hebben verzocht om versnelde behandeling van de zaak.<sup>[24.]</sup> SNS Reaal c.s. hebben geen bezwaar tegen een versnelde behandeling.<sup>[25.]</sup> Ik neem deze conclusie daarom bij vervroeging. Het enquêteverzoek dateert van meer dan vijf jaar geleden en het onderzoek is ruim een jaar geleden bevolen. Mede gelet op de belangen van SNS Reaal c.s. en hun (voormalige) functionarissen en het belang van verzoekers en het maatschappelijk belang bij het verkrijgen van openheid van zaken, lijkt het mij zinvol dat de onderzoekers het onderzoek, dat gezien de reikwijdte nog de nodige tijd in beslag zal nemen, daadwerkelijk kunnen uitvoeren.

## Enquêterecht en verschoningsrecht

### 2.5

Voordat ik de cassatieklachten bespreek, maak ik enkele opmerkingen over de vraag of, en zo ja welke, werking in het enquêterecht, meer in het bijzonder in de onderzoeksfase, toekomt aan het verschoningsrecht.

### 2.6

Het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon vormt de kern van het enquêterecht.<sup>[26.]</sup> Het onderzoek wordt uitgevoerd door een of meer door de ondernemingskamer benoemde personen (art. 2:345 lid 1 BW). De ondernemingskamer wijst niet alleen juristen aan als onderzoeker, maar bijvoorbeeld ook personen met bedrijfseconomische deskundigheid en oud-bestuurders van vennootschappen. Onderzoekers hebben een rechtspositie van eigen aard.<sup>[27.]</sup> De onderzoeker wordt in de literatuur beschouwd als “hulp persoon van de Ondernemingskamer in de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak: het uitoefenen van overheidsrechtspraak in enquêteprocedures.”<sup>[28.]</sup> Onderzoekers staan tussen de ondernemingskamer, van wie zij de onderzoeksopdracht hebben aanvaard, en de rechtspersoon die voorwerp is van het onderzoek. De onderzoekers maken geen deel uit van de ondernemingskamer.<sup>[29.]</sup> Zij zijn, behoudens eventuele aanwijzingen van de raadsheer-commissaris (art. 2:350 lid 4 BW), in beginsel vrij in de inrichting van het onderzoek.<sup>[30.]</sup> De onderzoekers blijven zelf verantwoordelijk voor de opzet en uitvoering van  
<sup>[31.]</sup>

het onderzoek. De onderzoekers staan ook buiten de rechtspersoon. De onderzoekers kunnen niet worden beschouwd als een orgaan van de rechtspersoon.<sup>[32.]</sup> Zij zijn niet een “instantie” met beslissingsbevoegdheid in aangelegenheden van de rechtspersoon.<sup>[33.]</sup> De onderzoekers zijn een “verlengstuk” van de ondernemingskamer die tot taak hebben het verrichten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon.<sup>[34.]</sup> De onderzoekers zijn door de wetgever in 1928 geïntroduceerd als bijzondere deskundigen, voor wie niet rechtstreeks is aangeknoopt bij de figuur van de deskundige uit Rv.<sup>[35.]</sup>

## 2.7

De onderzoeksbevoegdheden zijn in de wet summier geregeld (art. 2:351, 2:352 en 2:352a BW).<sup>[36.]</sup> Art. 2:351 lid 1 BW geeft de onderzoekers een nagenoeg onbeperkt recht tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de vennootschappen die voorwerp van het onderzoek zijn,<sup>[37.]</sup> welk recht door een bevel van de raadsheer-commissaris op de voet van art. 2:352 lid 1 BW, voor zover nodig met oplegging van een dwangsom<sup>[38.]</sup> of met bijstand van de openbare macht op grond van art. 2:352 lid 2 BW kan worden geëffectueerd. Het is de onderzoekers verboden hetgeen hun bij hun onderzoek blijkt verder bekend te maken dan hun opdracht met zich brengt (art. 2:351 lid 3 BW). Schending van deze geheimhoudingsplicht is een misdrijf (art. 272 Sr).

## 2.8

De mogelijkheden waarin de regeling van het enquêterecht voorziet, zoals de onderzoeksbevoegdheden of het treffen van voorzieningen, dienen steeds het belang van de rechtspersoon die voorwerp is van het onderzoek en vervullen een belangrijke rol voor de doeltreffendheid van het enquêterecht.<sup>[39.]</sup> Dat is niet anders indien daarbij negatieve effecten voor personen optreden.<sup>[40.]</sup> Dat het belang van de rechtspersoon steeds voorop staat in de enquêteprocedure neemt niet weg dat de ondernemingskamer moet letten op de belangen van verzoekers tot een enquête en op de belangen van andere bij de (onderneming van de) rechtspersoon betrokken belanghebbenden.<sup>[41.]</sup> De Hoge Raad verbindt aan het door Hermans gemaakte onderscheid naar archetype enquête - curatief, antagonistisch of inquisitoir<sup>[42.]</sup> - in beginsel geen rechtsgevolgen.<sup>[43.]</sup> Het onderscheid naar de verschillende typen enquête hangt samen met de doeleinden van het enquêterecht die de Hoge Raad in de *Ogem*-beschikking uit 1990 aan de wetsgeschiedenis heeft ontleend:

“[D]e wetgever [heeft] blijkens de ontstaansgeschiedenis van de regeling van het enquêterecht, zoals deze is neergelegd in Boek 2 BW, als doeleinden van een enquête niet slechts beschouwd de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan.”<sup>[44.]</sup>

In een inquisitoire enquête als de onderhavige<sup>[45.]</sup> gaat het vooral om opening van zaken en het vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid voor mogelijk blijkend wanbeleid berust. Inherent aan dit type enquête, maar eigenlijk aan iedere (enquête)procedure, is het spanningsveld dat bestaat tussen het slagvaardig bereiken van de doelstellingen van het enquêterecht enerzijds (met name het belang van waarheidsvinding) en het voorzien in adequate processuele waarborgen anderzijds (vooral de belangen van de betrokken (voormalige) functionarissen van de onderzochte rechtspersonen).<sup>[46.]</sup>

## 2.9

In de onderzoeksfase ligt de nadruk meer op waarheidsvinding dan op rechtsbescherming.<sup>[47.]</sup> De minister van Veiligheid en Justitie drukt het in de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet aanpassing enquêterecht (zie onder 2.2 hiervoor) als volgt uit:

“[De onderzoekers] geven geen eindoordeel over het bestaan van burgerlijke rechten en verplichtingen [in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, A-G]. De onderzoekers doen onderzoek en leveren materiaal aan op basis waarvan een rechter kan oordelen.”<sup>[48.]</sup>

Het is vaste rechtspraak van zowel het EHRM als de Hoge Raad dat art. 6 lid 1 EVRM niet rechtstreeks op het onderzoek van toepassing is.<sup>[49.]</sup> Dit betekent uiteraard niet dat de onderzoekers naar willekeur te werk kunnen gaan. De enquêteprocedure als geheel, waaronder dus ook de onderzoeksfase is begrepen, moet *fair* zijn.<sup>[50.]</sup> De onderzoeksfase is door de jaren heen geformaliseerd.<sup>[51.]</sup> Die formalisering blijkt onder meer uit de introductie van de raadsheer-commissaris in het enquêterecht (zie onder 2.2 hiervoor) en uit de Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures (zie onder 2.16 hierna).<sup>[52.]</sup> De achtergrond van deze formaliseringstendens is volgens mij dat het vaststellen van wanbeleid en het aanwijzen van degenen die daarvoor verantwoordelijk zijn een opstap naar civielrechtelijke aansprakelijkheid kan vormen.<sup>[53.]</sup> Hierdoor is

behoefte ontstaan aan meer processuele waarborgen in de onderzoeksfase. De tendens naar formalisering van het onderzoek heeft een keerzijde. Het gevaar bestaat dat, naarmate de gedragsregels voor onderzoekers specifiek worden, zij als een soort keurslijf gaan werken en de voortvarendheid - een sterk punt van de enquêteprocedure - gaan belemmeren.<sup>[54.]</sup>

## 2.10

Een illustratie van de formaliseringstendens is de wijze waarop in het onderzoek thans en in het verleden met een weigering op inzage van notulen met een beroep op koers- en concurrentiegevoelige informatie wordt/werd omgegaan. Voordat de raadsheer-commissaris zijn intrede in het enquêterecht deed, werd een dergelijke weigering door de onderzoekers met een compromis opgelost:

“Wij [de onderzoekers, A-G] stonden daar [de weigering op volledige inzage, A-G] niet zonder begrip tegenover, maar wel op onze strepen. Het compromis is bereikt - zonder dat een van de verzoekers daarbij is betrokken - dat slechts één van de enquêteurs inzage heeft genomen, na te hebben toegezegd uitsluitend aantekeningen te maken van wat op het aan de orde zijnde beleidsonderdeel betrekking heeft en slechts die aantekeningen met zijn mede-enquêteurs te delen en over het overige volstrekt stilzwijgen te bewaren en de grootst mogelijke vergeetachtigheid te betrachten. Mijn mede-enquêteurs hebben dat aan mij toevertrouwd en zo heb ik mij in een aantal middagen door notulenboeken heen gewerkt, naar beste weten en kunnen selecterend wat wel en wat niet voor ons onderzoek relevant was. Die selectie is uiteraard medebepalend voor de inhoud van ons verslag geweest. (...) Anathema voor de raadsheer-enquêteur en voor mij als enquêteur-niet-langer-raadsheer een confrontatie met processuele gewetensvragen.”<sup>[55.]</sup>

De raadsheer-commissaris van de ondernemingskamer heeft nadien in een art. 2:352 BW-procedure als volgt beslist over weigering om volledige en onvoorwaardelijke inzage te geven in de notulen van het managementteam van Xeikon N.V. op de grond dat het belang van de vennootschap bij het vertrouwelijk blijven van de in de notulen opgenomen concurrentiegevoelige informatie zwaarder zou wegen dan het belang van de onderzoeker bij kennisneming ervan:

“(…) Xeikon miskent dat haar belang bij geheimhouding niet afdoet aan haar wettelijke verplichting tot het verschaffen van de hier bedoelde informatie en dat de wetgever heeft voorzien in het belang van geheimhouding van vertrouwelijke gegevens door het bepaalde in artikel 2:351 lid 3 BW; het is de onderzoeker verboden hetgeen hem bij zijn onderzoek blijkt, verder bekend te maken dan zijn opdracht met zich brengt. Xeikon heeft erop gewezen dat die geheimhoudingsverplichting de onderzoeker niet belet gevoelige gegevens in het verslag op te nemen. Dit is op zichzelf juist, maar geen grond voor weigering om de desbetreffende gegevens te verschaffen. Uit artikel 2:353 lid 3 BW volgt dat het aan anderen dan Xeikon is verboden mededelingen uit het verslag te doen, voor zover dat niet voor een ieder ter inzage ligt.”<sup>[56.]</sup>

Een rechtspersoon die voorwerp is van onderzoek kan zich dus jegens de onderzoekers niet verschonen van het geven van inzage in stukken in de zin van art. 2:351 BW met een beroep op het concurrentiegevoelige karakter van (een deel van) de desbetreffende stukken. Uit dit voorbeeld blijkt verder dat beantwoording van vragen over de reikwijdte van het inzagerecht van onderzoekers met de intrede van de raadsheer-commissaris in de enquêteprocedure uit de beslotenheid van het onderzoek kan worden gehaald. Dat blijkt ook uit de onderhavige zaak over het verschoningsrecht.

## 2.11

De rechtspersoon en zijn (voormalige) bestuurders, commissarissen en werknemers zijn op grond van art. 2:351 BW en art. 2:352 BW verplicht om mee te werken aan het onderzoek. In verband met art. 6 EVRM is in de literatuur naar aanleiding van de *Saunders*-uitspraak van het EHRM<sup>[57.]</sup> de vraag opgeworpen of dit meewerken niet zou kunnen neerkomen op zelfincriminatie en of betrokkenen zich, met een beroep op het *nemo tenetur*-beginsel, niet zouden kunnen verschonen wegens het gevaar van een civielrechtelijke vervolging.<sup>[58.]</sup> Deze vraag wordt in civielrechtelijke rechtspraak en in de enquêterechtelijke literatuur - terecht - ontkennend beantwoord.<sup>[59.]</sup> Ik wijs er bovendien op dat uit de *Saunders*-uitspraak volgt dat het *nemo tenetur*-beginsel samenhangt met het zwijgrecht en zich niet uitstrekt tot zogenoemd wilsonafhankelijk materiaal.<sup>[60.]</sup>

Bij het aan onderzoekers geven van inzage in notulen, besluiten en correspondentie gaat het om dergelijk wilsonafhankelijk materiaal. Het door (voormalige) functionarissen van de betrokken vennootschappen weigeren wilsafhankelijk materiaal - inlichtingen in de vorm van het beantwoorden van vragen van de onderzoekers - te verschaffen, omdat daarmee zou worden geprejudiceerd op civielrechtelijke aansprakelijkheid blijkt uit het volgende praktijkvoorbeeld:

“De beleidsbepalers hebben na enige tijd geweigerd verdere vragen te beantwoorden voor zover



beantwoording huns inziens hun positie in de schadevergoedingsprocedure zou kunnen prejudiciëren. Zij hebben daarbij gesteld dat gedwongen beantwoording in de enquêteprocedure in feite neerkomt op omkering van de bewijslast in de schadevergoedingsprocedure. De juridische en processuele aspecten in het midden latende, hebben mijn mede-enquêteurs en ik voorgesteld dat aan ons werd meegedeeld hoe de te geven antwoorden de gevreesde prejudiciërende werking zouden kunnen hebben. Wij zouden dan vervolgens het gestelde belang bij niet-beantwoording afwegen tegen het belang van beantwoording voor een volledig en evenwichtig verslag en, indien ons inziens het eerstbedoelde belang overwoog, niet op beantwoording aandringen. Wij hebben daarbij volstreekte geheimhouding, in de eerste plaats tegenover de curatoren, toegezegd. Voorts hebben wij toegezegd dat, in geval van door ons geaccepteerde niet-beantwoording, wij in ons verslag slechts zullen vermelden dat het antwoord is geweigerd met een beroep op de belangen van de gedaagden in de schadevergoedingsprocedure en dat wij met die weigering genoeg hebben genomen. Een verlegenheidsoplossing.”<sup>[61.]</sup>

Een dergelijke kwestie kan tegenwoordig ook aan de raadsheer-commissaris worden voorgelegd. De “verlegenheidsoplossing” die de onderzoekers in de hiervoor vermelde casus hebben gekozen sluit mijns inziens aan bij de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met het *nemo tenetur*-beginsel bij de inlichtingenplicht van art. 47 AWR.<sup>[62.]</sup> Op grond van die fiscaalrechtelijke bepaling is een ieder gehouden desgevraagd aan de inspecteur gegevens en inlichtingen te verstrekken welke voor de belastingheffing te zijnen aanzien van belang kunnen zijn en de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers of de inhoud daarvan, waarvan de raadpleging van belang kan zijn voor de vaststelling van de feiten welke invloed kunnen uitoefenen op de belastingheffing te zijnen aanzien, voor dit doel beschikbaar te stellen. Deze bepaling vertoont enige gelijkenis met art. 2:351 lid 1 BW uit het enquêterecht (zie ook onder 2.21 hierna).

#### 2.12

Art. 2:351 lid 1, eerste en tweede zin, BW is ontleend aan art. 53b K (oud). Het recht van de onderzoekers tot raadpleging van boeken en bescheiden gaat nog verder terug tot de regeling van het enquêterecht van 1928 (art. 53c K in de oorspronkelijke regeling).<sup>[63.]</sup> In de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel, waarin dit recht nog was geformuleerd als een medewerkingsplicht van bestuurders, commissarissen en personen in dienst van de naamloze vennootschap, werd de bepaling als volgt toegelicht: “Het onderzoek zou in vele gevallen onmogelijk zijn, of althans niet het gewenste licht verspreiden, zoo niet aan de in het artikel genoemde personen de aldaar omschreven verplichtingen werden opgelegd.”<sup>[64.]</sup> Deze redenering heeft ruim een eeuw later niet aan geldingskracht ingeboet.<sup>[65.]</sup>

#### 2.13

De plicht van (voormalige) bestuurders, commissarissen en degenen die in dienst zijn van de rechtspersoon om desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek, opgenomen in art. 2:351 lid 1, derde en vierde zin, BW, stond nog niet in de regeling van het enquêterecht van 1928. In het voorlopig verslag bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de herziening van het enquêterecht van 1971<sup>[66.]</sup> wordt in dit verband het volgende opgemerkt:

“*Artikel 53b*. Wat de toepassing van het recht van enquête betreft, is het opgevallen dat artikel 53b wel de inzage van boeken en bescheiden toestaat, maar dat het horen van personen, dat toch van essentiële betekenis voor het onderzoek kan zijn, niet wordt vermeld. Ligt het in de bedoeling, dat recht niet toe te kennen en zo het horen van personen wèl in de bedoeling ligt waarom is het dan niet expliciet in artikel 53b vermeld? Kunnen personeelsleden, wanneer zij gehoord worden zich op bedrijfsgeheim beroepen, hetgeen onlogisch zou zijn aangezien het wezen van een enquête is, feiten en omstandigheden die geheim zijn, op het spoor te komen? [curs. in origineel. A-G]”<sup>[67.]</sup>

De minister van Justitie heeft, naar aanleiding van de gestelde vraag, art. 53b K (oud) aangevuld met een inlichtingenplicht die overeenkomt met het huidige art. 2:351 lid 1, derde zin, BW.<sup>[68.]</sup>

#### 2.14

Aandacht voor een beroep op het verschoningsrecht dat verband houdt met het beroepsgeheim van bijvoorbeeld advocaten en notarissen ben ik in deze oudere parlementaire geschiedenis van het enquêterecht niet tegengekomen.<sup>[69.]</sup> Dat verandert bij de invoering van de bepaling over het horen van personen als getuigen door de ondernemingskamer, die bij de herziening van het enquêterecht in 1994 is opgenomen in art. 2:352a BW.<sup>[70.]</sup> Deze bepaling is ingevoerd naar aanleiding van het Aanvullend advies wijziging enquêterecht van de Sociaal-Economische Raad (hierna: SER) uit 1989. In dat SER-advies wordt onder meer opgemerkt: “Ook in het enquêterecht moet gelden de regel van artikel 191 Rv dat een ieder getuige moet kunnen zijn en

tot het afleggen van getuigenis moet kunnen worden verplicht, *behoudens uiteraard de mogelijkheid van verschoning*. Zo kan het noodzakelijk zijn voormalige bestuurders, commissarissen of werknemers, of buitenstaanders die tot de rechtspersoon in enigerlei (zakelijke) relatie staan of stonden (accountants, adviseurs e.d.) als getuigen te horen. De mogelijkheid tot het als getuige onder ede horen van personen in de loop van een enquêteprocedure zal naar de mening van de raad de effectiviteit van de enquête kunnen bevorderen. Met name zal van die mogelijkheid een preventieve werking kunnen uitgaan: zij zal weigeringen om aan een enquête mee te werken en inlichtingen te verschaffen, kunnen tegengaan [curs. toegevoegd, A-G].” [71.]

De staatssecretaris van Justitie heeft het SER-advies om een op de art. 2:351 en 2:352 BW aansluitende bepaling op te nemen, die inhoudt dat de onderzoekers de ondernemingskamer kunnen verzoeken een of meer personen als getuigen te horen, overgenomen.<sup>[72.]</sup> In de parlementaire geschiedenis die heeft geleid tot de invoering van art. 2:352a BW ben ik niet gestuit op passages over het verschoningsrecht. In de literatuur wordt in navolging van het SER-advies aangenomen dat de mogelijkheid van verschoning in art. 2:352a BW onverlet blijft.<sup>[73.]</sup> Dat de bepaling vooral een preventieve werking heeft,<sup>[74.]</sup> lijkt te worden bevestigd door het geringe aantal door de ondernemingskamer bevolen getuigenverhoren op de voet van art. 2:352a BW.<sup>[75.]</sup> In de *Polisol*-zaak was de als getuige opgeroepen persoon een notaris die een beroep op zijn verschoningsrecht deed. Tot een beslissing van de ondernemingskamer daarover is het in die zaak niet gekomen, omdat de Hoge Raad de beschikking waarbij het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap is bevolen heeft vernietigd en verzoekster niet-ontvankelijk heeft verklaard in haar verzoek tot het bevelen van een onderzoek, waardoor verdere onderzoekshandelingen, zoals het horen van de notaris, niet meer aan de orde konden komen.<sup>[76.]</sup> Hermans stelt in zijn annotatie onder de gecasseerde *Polisol*-beschikking van de ondernemingskamer:

“De notaris - toen nog kandidaat-notaris - heeft weliswaar een geheimhoudingsplicht, maar of hij ook een verschoningsrecht heeft kan slechts worden vastgesteld door afweging van de belangen waarop de verplichting tot geheimhouding is gericht tegen de zwaarwegende belangen die gemoeid zijn met de waarheidsvinding in een burgerlijk proces. Dit betekent dat pas bij het verhoor zelf, van vraag tot vraag, kan worden beoordeeld of de getuige zich van beantwoording daarvan kan verschonen. (...) Of het beroep van de notaris op zijn verschoningsrecht met betrekking tot alle hem te stellen vragen zal slagen lijkt mij onwaarschijnlijk. Weliswaar staat het in beginsel ter beoordeling van de verschoningsgerechtigde getuige of en in welke mate hij zijn verschoningsrecht zal uitoefenen, maar de rechter kan dit beroep, zij het marginaal, toetsen. Het is vaste rechtspraak dat onder het verschoningsrecht van een notaris niet valt het beantwoorden van vragen die hem gesteld worden met betrekking tot de totstandkoming en uitleg van een overeenkomst waarbij hij als notaris is opgetreden [voetnoten verwijderd, A-G].” [77.]

## 2.15

Dat de onderzochte rechtspersoon met een beroep op een (afgeleid) verschoningsrecht weigert adviezen, correspondentie of andere documenten afkomstig van een verschoningsgerechtigde aan de onderzoekers te verstrekken, komt in de onderhavige zaak niet voor het eerst aan de orde. Een voorbeeld biedt het onderzoekverslag in de *Unilever*-enquête uit 2005:<sup>[78.]</sup>

“Het is de onderzoekers gebleken dat Unilever met betrekking tot haar beleid (...) adviezen heeft ingewonnen bij advocaten. Unilever heeft geweigerd die schriftelijk uitgebrachte adviezen aan de onderzoekers ter beschikking te stellen, zulks met een beroep op het ‘privileged’ karakter van die adviezen. De advocaat van Unilever, mr. S.E. Eisma, heeft de juistheid van Unilevers weigering tegenover de onderzoekers bepleit en in dat verband ondersteunende literatuur en jurisprudentie overgelegd. Hij heeft de onderzoekers overtuigd. De onderzoekers kennen de desbetreffende adviezen dus niet en weten niet of Unilevers beleid in overeenstemming met die adviezen is geweest, of juist niet.” [79.]

De Kluiver stelt over deze gang van zaken dat “[h]oe zeer ook te waarderen valt dat de onderzoekers zich in deze zaak hebben laten overtuigen, (...) het toch bepaald curieus mag heten dat de honorering van elementaire rechtsbeginselen in handen wordt gelegd van onderzoekers en niet van degene die daar in een rechtsstaat over behoort te gaan; de onafhankelijke rechter.”<sup>[80.]</sup> De Hoge Raad lijkt buiten het enquêterecht ook ruimte te zien om de toetsing of de desbetreffende informatie verschoningsgerechtigd is in handen te leggen van een niet-rechterlijke instantie.<sup>[81.]</sup> In de literatuur wordt opgemerkt dat het wel voor de hand ligt de beslissing over de gerechtvaardigheid van het inroepen van het verschoningsrecht bij een rechter te leggen.<sup>[82.]</sup> In het enquêterecht is dat thans de raadsheer-commissaris. In de literatuur wordt aangenomen dat de rechter die kennis heeft genomen van informatie die vertrouwelijk moet blijven, moet worden vervangen door een andere

rechter.<sup>[83.]</sup> In rov. 3.17 van de bestreden beschikking heeft de raadsheer-commissaris dit punt onder ogen gezien door te overwegen dat zijn rol kan meebrengen dat hij “te zijner tijd geen deel zal uitmaken van de zetel van de Ondernemingskamer die heeft te oordelen over een eventueel verzoek op de voet van artikel 2:355 BW na deponering van het verslag”.

2.16

Ik merkte onder 2.9 hiervoor al op dat de introductie van de raadsheer-commissaris in de enquêteprocedure samenhangt met de formaliseringstendens van het onderzoek. In de parlementaire geschiedenis bij de Wet aanpassing enquêterecht is aandacht besteed aan waarborgen in de onderzoeksfase van de enquêteprocedure.<sup>[84.]</sup> De minister van Veiligheid en Justitie merkt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet aanpassing enquêterecht op:

“Aangezien het onderzoek moet worden toegesneden op de omstandigheden van het geval, voel ik er niet voor om in de wet een gedetailleerde regeling ten aanzien van de onderzoeksfase op te nemen. Wel vind ik het zinvol dat een raadsheer-commissaris toezicht houdt op het verloop van het onderzoek.

(...)

De rechtspersoon, de verzoekers en andere belanghebbenden kunnen zich wenden tot de raadsheer-commissaris met het verzoek om een beslissing te nemen met het oog op de goede gang van zaken van het onderzoek. Daarmee wordt bedoeld op de procesmatige kant van het onderzoek en niet op de inhoud.”<sup>[85.]</sup> De vraag of, en zo ja welke, werking toekomt aan het verschoningsrecht in de onderzoeksfase is bij uitstek zo’n procesmatige vraag voor de raadsheer-commissaris. <sup>[86.]</sup> De minister heeft in dit verband ook het belang van richtlijnen voor de onderzoekers in een enquêteprocedure onderstreept: “daardoor krijgen de betrokken partijen beter zicht op hetgeen zich in de loop van het proces kan voordoen.”<sup>[87.]</sup> Een eerste aanzet daartoe werd in 2004 gegeven door de Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures.<sup>[88.]</sup> De ondernemingskamer heeft vervolgens op 1 januari 2011 Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers gepubliceerd, die zijn gewijzigd per 1 januari 2013.<sup>[89.]</sup> De op 9 juli 2019 op de website van de ondernemingskamer gepubliceerde Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures (hierna: de Leidraad) is in de plaats getreden van deze Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties.<sup>[90.]</sup> De Leidraad is evenals zijn voorlopers niet-bindend en kan ook niet worden beschouwd als recht in de zin van art. 79 RO.<sup>[91.]</sup> Van de naamswijziging lijkt wel een zekere aanscherping uit te gaan; een leidraad duidt - meer dan aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties - op voorschriften waaraan onderzoekers zich moeten houden. De ondernemingskamer blijft in de preambule benadrukken dat het kan voorkomen dat onderzoekers afwijken van de Leidraad, waarbij het dan aanbeveling verdient wezenlijke afwijkingen toe te lichten in het onderzoeksverslag.<sup>[92.]</sup> Tegen deze achtergrond licht ik bepaling 5.6 van de Leidraad, die nieuw is opgenomen ten opzichte van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties, uit:

“Indien de rechtspersoon of een persoon die verplicht is aan het onderzoek mee te werken met een beroep op een (afgeleid) verschoningsrecht afgifte weigert van adviezen, correspondentie of andere documenten afkomstig van een verschoningsgerechtigde (bijvoorbeeld een advocaat of notaris) en daaromtrent een verschil van opvatting bestaat tussen de onderzoeker en betrokkene, kan aan de raadsheer-commissaris een aanwijzing als bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW of een bevel als bedoeld in artikel 2:352 BW worden gevraagd.”

In de literatuur is gesignaleerd dat deze bepaling uit de Leidraad steun biedt aan de gevolgde gang van zaken in de hier bestreden beschikking van de raadsheer-commissaris.<sup>[93.]</sup> Van Breukelen plaatst wel drie kanttekeningen bij de door de rechter-commissaris voorgestelde werkwijze, waarop ik hierna onder 2.25-2.28 inga.<sup>[94.]</sup>

2.17

Ik maak een uitstapje naar het Britse vennootschapsrecht. Het Nederlandse enquêterecht is ontleend aan de Engelse Companies Act.<sup>[95.]</sup> Wel heeft het Nederlandse enquêterecht zich in de loop der tijd anders ontwikkeld dan het Engelse voorbeeld.<sup>[96.]</sup> Naar huidig recht is de Britse enquêteprocedure opgenomen in section 431 e.v. van de Companies Act 1985.<sup>[97.]</sup> Het Britse vennootschapsrecht is met de Companies Act 2006 grondig herzien. De zogenoemde *formal investigation* door “one or more competent inspectors to investigate the affairs of a company” is, afgezien van enkele toegevoegde bepalingen in section 1035 e.v. Companies Act 2006, gehandhaafd in de Companies Act 1985.<sup>[98.]</sup> Als *inspectors* worden door de Secretary of State veelal een Queens Counsel (QC) en een chartered accountant benoemd.<sup>[99.]</sup> In section 452 van de Companies Act

1985 is geregeld dat de *inspectors* niet gerechtigd zijn tot *privileged information*.<sup>[100.]</sup> In een handboek over Brits vennootschapsrecht wordt opgemerkt:

“As to control in the interests of the investigated, a number of matters have been established by practice and case law. The process of inspection is undoubtedly an inquisitorial one. However (...) since the aim of the inspection is to establish facts rather than to determine legal rights, in domestic law the process has been characterised as administrative rather than judicial, so that the inspectors are obliged to act fairly but are not subject to the full requirements of natural justice. (...) Although the full rules of ‘natural justice’ do not apply, the inspectors must act fairly. (...) Although the range of persons whom the inspectors may question is very wide, the Act provides that such persons cannot be compelled to disclose or produce any information or document in breach of legal professional privilege, except that lawyers must disclose the names and addresses of their clients. A banker’s duty of confidentiality is protected more narrowly. In particular, it may be overridden by the Secretary of State [voetnoten verwijderd, A-G].”<sup>[101.]</sup>

2.18

Aan het functionele verschoningsrecht komt in de Britse enquêteprocedure dus, zij het een niet-absoloute, werking toe. Het Nederlandse enquêterecht kent niet een wettelijke bepaling over *privileged information* vergelijkbaar met section 452 Companies Act 1985. Dat neemt niet weg dat het verschoningsrecht ook van toepassing kan zijn in het Nederlandse enquêterecht. In de *Notaris Maas*-beschikking heeft de Hoge Raad overwogen dat de grondslag van het functionele verschoningsrecht, dat toekomt aan een beperkte groep van personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in hun hoedanigheid wordt toevertrouwd, zoals notarissen en advocaten,<sup>[102.]</sup>

“moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.”<sup>[103.]</sup>

2.19

Het stoelen van het functionele verschoningsrecht op een algemeen rechtsbeginsel heeft een aantal consequenties.<sup>[104.]</sup> Ik noem er twee die van belang zijn voor de onderhavige zaak.

In de *eerste* plaats volgt uit de *Notaris Maas*-beschikking dat het in die beschikking geformuleerde algemene rechtsbeginsel zijn werking slechts verliest, indien uit een wettelijke regeling of de bijbehorende wetsgeschiedenis de strekking blijkt om het functionele verschoningsrecht bij de toepassing van die regeling buiten werking te stellen.<sup>[105.]</sup> Zoals ik hiervoor heb uiteengezet blijkt uit de regeling van het enquêterecht en de totstandkomingsgeschiedenis daarvan niet dat de wetgever het functionele verschoningsrecht in de enquêteprocedure geheel of gedeeltelijk buiten werking heeft willen stellen. Dat het onderzoek is gericht op materiële waarheidsvinding en dat de onderzoeksbevoegdheden zijn toegekend om “het gewenste licht” (zie onder 2.12 hiervoor) te verspreiden nemen niet weg dat betekenis kan toekomen aan het verschoningsrecht in het enquêterecht. Er zijn ook andere aanwijzingen die erop duiden dat aan het verschoningsrecht werking toekomt in de onderzoeksfase van de enquêteprocedure. Het mijns inziens belangrijkste argument daarvoor ligt besloten in het stelsel van de onderzoeksbevoegdheden van art. 2:351-352a BW. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 2:352a BW en uit de literatuur, met name naar aanleiding van de *Polisol*-zaak, blijkt dat de getuige die op de voet van art. 2:352a BW wordt gehoord onder omstandigheden een beroep op het verschoningsrecht kan doen (zie onder 2.14 hiervoor). Art. 2:352 BW en art. 2:352a BW kunnen worden beschouwd als dwangmiddelen, die de onderzoekers ter beschikking staan als stok achter de deur wanneer hun wordt geweigerd overeenkomstig art. 2:351 BW de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers te raadplegen of zich de bezittingen te doen tonen of aan hen inlichtingen te verschaffen.<sup>[106.]</sup> Art. 2:352 BW en art. 2:352a BW vullen elkaar aan. Art. 2:352 BW vormt de stok achter de deur in geval van weigering inzage te verstrekken in boeken, bescheiden en andere gegevensdragers en art. 2:352a BW vervult die functie wanneer door bijvoorbeeld (voormalige) bestuurders of commissarissen wordt geweigerd inlichtingen te verschaffen aan de onderzoekers. Dat het verschoningsrecht ook werking kan hebben in het kader van art. 2:352 BW blijkt voorts uit bepaling 5.6 van de Leidraad. Hoewel de bepaling nieuw is opgenomen is sprake van een bestendige lijn, omdat voordat de raadsheer-commissaris zijn intrede in de enquêteprocedure deed, onderzoekers onder omstandigheden ook al een weigering om verschoningsgerechtigde informatie aan de onderzoekers te verstrekken accepteerden.



Een *tweede* gevolgtrekking uit de *Notaris Maas*-beschikking is dat het in Nederland geldende algemene rechtsbeginsel in alle rechtsgebieden van toepassing is.<sup>[107.]</sup> Rechtspraak over het verschoningsrecht in bijvoorbeeld strafzaken kan dus ook relevant zijn voor de toepassing van het verschoningsrecht in een civielrechtelijke procedure, zoals de onderhavige.<sup>[108.]</sup> Disharmonieën tussen de verschillende rechtsgebieden tracht de rechtspraak zo veel mogelijk te vermijden.<sup>[109.]</sup> Niettemin wordt wel aanvaard dat de nadruk op bepaalde facetten van het verschoningsrecht per rechtsgebied kan verschillen.<sup>[110.]</sup>

## 2.20

Asser stelt in verband met de tegengestelde belangen die ik onder 2.8 hiervoor in het kader van de enquêteprocedure noemde in meer algemene zin over het civiele proces:

“Anders dan ten aanzien van wetenschappelijk onderzoek, is inherent aan de verzameling van informatie en de verificatie daarvan in het civiele proces dat belangen bij het niet openbaren van informatie zwaarder kunnen wegen dan het belang bij openbaarmaking ten behoeve van de waarheidsvinding. De belangen in het proces van de waarheidsvinding zijn nu eenmaal niet absoluut maar vergen een afweging.”<sup>[111.]</sup>

In deze enquêteprocedure is sprake van twee botsende *algemeen maatschappelijke* belangen. In de beschikking van 26 juli 2018 heeft de ondernemingskamer het verkrijgen van openheid over het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. in de sleutel van een algemeen maatschappelijk belang geplaatst: “3.122 Bij de afweging van belangen stelt de Ondernemingskamer voorop dat de enquêteverzoeken betrekking hebben op een grote financiële instelling (mede omvattende een systeembank) die in zodanige moeilijkheden is komen te verkeren dat de minister van Financiën zich genoodzaakt zag de instelling te nationaliseren, onder aanbieding van een schadeloosstelling van nihil aan de onteigende aandeelhouders en obligatiehouders. Zoals de Hoge Raad al overwoog is de Onteigening immers gevolg van de positie waarin SNS Reaal op 1 februari 2013 verkeerde, en kan die positie niet los worden gezien van het daaraan voorafgegaane beleid binnen SNS Reaal (HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2456, NJ 2017, 74). De Staat is er naar het oordeel van de Ondernemingskamer ten onrechte aan voorbijgegaan dat, vanwege deze omstandigheden en mede gelet op de preventieve werking die uitgaat van de mogelijkheid tot gelasten van een enquête (HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465 (Ogem), HR 18 november 2005, NJ 2006, 173 (Unilever) en HR 26 juni 2009, NJ 2011, 210 (KPNQwest)), *een algemeen maatschappelijk belang* bestaat bij het verkrijgen van openheid van zaken over het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. en bij een eventueel oordeel van de rechter daarover. De Ondernemingskamer volgt de Staat daarom niet in zijn standpunt dat het openbaar belang zich verzet tegen een enquête [curs. toegevoegd, A-G].”<sup>[112.]</sup>

In de *Notaris Maas*-beschikking heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat het functionele verschoningsrecht van - in dat geval - de notaris:

“zijn grondslag [vindt] in *het algemene maatschappelijk belang* dat men zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het aan hem toevertrouwde tot hem als vertrouwenspersoon kan wenden, en derhalve niet in het individuele belang van degenen die van zijn bijstand gebruik maken [curs. toegevoegd, A-G].”<sup>[113.]</sup>

Uit de *Notaris Maas*-beschikking volgt dat het eerste maatschappelijk belang, dat de waarheid in rechte aan het licht komt, in beginsel - afgezien van zeer uitzonderlijke omstandigheden (rov. 3.6) - moet wijken voor laatstgenoemd maatschappelijk belang (dat men zich vrijelijk en zonder vrees etc.).<sup>[114.]</sup> In de literatuur is de vraag opgeworpen of deze rechtspraak in het huidige tijdsgewricht nog wel stand kan houden:

“Is het niet tijd dat de grondslag van het verschoningsrecht *mede* gezocht wordt in het *individuele* belang van de hulpzoekende cliënt?

(...)

Nu (...) het verschoningsrecht functioneel is ten aanzien van het beroepsgeheim, ligt het in de rede dat naar hedendaagse inzichten het verschoningsrecht óók gebaseerd is op het individuele belang bij vertrouwelijkheid. De vraag rijst dan ook of de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin het verschoningsrecht uitsluitend op het maatschappelijke belang wordt gefundeerd, nog wel gelijke tred heeft gehouden met de maatschappelijke opvattingen.

(...)

[H]et leerstuk van het verschoningsrecht moet opnieuw tegen het licht worden gehouden. Hierbij gaat het niet alleen om de enkele gevallen waarin de rechter een beroepsbeoefenaar als getuige hoort. Het gaat in de kern

om het doordenken van de vraag hoe de rechter in het huidige tijdsgewricht moet omgaan met het conflict dat er bestaat tussen het belang van vertrouwelijkheid van mondelinge én schriftelijke informatie, en het belang van waarheidsvinding, waarbij op de achtergrond het maatschappelijk belang bij vertrouwelijkheid van 'existentiële informatie' een rol speelt. In ieder geval zou de rechter dit belangenconflict meer inhoudelijk moeten kunnen benaderen, zodat, aan de hand van verschillende gezichtspunten, van geval tot geval kan worden beoordeeld welk belang het zwaarste weegt [curs. in origineel, A-G].” [115.]

## 2.21

Hoe dat ook zij, de grondslag van het verschoningsrecht ligt naar huidig recht niet, althans niet uitsluitend, in het individuele belang van degenen die van de bijstand van een verschoningsgerechtigde gebruik maken. Hieruit kan worden afgeleid dat het in beginsel ook niet aan de cliënt, maar aan de verschoningsgerechtigde is om zich te beroepen op het verschoningsrecht.<sup>[116.]</sup> Aan de cliënt komt ook geen afgeleid verschoningsrecht toe met betrekking tot hetgeen hij aan een functioneel verschoningsgerechtigde heeft toevertrouwd.<sup>[117.]</sup>

Afgeleid verschoningsrecht komt toe aan hen die in dienst zijn van de verschoningsgerechtigde of aan hen die diensten verrichten ten behoeve van verschoningsgerechtigden en uit hoofde van hun functie informatie verkrijgen die onder het verschoningsrecht valt.<sup>[118.]</sup> In een strafzaak uit 1985 over de vraag of door justitiële autoriteiten met het oog op het belang van de strafvordering mag worden kennisgenomen van de inhoud van tussen een advocaat en zijn (oud-)cliënten gewisselde en bij een van zijn cliënten aangetroffen correspondentie overwoog de Hoge Raad:

“Op grond van het vorenstaande moet derhalve worden aangenomen dat indien door opsporingsambtenaren zonder toestemming van belanghebbenden de hand wordt gelegd op bij een cliënt van een advocaat aangetroffen vertrouwelijke correspondentie (...) het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder de mogelijkheid moet hebben om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking een advocaat te raadplegen. In een dergelijk geval brengt de eerbiediging van eerderbedoeld beginsel mee dat door de justitiële autoriteiten van de inhoud van zodanige briefwisseling geen kennis wordt genomen, anders dan noodzakelijk moet worden geacht om de bewering dat bepaalde brieven het karakter hebben van vorenbedoelde correspondentie op haar aannemelijkheid te toetsen. (...).”<sup>[119.]</sup>

Onder verwijzing naar deze uitspraak overwoog de civiele kamer van de Hoge Raad in het *Tradman/Staat*-arrest uit 2012 dat

“moet worden aangenomen dat ook de belastingplichtige in zoverre mag weigeren aan de verplichtingen van art. 47 AWR te voldoen met een beroep op de vertrouwelijkheid van zijn contacten met een geheimhouder. De belastingdienst moet wel in de gelegenheid zijn het noodzakelijke te doen om de bewering van de belastingplichtige, dat het om zodanige contacten gaat, op aannemelijkheid te toetsen (HR 19 november 1985 voornoemd).”<sup>[120.]</sup>

Ik merkte onder 2.11 hiervoor al op dat art. 47 AWR enige gelijkenis vertoont met het inzagerecht voor de onderzoekers op de voet van art. 2:351 lid 1, eerste en tweede zin, BW en de inlichtingenplicht van de (voormalige) bestuurders, commissarissen en degenen die in dienst zijn of waren van de onderzochte rechtspersoon van art. 2:351 lid 1, derde en vierde zin, BW. In de literatuur naar aanleiding van het *Tradman/Staat*-arrest wordt in het kader van art. 47 AWR gesproken van een *weigeringsrecht* van de cliënt.<sup>[121.]</sup> Mijns inziens kan naar analogie bij de toepassing van art. 2:351 BW ook worden gesproken van een weigeringsrecht op inzage dat door de rechtspersoon kan worden ingeroepen met een beroep op het functionele verschoningsrecht.

## 2.22

Vanuit dit weigeringsrecht van de cliënt kan mijns inziens recht worden gedaan aan het samenspel van individuele en algemene belangen die zijn gemoeid met het enquêterecht en het verschoningsrecht. In de enquêteprocedure geldt dan het volgende. De rechtspersoon die voorwerp is van het onderzoek heeft de individuele keuze bij een verzoek van de onderzoekers op de voet van art. 2:351 lid 1 BW tot het raadplegen van informatie inzage in bepaalde passages te weigeren met een beroep op de vertrouwelijkheid van die informatie, voor zover die weigering is gegrond op het verschoningsrecht dat verband houdt met het beroepsgeheim van de functioneel verschoningsgerechtigde (bijvoorbeeld correspondentie met of schriftelijke weergave van advies van een advocaat of notaris). Op andere gronden, zoals koers- of concurrentiegevoeligheid van de informatie (zie onder 2.10 hiervoor) of op grond van het gevaar voor civielrechtelijke vervolging (zie onder 2.11 hiervoor) kan het weigeringsrecht niet worden ingeroepen.

Onderkend moet worden dat de rechtspersoon in de praktijk in veel gevallen geen belang heeft om een beroep op de vertrouwelijkheid van bepaalde informatie te doen, omdat hij zich juist ter rechtvaardiging van de handelwijze op die verschoningsgerechtigde informatie wil beroepen.<sup>[122.]</sup> Wanneer de rechtspersoon de onderzoekers wel inzage in bepaalde verschoningsgerechtigde passages weigert, heeft hij daartoe het recht.<sup>[123.]</sup> In de onderhavige zaak is die individuele keuze ook gemaakt door SNS Reaal c.s. Uit de bestreden beschikking volgt dat SNS Reaal c.s. met betrekking tot een deel van de interne stukken een beroep op het weigeringsrecht hebben gedaan en met betrekking tot een ander deel niet. Uit rov. 3.10 van de bestreden beschikking blijkt dat “zij op 7 december 2018 aan de onderzoekers te kennen [hebben] gegeven geen beroep op een afgeleid verschoningsrecht te doen met betrekking tot een aantal juridische adviezen van De Brauw Blackstone Westbroek, Nauta Dutilh en Clifford Chance over de aflossing van de Participatie Certificaten”. De ondernemingskamer overweegt hierover in rov. 3.10 dat “[d]e omstandigheid dat SNS Reaal c.s. zich kennelijk bij hun keuze om al dan niet een beroep te doen op een afgeleid verschoningsrecht laten leiden door hun eigen belang of dat van derden bij (de uitkomst van) het onderzoek, geen omstandigheid [is] waaraan het rechtsgevolg kan worden verbonden dat SNS Reaal c.s. niet langer een beroep op een afgeleid verschoningsrecht toekomt.”

Met betrekking tot informatie in 104 documenten (notulen, besluiten en correspondentie) is wel een beroep gedaan op een “afgeleid verschoningsrecht”. De inzage van die documenten kan niet volledig worden geweigerd, maar slechts voor zover daarin passages zijn opgenomen die vallen onder het verschoningsrecht. In de praktijk kunnen de desbetreffende passages worden weggelakt en kunnen de “geschoonde” stukken aan de onderzoekers ter beschikking worden gesteld (rov. 2.7).<sup>[124.]</sup>

De rechtspersoon zal zich bij zijn keuze zich al dan niet op het weigeringsrecht te beroepen mede laten leiden door het eigen, dat wil zeggen niet-maatschappelijke, belang bij vertrouwelijkheid (zie ook de aangehaalde passage van de Bock onder 2.20 hiervoor). In ander verband is dat door de ondernemingskamer ook onderkend. Een belangrijke aanleiding voor het bevelen van een onderzoek bij SNS Reaal c.s. was immers dat bepaalde onderdelen van het beleid onopgehelderd zijn gebleven. De ondernemingskamer heeft daarover in haar beschikking van 26 juli 2018 overwogen:

“3.119 Er bestaat ook met inachtneming van de in deze procedure overgelegde stukken geen openheid van zaken met betrekking tot het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. Zo hebben SNS Reaal c.s. weliswaar meer dan 150 producties overgelegd, maar daartoe behoren niet notulen van de vergaderingen van het bestuur en van de raad van commissarissen van SNS Reaal en SNS Bank uit de periode 2007 tot en met 2013 en veel andere interne stukken. (...) *Voor de hand ligt dat SNS Reaal c.s. vooral stukken hebben overgelegd die steun bieden aan hun verweer* en dat zij in deze procedure niet hebben gestreefd naar volledige openheid van zaken. Het ligt mede daarom voor de hand dat er nog talloze andere interne stukken van SNS Reaal c.s. bestaan die licht kunnen werpen op het beleid en de gang van zaken met betrekking tot de hierboven besproken onderwerpen in de periode 2006 tot 1 februari 2013. (...) [curs. A-G].<sup>[125.]</sup>

## 2.23

Wanneer door de rechtspersoon een beroep wordt gedaan op het weigeringsrecht ontstaat een beslismoment voor de onderzoekers. Indien de onderzoekers menen dat het beroep op het verschoningsrecht terecht is, kunnen zij zich bij de weigering op inzage neerleggen. Dat is kennelijk gebeurd in de *Unilever*-zaak (zie onder 2.15 hiervoor). Daar ging het overigens om de schriftelijke adviezen van advocaten en notarissen als zodanig en niet om verschoningsgerechtigde informatie in andere stukken (vgl. rov. 3.14 van de bestreden beschikking). Indien de onderzoekers menen dat het weigeringsrecht onterecht wordt ingeroepen, of als zij menen dat het beroep op het verschoningsrecht op zichzelf terecht is, maar zij van mening zijn dat het belang van waarheidsvinding in casu zwaarder dient te wegen, kunnen zij de raadsheer-commissaris inschakelen om daarover te oordelen. Om zich een dergelijk oordeel te kunnen vormen moeten de onderzoekers wel in de gelegenheid worden gesteld het noodzakelijke te doen om de aannemelijkheid van de bewering dat het om verschoningsgerechtigde informatie gaat te kunnen staven.<sup>[126.]</sup> In het geval van verschoningsgerechtigde informatie in notulen en andere schriftelijke stukken kan dat door de namen van de advocaten en notarissen en hun kantoren niet weg te lakken. Het voorleggen aan de raadsheer-commissaris kan plaatsvinden op de wijze opgenomen in bepaling 5.6 van de Leidraad (zie onder 2.16 hiervoor), uitmondend in een aanwijzing van de raadsheer-commissaris als bedoeld in art. 2:350 lid 4 BW of een bevel als bedoeld in art. 2:352 BW. Hierbij moet bedacht worden dat alleen tegen een art. 2:352 BW-beschikking van de raadsheer-commissaris in

cassatie kan worden opgekomen (zie onder 2.2 hiervoor). In de onderhavige zaak is sprake van een art. 2:352 BW-beschikking van de raadsheer-commissaris.

De vraag die vervolgens opkomt, is hoe ruim de raadsheer-commissaris de weigering om inzage te geven met een beroep op het verschoningsrecht kan toetsen. Ik merkte al op (onder 2.21 hiervoor) dat het in beginsel de professionele verschoningsgerechtigden zelf zijn, die zijn aangewezen als hoeder van de belangen die hebben geleid tot instelling van het verschoningsrecht.<sup>[127.]</sup> Sinds de *Notaris Maas*-beschikking is het vaste rechtspraak dat de rechter het standpunt van de verschoningsgerechtigde slechts marginaal toetst aan de hand van het criterium of hij “aan redelijke twijfel onderhevig acht of (...) beantwoording naar waarheid zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven.”<sup>[128.]</sup> De Hoge Raad is vervolgens ook terughoudend bij het aannemen van “zeer uitzonderlijke omstandigheden” waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt moet prevaleren boven het verschoningsrecht.<sup>[129.]</sup> Die terughoudendheid wordt gemotiveerd vanuit de rechtszekerheid.<sup>[130.]</sup> Deze leer is in de literatuur bekritiseerd.<sup>[131.]</sup> Asser stelt in dit verband:

“Deze sterke uitgangspunten [uit de *Notaris Maas*-beschikking, A-G] zijn helder maar, anders dan de Hoge Raad in de *notaris Maas*-beschikking vreesde, kan men heel goed - op het voetspoor van Vranken en De Bock - in concrete gevallen de rechter genuanceerd laten toetsen, als het gaat om de vraag of het verschoningsrecht moet worden doorbroken of juist niet. Een genuanceerde benadering is niet zo vreeswekkend in haar mogelijke gevolgen als de Hoge Raad in die beschikking meent indien de rechter de uitgangspunten ook als zodanig respecteert, namelijk dat afwijking daarvan gereserveerd is voor uitzonderingsgevallen. De toetsing verschilt voor het overige in essentie niet van die in zovele andere gevallen waarin algemene en particuliere belangen aan de orde zijn.”<sup>[132.]</sup>

Ik merkte hiervoor op dat de rechtspersoon zich bij de keuze het weigeringsrecht al dan niet in te roepen mede zal laten leiden door zijn eigen procesrechtelijke belangen. De maatschappelijke belangen die gediend zijn met het verschoningsrecht staan dus meer op de achtergrond. Aan de raadsheer-commissaris in het enquêterecht komt dan mijns inziens ruimte toe om het belangenconflict tussen waarheidsvinding en vertrouwelijkheid inhoudelijk te toetsen, waarbij de raadsheer-commissaris aan de hand van de omstandigheden van het geval kan beoordelen welk belang het zwaarste moet wegen.<sup>[133.]</sup>

#### 2.24

De (inhoudelijke) toetsing van de raadsheer-commissaris van het beroep op het verschoningsrecht fungeert als prikkel om te voldoen aan de verplichting op de voet van art. 2:351 BW om mee te werken aan het onderzoek. Indien de raadsheer-commissaris is gebleken dat door de rechtspersoon onterecht een beroep op het weigeringsrecht op inzage van stukken is gedaan, staat het de ondernemingskamer vrij de in art. art. 198 lid 3 Rv geformuleerde regel dat wanneer partijen niet voldoen aan de verplichting mee te werken aan het onderzoek, daaruit bij het vormen van het wanbeleidoordeel de gevolgtrekking te maken die zij geraden acht (zie ook art. 21 Rv).<sup>[134.]</sup> Deze “sanctie” kan gerechtvaardigd zijn in het geval van tegenwerking van het onderzoek met een beroep op verschoningsrecht. Ik hecht eraan op te merken dat een terecht beroep op het weigeren van inzage in verschoningsgerechtigde informatie op zichzelf niet duidt op tegenwerking van het onderzoek. Hierover blijkt kennelijk soms anders te worden gedacht:

“Waar in een ‘normale’ civielrechtelijke situatie het privilege en het verschoningsrecht van de advocaat buiten discussie staat, is mijn ervaring dat zulks in het contact met onderzoekers bepaald niet het geval is. Sterker nog, ik heb wel situaties meegemaakt waarin onderzoekers onbekommerd de positie innamen dat het niet verschaffen van juridische adviezen werd beschouwd als tegenwerking van het onderzoek en dat bij niet overlegging van adviezen dit in het nadeel van de betrokkene(n) zou worden uitgelegd.”<sup>[135.]</sup>

#### 2.25

In de onderhavige zaak hebben de onderzoekers een deel van de stukken “informeel” ingezien. De ondernemingskamer sluit in rov. 3.15 bij die realiteit aan door de onderzoekers te laten beoordelen of zij het beroep op het verschoningsrecht in die informeel verstrekte stukken al dan niet aanvaardbaar achten en, als dat niet het geval is, aan de raadsheer-commissaris te verzoeken aan SNS Reaal c.s. een bevel te geven om de desbetreffende informatie alsnog “formeel” aan de onderzoekers te verstrekken (rov. 3.15). Van Breukelen heeft in haar noot onder de bestreden beschikking drie kanttekeningen geplaatst bij deze werkwijze: (i) de verschoningsgerechtigde zou als eerste in de gelegenheid moeten worden gesteld te beoordelen of het (afgeleid) verschoningsrecht van toepassing is en dat oordeel zou in beginsel leidend moeten zijn; (ii) het is niet aan de onderzoekers om inhoudelijk te beoordelen of een beroep op het (afgeleid) verschoningsrecht



aanvaardbaar is (hetgeen ten aanzien van de reeds informeel verstrekte stukken wel gebeurt); en (iii) uit de beschikking blijkt geen rol voor de deken en/of ringvoorzitter, hetgeen zeker indien de raadsheer-commissaris zou beslissen af te willen wijken van het oordeel van de betrokken verschoningsgerechtigden wel waardevol zou kunnen zijn.<sup>[136.]</sup>

#### 2.26

Bij de toetsing door de rechter-commissaris gaat het enerzijds erom dat rechterlijke controle plaatsvindt op de gerechtvaardigdheid van het inroepen van het weigeringsrecht door de rechtspersoon en anderzijds dat wordt voorkomen dat de vertrouwelijke informatie toch bekend raakt bij de rechter die over de zaak moet oordelen, de onderzoekers, verzoekers of andere belanghebbenden in de enquêteprocedure.<sup>[137.]</sup> Dat de informatie bekend wordt bij de onderzoekers kan in deze procedure niet meer worden voorkomen voor de reeds informeel verstrekte stukken.<sup>[138.]</sup> Nu de realiteit is dat de onderzoekers reeds kennis hebben kunnen nemen van de informeel verstrekte “ongeschoonde” documenten, meen ik dat zij aan de hand daarvan kunnen beoordelen in hoeverre zij het beroep op het weigeringsrecht door de rechtspersoon in die documenten al dan niet aanvaardbaar achten. De *tweede* kanttekening van Van Breukelen deel ik dan ook niet. De onderzoekers worden hiermee volgens rov. 3.15 in de gelegenheid gesteld zich een oordeel te vormen over de aanvaardbaarheid van het beroep op het weigeringsrecht van de informeel verstrekte stukken. Indien zij de informatie alsnog “formeel” willen hebben, is het uiteindelijk de raadsheer-commissaris die daarover beslist op de voet van art. 2:352 BW.<sup>[139.]</sup>

#### 2.27

De *eerste* kanttekening van Van Breukelen deel ik evenmin. Het is op zichzelf juist dat de verschoningsgerechtigde en niet de cliënt als eerste in de gelegenheid moet worden gesteld te beoordelen of het (afgeleid) verschoningsrecht van toepassing is (zie onder 2.21 hiervoor). Deze kanttekening ziet eraan voorbij dat het in het geval van de cliënt gaat om het *weigeren* te voldoen aan de verplichtingen van art. 2:351 BW met een beroep op de vertrouwelijkheid van zijn contacten met een geheimhouder (advocaat of notaris). De verschoningsgerechtigde wordt door de raadsheer-commissaris vervolgens in de gelegenheid gesteld zich daarover uit te laten (rov. 3.15 en rov. 3.16).

#### 2.28

De *derde* kanttekening van Van Breukelen heeft betrekking op het ontbreken van een rol voor de deken en/of ringvoorzitter. De gedachte achter een rol voor de deken en/of ringvoorzitter is dat de vertegenwoordiger van de beroepsgroep van advocaten (de deken) of het ambt van notaris (de ringvoorzitter) ook geheimhoudingsplichtig en verschoningsgerechtigd is en daarom kennis kan nemen van de achtergronden.<sup>[140.]</sup> In de door de raadsheer-commissaris in de onderhavige zaak geschetste procedure kan de raadsheer-commissaris zo nodig kennisnemen van de verschoningsgerechtigde informatie (rov. 3.16). Die rol kan meebrengen dat de raadsheer-commissaris te zijner tijd geen deel zal uitmaken van de zetel van de ondernemingskamer die heeft te oordelen over wanbeleid op de voet van art. 2:355 BW (rov. 3.17). Deze procedurele gang van zaken sluit aan bij Vranken, die een soort afzonderlijke procedure heeft bepleit voor een rechter die niet over de zaak heeft te oordelen en daarom zo nodig kennis kan nemen van verschoningsgerechtigde informatie.<sup>[141.]</sup> Een adviserende rol voor de deken en/of ringvoorzitter acht ik niet uitgesloten, maar ik kan mij ook voorstellen dat dit een aspect is waar de civielrechtelijke enquêteprocedure verschilt van bijvoorbeeld het strafrecht (vgl. de tweede gevolgtrekking uit de *Notaris Maas*-beschikking, onder 2.19 hiervoor).

### **De cassatieklachten in het principale cassatieberoep**

#### 2.29

De cassatieklachten zijn in het middel opgenomen onder VI. Het middel bevat drie onderdelen (genummerd 1-3). De onderdelen 1 en 2 vallen uiteen in verschillende subonderdelen. Onderdeel 3 bevat een voortbouwende klacht. De formulering van de klachten wordt voorafgegaan door uiteenzettingen over de kern van de zaak (I), achtergrond (II), oordeel raadsheer-commissaris (III), ontvankelijkheid cassatieberoep (IV) en verzoek om versnelde behandeling (V) en gevolgd door een toelichting op de klachten (VII).

### **Onderdeel 1: verschoningsrecht in enquête**

#### 2.30

*Subonderdeel 1.1* is gericht tegen het oordeel van de raadsheer-commissaris in rov. 3.4-3.9 (in verband met rov. 3.4-3.7 en rov. 3.16) dat SNS Reaal c.s. jegens de onderzoekers een beroep kunnen doen op een afgeleid verschoningsrecht. Het subonderdeel klaagt dat dit oordeel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Het subonderdeel voert daartoe aan dat:

- a. de taak van de door de ondernemingskamer benoemde onderzoekers is een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon (art. 2:345 BW);
- b. uit de wet en wetsgeschiedenis blijkt dat verkrijgen van openheid van zaken een belangrijke doelstelling van het enquêterecht is;
- c. die openheid alleen kan worden bereikt indien de onderzoekers de beschikking krijgen over *alle* inlichtingen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek;
- d. de wet daarom uitdrukkelijk en zonder voorbehoud voorziet in (i) een recht van de onderzoekers tot “raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon en de vennootschap bedoeld in artikel 345 lid 1 waarvan zij de kennisneming tot een juiste vervulling van hun taak nodig achten” (art. 2:351 lid 1, eerste zin BW); (ii) de bijbehorende plicht van de (voormalige) bestuurders en commissarissen en degenen die in dienst zijn of waren van de rechtspersoon of vennootschap “desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek” (art. 2:351 lid 1, derde en vierde zin BW) en (iii) de nodige waarborgen om te verzekeren dat verstrekte informatie niet openbaar wordt gemaakt buiten de enquêteprocedure.
- e. de onderzoekers hun recht op inzage van alle benodigde gegevensdragers zo nodig in rechte kunnen afdwingen (art. 2:352 BW);
- f. de wet en de wetsgeschiedenis derhalve buiten twijfel stellen dat de wetgever het nodig heeft geacht dat de rechtspersoon c.s. de onderzoekers *zonder voorbehoud* inzage moet geven in *alle* stukken die zij nodig achten voor het uitvoeren van het bevolen onderzoek;
- g. de (enkele) omstandigheid dat de wet en wetsgeschiedenis niet (afzonderlijk) voorschrijven dat ook informatie moet worden verstrekt die met een verschoningsgerechtigde is uitgewisseld tegen die achtergrond niet de conclusie rechtvaardigt dat die informatie niet met de onderzoekers zou hoeven worden gedeeld. Gelet op de doelstelling van de enquête, de taak en de positie van de onderzoekers in het enquêterecht, met name het hun daarvoor toegekende algemene inzagerecht, moet worden aangenomen dat als de wetgever ‘verschoningsgerechtigde informatie’ daarvan had willen uitzonderen, hij dit uitdrukkelijk zou hebben geregeld;
- h. in een aantal andere wettelijke regelingen die een algemene inlichtingenplicht ten behoeve van een met onderzoek belaste autoriteit op rechtssubjecten legt wel is voorzien in hun recht informatie niet te verstrekken met een beroep op een verschoningsrecht of geheimhoudingsplicht, zoals onder meer in art. 6b lid 1 Wet invoering Autoriteit Consument en Markt, art. 5:20 Awb, art. 13 lid 6 Wet Huis voor Klokkenluiders en art. 53a AWR.

### 2.31

Het subonderdeel treft geen doel. Het subonderdeel stelt, op basis van hetgeen onder a tot en met e wordt aangevoerd, onder f op zichzelf terecht dat uit de wet en de wetsgeschiedenis van de enquêteprocedure geen uitdrukkelijk voorbehoud blijkt bij het geven van inzage aan de onderzoekers in stukken die zij nodig achten voor de uitvoering van het onderzoek (zie ook onder 2.12-2.14 hiervoor). De gevolgtrekking die daar onder g van het subonderdeel aan wordt verbonden, dat moet worden aangenomen dat als de wetgever verschoningsgerechtigde informatie van inzage door onderzoekers had willen uitzonderen, hij dit dan uitdrukkelijk zou hebben geregeld, getuigt niet van een juiste rechtsopvatting. Uit de *Notaris Maas*-beschikking volgt dat het functionele verschoningsrecht berust op een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel (zie onder 2.18 hiervoor). Een consequentie daarvan is dat het algemene rechtsbeginsel slechts zijn werking verliest indien in de wettelijke regeling of de totstandkomingsgeschiedenis uitdrukkelijk wordt bepaald dat het uit het algemene rechtsbeginsel voortvloeiende functionele verschoningsrecht in die regeling niet of in

bepaalde mate werking heeft (zie onder 2.19 hiervoor). Noch in de wettelijke regeling van het enquêterecht, noch in de totstandkomingsgeschiedenis, ben ik een passage van die strekking tegengekomen. Het zwijgen van de wetgever over het verschoningsrecht in de enquêteprocedure kan, anders dan het subonderdeel stelt, niet anders worden opgevat dan dat ervan moet worden uitgegaan dat het algemene rechtsbeginsel uit de *Notaris Maas*-beschikking ook in het enquêterecht van toepassing is. De doelstelling van het enquêterecht, de taak en de positie van de onderzoekers daarin en het hun toegekende algemene inzagerecht maken dat niet anders. Daar komt bij dat er verschillende aanwijzingen zijn die erop duiden dat aan het functionele verschoningsrecht in het enquêterecht werking toekomt (zie ook onder 2.19 hiervoor).

De omstandigheid die het subonderdeel onder h aanvoert, dat in een aantal andere wettelijke regelingen wel is voorzien in een weigeringsrecht met een beroep op een verschoningsrecht of geheimhoudingsplicht, doet ook niet af aan de werking van het verschoningsrecht in de enquêteprocedure. De genoemde bepalingen zijn betrekkelijk recent, althans na de *Notaris Maas*-beschikking uit 1985, ingevoerd.<sup>[142.]</sup> Art. 53a AWR kent overigens wel een voorloper in art. 53 AWR (oud).<sup>[143.]</sup> In de *Notaris Maas*-beschikking heeft de Hoge Raad overwogen dat het algemene rechtsbeginsel met betrekking tot het verschoningsrecht onder meer erkenning vindt in art. 53 AWR (oud).<sup>[144.]</sup> Ook de andere in het subonderdeel genoemde bepalingen kunnen mijns inziens worden beschouwd als uitvloeisel van het algemene rechtsbeginsel uit de *Notaris Maas*-beschikking. In de literatuur is geconstateerd dat de wetgever in de loop der jaren niet altijd zorgvuldig - in de woorden van Fernhout "nogal slordig" - is omgesprongen met het verschoningsrecht. <sup>[145.]</sup> Indien de wetgever in een bepaalde wettelijke regeling, zoals in de enquêteprocedure, niet heeft voorzien in een bepaling over het verschoningsrecht, zoals dat kennelijk wel het geval is in enkele andere wettelijke regelingen, bewijst het algemene rechtsbeginsel uit de *Notaris Maas*-beschikking goede diensten.

De wetgever heeft er bij de herziening van het enquêterecht in 1994 (zie onder 2.14 hiervoor) en in 2013 (zie onder 2.2 hiervoor) geen blijk van gegeven het algemene rechtsbeginsel uit de *Notaris Maas*-beschikking in de enquêteprocedure geheel of gedeeltelijk buiten werking te willen stellen. De opmerking van de minister van Veiligheid en Justitie in de parlementaire geschiedenis bij de Wet aanpassing enquêterecht uit 2013 waarop het subonderdeel zich beroept is daarvoor mijns inziens te impliciet:<sup>[146.]</sup>

"De onderzoeker mag op grond van artikel 2:351 lid 1 BW *alle* gegevens inzien die hij voor een juiste taakuitoefening nodig acht. Hij mag de boeken en bescheiden van de rechtspersoon raadplegen. De bestuurders en, indien die er zijn, de commissarissen van de rechtspersoon alsmede degenen die in dienst van de rechtspersoon zijn, zijn verplicht desgevraagd *alle* inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek (artikel 2:351 lid 1 BW) [curs. A-G]." <sup>[147.]</sup>

Ik lees hierin niet dat de minister uitdrukkelijk op de implicaties van de *Notaris Maas*-beschikking is ingegaan. Het ligt volgens mij meer voor de hand dat in de parlementaire behandeling niet is stilgestaan bij de vraag naar de werking van het verschoningsrecht in de enquêteprocedure.<sup>[148.]</sup> De werking van het verschoningsrecht speelde zich tot de intrede van de raadsheer-commissaris in het enquêterecht af in de beslotenheid van het onderzoek (zie onder 2.10 en 2.15 hiervoor).

2.32  
*Subonderdeel 1.2* klaagt dat indien subonderdeel 1.1 slaagt, dit ook rov. 3.8 en 3.11-4 viteit.

2.33  
Deze voortbouwende klacht deelt in het lot van subonderdeel 1.1.

## Onderdeel 2: "toevertrouwde" informatie

2.34  
*Subonderdeel 2.1* klaagt dat de raadsheer-commissaris er in rov. 3.14-4 ten onrechte vanuit is gegaan dat indien met een verschoningsgerechtigde uitgewisselde informatie door een bevoegd orgaan van de rechtspersoon is opgenomen in zijn notulen, deze informatie nog steeds als "toevertrouwd" heeft te gelden. Het subonderdeel stelt zich op het standpunt dat door een gegeven te notuleren sprake is van een element van de vastlegging en verantwoording van het beleid van de rechtspersoon. Daarmee houdt het volgens het subonderdeel op "toevertrouwde informatie" te zijn, waarvoor de rechtspersoon een afgeleid verschoningsrecht toekomt. Het subonderdeel voert daartoe aan dat:

a. notulen naar hun aard een instrument tot vastlegging en verantwoording van het beleid van de

vennootschap zijn. Zij worden opgemaakt om zowel ten opzichte van de organen van de vennootschap als in het maatschappelijk verkeer schriftelijk vast te leggen wat in de desbetreffende vergadering is verhandeld;

- b. SNS Reaal c.s. ook rechtens verplicht zijn tot vastlegging en verantwoording van hun beleid op grond van verantwoord ondernemerschap en hun bestuursreglement;
- c. (de bevoegde organen van) SNS Reaal c.s. er niettemin voor hadden kunnen kiezen gegevens die zij hebben uitgewisseld met hun verschoningsgerechtigden buiten de notulen te houden. Zij hadden daarin bijvoorbeeld kunnen vermelden dat er door een verschoningsgerechtigde over een bepaalde kwestie juridisch advies is uitgebracht. Door uitgewisselde gegevens zelf in de notulen op te nemen hebben SNS Reaal c.s. deze gegevens welbewust aangemerkt als element dat van belang is om hun beleids- en besluitvorming (intern en extern) vast te leggen en te verantwoorden. Zij hebben deze informatie daarmee gehaald uit de beslotenheid die in relatie tot hun vertrouwenspersonen bestaat.

## 2.35

Het subonderdeel onderstreept terecht het belang van notuleren van vergaderingen van het bestuur en de raad van commissarissen. Schriftelijke vastlegging van hetgeen in vergaderingen van het bestuur en de raad van commissarissen is behandeld is niet wettelijk geregeld.<sup>[149.]</sup> In de praktijk is de verplichting notulen op te stellen en vast te stellen en genomen besluiten vast te leggen vaak opgenomen in de statuten of een reglement voor het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap.<sup>[150.]</sup> In de onderhavige zaak was dat kennelijk ook het geval.<sup>[151.]</sup> De verplichting tot notuleren van vergaderingen van het bestuur en de raad van commissarissen vloeit mijns inziens voort uit de verantwoordingsplicht van het bestuur en de raad van commissarissen die in (het stelsel van) de wet en (voor beursvennootschappen) de Corporate Governance Code ligt besloten.<sup>[152.]</sup> Deze verantwoordingsplicht van het bestuur en de raad van commissarissen over de vervulling van hun taak strekt zich ook uit tot de enquêteprocedure.<sup>[153.]</sup> De onderzoekers nemen de schriftelijke vastlegging in onder meer notulen tot uitgangspunt in hun onderzoek.<sup>[154.]</sup> In de rechtspraak van de ondernemingskamer wordt het belang van een zorgvuldige schriftelijke vastlegging ook onderkend.<sup>[155.]</sup> Het onder b van het subonderdeel aangevoerde gaat derhalve uit van een juiste rechtsopvatting. Van SNS Reaal c.s. mag schriftelijke vastlegging en verantwoording van hun beleid worden verwacht. Daarover bestaat in deze zaak ook geen discussie. De notulen van het bestuur en raad van commissarissen van SNS Reaal c.s. en Property Finance zijn er (zie onder 1.14-1.15 hiervoor).

De discussie spitst zich toe op de vraag in hoeverre de onderzoekers het recht hebben op inzage in verschoningsgerechtigde informatie in deze notulen. Onder a verwijst het subonderdeel daartoe naar een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad over de bewijsbestemming van notulen van een vergadering van de raad van commissarissen van een Antilliaanse N.V. In dat arrest heeft de Hoge Raad overwogen: “Notulen van een vergadering van de Raad van Commissarissen van een vennootschap worden opgemaakt om zowel ten opzichte van de organen van die vennootschap als in het maatschappelijk verkeer schriftelijk vast te leggen wat in die vergadering is verhandeld. De stelling van het middel dat aan dergelijke notulen eerst een bewijsbestemming in de zin van art. 230 SrNA toekomt indien zij zijn gearresteerd, is in haar algemeenheid onjuist.”<sup>[156.]</sup>

Notulen van vergaderingen van organen van de vennootschap, zoals het bestuur, de raad van commissarissen en de algemene vergadering, behoren toe aan de vennootschap. Notulen van vergaderingen van organen van de vennootschap hebben betrekking op de interne organisatie van de vennootschap.<sup>[157.]</sup> Ik merkte onder 2.6 hiervoor al op dat onderzoekers niet zijn te beschouwen als een orgaan van de vennootschap. Zij staan buiten de vennootschap. De notulen van het bestuur en de raad van commissarissen vervullen in het kader van een enquêteprocedure wel een externe verantwoordingsfunctie, jegens de onderzoekers en de ondernemingskamer. Dat in het maatschappelijk verkeer (bijvoorbeeld bewijsrechtelijke) betekenis kan worden toegekend aan de inhoud van notulen neemt niet weg dat de notulen een intern vennootschappelijk stuk blijven.<sup>[158.]</sup>

In het enquêteonderzoek wordt soms veel gewicht toegekend aan hetgeen in notulen is opgemerkt.<sup>[159.]</sup> De notulen van vergaderingen van het bestuur en de raad van commissarissen zijn zonder meer een belangrijke bron van informatie voor onderzoekers.<sup>[160.]</sup> In juridische zin hebben (onderhands opgemaakte) notulen vrije  
[161.]



bewijskracht. Zij staan in zoverre op een lijn met andere interne geschriften. Dat in het maatschappelijk verkeer, bijvoorbeeld in een enquêteprocedure, betekenis kan toekomen aan hetgeen in notulen en andere geschriften van de vennootschap staat vermeld maakt die geschriften anders gezegd geen “publieke stukken met een sterke externe werking”.<sup>[162.]</sup> In de woorden van Van den Blink:

“De enquêteur kan toegang afdwingen tot alle gegevens van de onderzochte onderneming, alle kastdeuren en bureauladen moeten voor hem worden geopend. Het is uit een oogpunt van belangenbescherming van de onderzochte onderneming onaanvaardbaar dat de niet tot geheimhouding gehouden partijen - soms wel twintig of meer - en hun onderscheiden advocaten over de schouder van de wel tot geheimhouding gehouden enquêteur meekijken achter die deuren en in die laden. De bovenbedoelde notulen [zie onder 2.10 hiervoor, A-G] zijn daar een voorbeeld van.”<sup>[163.]</sup>

Voor zover in het subonderdeel onder a wordt bedoeld op de externe verantwoordingsfunctie die notulen, evenals andere interne stukken, in bijvoorbeeld een enquêteprocedure kunnen hebben, getuigt het van een juiste rechtsopvatting. Voor zover het subonderdeel onder a moet worden opgevat als opmaat naar het onder c aangevoerde, dat door het opnemen van verschoningsgerechtigde informatie in de notulen de vennootschap er welbewust voor kiest die informatie uit de beslotenheid te halen die geldt tussen haar en haar vertrouwenspersoon getuigt het mijns inziens van een onjuiste rechtsopvatting. Bij het onder c van het subonderdeel aangevoerde loopt de klacht dus spaak. Met het onder c aangevoerde lijkt het subonderdeel te verwijzen naar Hermans die in zijn proefschrift heeft opgemerkt:

“Als de rechtspersoon aan ziet komen dat de notulen van een bestuursvergadering weleens opgevraagd zouden kunnen worden in een eventueel onderzoek in een enquêteprocedure (of door een toezichthouder), kan (...) hij overwegen om juridisch advies van een verschoningsrechtige niet op te nemen in de notulen van een bestuursvergadering zelf, maar in een afzonderlijk document. In de praktijk blijkt echter dat rechtspersonen en hun (voormalige) functionarissen er soms helemaal geen belang bij hebben om een beroep op het verschoningsrecht te doen, omdat zij zich juist ter rechtvaardiging van hun handelwijze op uitgebrachte adviezen willen beroepen.

Gelet op het bovenstaande is het voor de rechtspersoon en zijn adviseurs verstandig om in de aanloop naar een enquête, die doorgaans niet uit de lucht komt vallen, goed na te denken over de wijze waarop zij in de enquête willen omgaan met adviezen van adviseurs.”<sup>[164.]</sup>

Het is op zichzelf juist dat het bestuur en de raad van commissarissen de vrijheid hebben om juridisch advies van een verschoningsgerechtigde al dan niet op te nemen in de notulen van de vergadering. Notulen hoeven niet een woordelijk verslag te geven van de beraadslagingen tijdens de vergadering.<sup>[165.]</sup> In de praktijk komt het voor dat verschillende versies worden opgemaakt, één voor intern gebruik en één voor extern gebruik, waarbij laatstbedoeld verslag dan wordt aangeduid als de notulen.<sup>[166.]</sup> Bij deze gang van zaken moet worden bedacht dat de notulen niet het enige document zijn dat de onderzoekers op grond van art. 2:351 BW kunnen opvragen. “Interne” versies van de notulen of aanvullende documenten bij de notulen vallen evenzeer onder het inzagerecht van de onderzoekers.<sup>[167.]</sup> Ik zou voor de vraag of de onderzoekers verschoningsgerechtigde informatie mogen inzien dan ook niet beslissend willen achten of die informatie is opgenomen in de notulen of in een afzonderlijk document. Als verschoningsgerechtigde informatie wordt opgenomen in de notulen houdt het niet op “toevertrouwd” te zijn. Het functionele verschoningsrecht van de advocaat of notaris is van toepassing op hetgeen hun in de hoedanigheid van advocaat of notaris is toevertrouwd.<sup>[168.]</sup> Volgens Fernhout ligt de grens daar waar moet worden aangenomen dat het medegedeelde geen vertrouwelijk karakter heeft, bijvoorbeeld wanneer het juist is *bedoeld* om te worden overgebracht aan een ander.<sup>[169.]</sup> De redenering van het subonderdeel sluit hierbij aan: door verschoningsgerechtigde informatie in de notulen op te nemen wordt het een element van (zowel interne als externe) verantwoording van het beleid van de rechtspersoon en daarmee houdt het volgens het subonderdeel (dus) op “toevertrouwde informatie” te zijn. Met het opnemen van verschoningsgerechtigde informatie in de notulen is mijns inziens niet zonder meer gegeven dat de vennootschap heeft bedoeld de verschoningsgerechtigde informatie vrij te geven. A-G Knigge geeft in zijn conclusie in een strafrechtelijke zaak het volgende voorbeeld:

“Als een advocaat in een dagvaarding of een klaagschrift gegevens verwerkt die hij van zijn cliënt heeft bekomen, zal die dagvaarding of dat klaagschrift nadat het is uitgebracht of ingediend, naar het mij voorkomt niet aangemerkt kunnen worden als een geschrift dat onder het verschoningsrecht van de advocaat valt. Dat die dagvaarding of dat klaagschrift informatie bevat die door de cliënt aan de advocaat is verstrekt, doet daaraan niet af. Dat is, anders dan Fernhout lijkt te stellen, niet omdat het om informatie gaat die door de cliënt is verstrekt met de bedoeling dat die aan derden (de tegenpartij en de rechtbank) zal worden overgebracht,

maar omdat die informatie in overeenstemming met de bedoeling van de cliënt door de advocaat is geopenbaard. Die openbaarmaking heeft tot gevolg dat de dagvaarding of het klaagschrift geen vertrouwelijk karakter meer heeft en dus geen object van het verschoningsrecht is.” [170.]

In notulen - interne vennootschappelijke stukken - wordt geen informatie in deze zin geopenbaard. Dat de *bedoeling* van de vennootschap in casu ontbreekt om de verschoningsgerechtigde informatie die is opgenomen in de notulen uit de beslotenheid te halen blijkt ook wel uit het feit dat door SNS Reaal c.s. een beroep is gedaan op het weigeringsrecht.<sup>[171.]</sup> A-G Knigge merkt in dezelfde conclusie dan ook op over “de notulen van een vergadering van (of een conference call tussen) medewerkers van een onderneming”: “Die notulen vallen niet onder enig verschoningsrecht en kunnen tijdens een doorzoeking bij deze onderneming worden inbeslaggenomen. Dat verandert niet door de omstandigheid dat nadien afschrift van die notulen aan een notaris of andere verschoningsgerechtigde is verstrekt. Anders ligt het als bijvoorbeeld een notaris een onderneming adviseert en de medewerkers van die onderneming een vergadering met de notaris houden, gericht op het verkrijgen van notarieel advies. Ik zou denken dat notulen van een dergelijke bespreking wel als zodanig object zijn van het verschoningsrecht van de notaris en niet mogen worden inbeslaggenomen, ongeacht waar deze worden aangetroffen. Van belang is dan wel dat de notaris in zijn hoedanigheid van notaris bij de vergadering is betrokken (...) [voetnoot verwijderd, A-G].”<sup>[172.]</sup>

A-G Knigge maakt daarbij wel de kanttekening dat slechts die passages in de notulen onder het verschoningsrecht vallen die met die advisering in rechtstreeks verband staan. De enkele omstandigheid dat een advocaat of notaris een vergadering van het bestuur of de raad van commissarissen bijwoont, brengt dus niet mee dat het gehele verslag onder zijn verschoningsrecht valt.<sup>[173.]</sup> Door Hermans wordt, in lijn hiermee, ook aangenomen dat verschoningsgerechtigde informatie in de notulen niet aan onderzoekers hoeft te worden verstrekt:

“Documenten die de onderzoekers willen raadplegen zijn soms (...) opgesteld door adviseurs met een verschoningsrecht of vormen de weerslag van een mondeling advies van een verschoningsgerechtigde. Dit laatste kan zich bijvoorbeeld voordoend indien de verschoningsgerechtigde aanwezig is geweest bij een vergadering en aldaar mondeling advies heeft uitgebracht, dat in de notulen van de vergaderingen is weergegeven. (...) Voor zover het gaat om in notulen weergegeven mondelinge adviezen van een verschoningsgerechtigde meen ik dat de rechtspersoon gerechtigd is de desbetreffende passages onleesbaar te maken in de kopie van de notulen die aan de onderzoekers wordt verstrekt.” [174.]

De klacht van het subonderdeel, die er in de kern op neerkomt dat informatie die is opgenomen in notulen per definitie niet verschoningsgerechtigd kan zijn, gaat mijns inziens tegen deze achtergrond te ver en kan daarom niet slagen. De aard van de desbetreffende informatie is in beginsel bepalend voor de vraag of sprake is van verschoningsgerechtigde informatie. Daarmee is niet gezegd dat de aard van het desbetreffende document niet medebepalend kan zijn voor de aannemelijkheid dat in een bepaald document verschoningsgerechtigde informatie is opgenomen. Bij een juridisch advies dat is neergelegd in een afzonderlijk document dat is opgesteld door een advocaat of notaris ligt verschoningsgerechtigdheid bijvoorbeeld meer voor de hand dan bij een passage in de notulen of andere interne stukken. Met dergelijke omstandigheden kan de raadsheer-commissaris in zijn beoordeling van een weigering op inzage in verschoningsgerechtigde informatie rekening houden.<sup>[175.]</sup> In rov. 3.14 van de bestreden beschikking doet de raadsheer-commissaris dat ook door van SNS Reaal c.s. te verlangen dat zij toelichten waarom bepaalde passages in de notulen verschoningsgerechtigde informatie betreft.

2.36

*Subonderdeel 2.2* klaagt dat hetgeen in subonderdeel 2.1 is opgemerkt over de notulen *mutatis mutandis* ook geldt voor besluiten van de rechtspersoon. Een besluit is immers een wilsverklaring van de rechtspersoon. Door daarin bewust gegevens op te nemen die voorafgaand aan het nemen van het besluit met een verschoningsgerechtigde zijn uitgewisseld, zijn die gegevens een element gaan vormen van verantwoording van dat besluit, aldus het subonderdeel.

2.37

Het subonderdeel deelt in het lot van subonderdeel 2.1. Het subonderdeel stelt op zichzelf terecht dat een besluit een wilsverklaring is van de rechtspersoon.<sup>[176.]</sup> Het belang van de vraag of besluiten ook verschoningsgerechtigde informatie kunnen bevatten, is voor deze zaak beperkt. De lijst met 114 nog niet uitgeleverde individuele documenten (zie onder 1.14 hiervoor) die als bijlage 3 is opgenomen bij de brief van SNS Reaal c.s. van 1 februari 2019 bevat twee documenten met besluiten.<sup>[177.]</sup> Verder merk ik op dat SNS

Reaal c.s. tijdens de mondelinge behandeling van de zaak hebben verklaard zij in 104 van de 114 documenten genoemd in bijlage 3 bij de brief van 1 februari 2019 informatie hebben aangetroffen ten aanzien waarvan zij zich op een afgeleid verschoningsrecht beroepen (rov. 2.7, zie ook onder 1.15 hiervoor). Het is mij niet duidelijk geworden of ook de twee documenten met besluiten daartoe behoren. Als dat niet het geval is, ontbreekt belang bij de klacht van het subonderdeel.

Dat deze twee documenten verschoningsgerechtigde informatie bevatten, valt op voorhand niet uit te sluiten. De besluiten als zodanig zullen niet verschoningsgerechtigd zijn, maar het is bijvoorbeeld denkbaar dat zich in de twee desbetreffende documenten mede adviezen van advocaten of notarissen ter onderbouwing van het besluit bevinden. Ook voor de beoordeling van het beroep op een weigeringsrecht ten aanzien van deze documenten met besluiten geldt dat de ondernemingskamer in rov. 3.14 mijns inziens terecht aanneemt dat het aan SNS Reaal c.s. is om toe te lichten waarom hun met betrekking tot deze besluiten een beroep een afgeleid verschoningsrecht toekomt.

2.38

*Subonderdeel 2.3* klaagt dat de raadsheer-commissaris er in rov. 3.14 t/m 4 ten onrechte vanuit gaat dat ook informatie die is opgenomen in correspondentie tussen de vennootschap en een ander dan haar advocaat of notaris als aan die laatste "toevertrouwd" kan hebben te gelden. Het subonderdeel verwijst ter onderbouwing naar een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad uit 2016.<sup>[178.]</sup>

2.39

Ik verwijs naar de conclusie van A-G Knigge voor het desbetreffende arrest uit 2016:

"8.18 Terug naar het middel. Als ik het goed begrijp, gaat het hier om e-mails tussen medewerkers van de twee besloten vennootschappen - C B.V. en D. B.V. - die aandeelhouder zijn van C. NV en waar tussen besprekingen werden gevoerd om hun niet gelijk liggende belangen met elkaar te verzoenen. Welke partij of welke partijen als cliënt van klager kunnen worden aangemerkt - iets dat onderwerp van het verschoningsrecht kan zijn -, is door de Rechtbank niet vastgesteld. Als evenwel mag worden afgegaan op de aanvulling op het klaagschrift (...) was de cliënt C. B.V. De e-mailwisseling werd dus gevoerd tussen partijen die in de onderhandelingen min of meer tegenover elkaar stonden. Dergelijke correspondentie maakt in de regel geen deel uit van het vertrouwelijke verkeer tussen de notaris en zijn cliënt, ook niet als die correspondentie - achteraf of gelijktijdig (cc) - ter kennis van de notaris is gebracht. Het feit dát de correspondentie aan de notaris is toevertrouwd, vormt in dat geval object van het verschoningsrecht, de correspondentie als zodanig niet. Het zou echter kunnen zijn dat de onderhavige e-mailwisseling deel uitmaakte van een onder regie van klager in zijn hoedanigheid van notaris gevoerde bespreking om tot een vergelijk te komen. Dat zou in het bijzonder het geval kunnen zijn als blijkt dat de klager een actieve rol in het onderhandelingsproces vervulde.

8.19 De opvatting waarop het middel berust, namelijk dat het enkele feit dat een e-mail cc aan de notaris is gestuurd, niet uitsluit dat die e-mail onder het verschoningsrecht valt, is dus juist. Ik heb mij wel afgevraagd of kan worden aangenomen dat de Rechtbank van een andere - onjuiste - opvatting is uitgegaan. In het klaagschrift wordt gesteld dat het desbetreffende stuk onder het verschoningsrecht valt omdat 'de cliënt van klager hem deze e-mail toevertrouwde'. Niet gesteld werd dus dat sprake was van een onder de regie van de notaris gevoerde bespreking als hiervoor bedoeld. Verdedigd zou kunnen worden dat het oordeel van de Rechtbank in dat licht gelezen moet worden en derhalve niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is. Ik zou die kant echter na ampel beraad niet willen opgaan, waarbij voor mij een rol heeft gespeeld dat de beide eerste middelen slagen, zodat de beschikking toch (grotendeels) vernietigd moet worden. Mijn conclusie is derhalve dat de door de Rechtbank gevolgde redenering dat correspondentie niet rechtstreeks door of aan een verschoningsgerechtigde is gezonden, niet onder het verschoningsrecht kan vallen, te kort door de bocht is. Nu de verschoningsrechtige zich hier op het standpunt stelde dat het gaat om een stuk dat onder zijn verschoningsrecht valt, had de Rechtbank - in elk geval volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad - dienen te toetsen of geen twijfel bestaat dat dat standpunt onjuist is. De rechtbank heeft dat laatste denk ik niet miskend, maar haar oordeel dienaangaande heeft zij ontoereikend gemotiveerd.

8.20 Het middel slaagt." <sup>[179.]</sup>

De Hoge Raad overweegt vervolgens:

"4.3 Blijkens de bestreden beschikking is het stuk met nummer MG 61 onder D. B.V. inbeslaggenomen. De Rechtbank heeft vastgesteld dat het gaat om 'e-mailwisseling tussen W. van K. en M. van D.' en dat de

klager in deze e-mailwisseling is 'ingekopieerd' (ge-cc'd). Hier doet zich derhalve het geval voor dat van de digitale correspondentie die - naar moet worden aangenomen - tussen een cliënt van de klager en een derde heeft plaatsgevonden, een digitaal afschrift aan de klager is verzonden.

4.4 Correspondentie tussen anderen dan de verschoningsgerechtigde en degene die zich tot hem heeft gewend, is niet een brief of geschrift als bedoeld in art. 98, eerste lid, Sv. Indien van die correspondentie een afschrift wordt toegezonden aan de notaris kan - anders dan het middel betoogt - niet gezegd worden dat reeds daarom de inhoud daarvan kan worden aangemerkt als wetenschap die de notaris in het kader van zijn juridische dienstverlening is toevertrouwd.

4.5 Gelet op het vorenstaande getuigt het oordeel van de Rechtbank dat ten aanzien van de inbeslaggenomen e-mailwisseling tussen W. van K. en M. van D. redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat het standpunt van de klager dat die e-mailwisseling object is van zijn verschoningsrecht onjuist is, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is in het licht van hetgeen aan het beroep op het verschoningsrecht ten grondslag is gelegd toereikend gemotiveerd.

4.6 Het middel faalt.” [180.]

Deze strafzaak ziet dus op een andere situatie dan het onderhavige geval. In het onderhavige geval gaat het niet om correspondentie van de vennootschap met derden die op zichzelf niet verschoningsgerechtigd is, maar onder het verschoningsrecht zou vallen omdat de verschoningsgerechtigde in de correspondentie zou zijn ingekopieerd.[181.] Uit rov. 3.14 blijkt dat het in het onderhavige geval gaat om correspondentie van SNS Reaal c.s. met DNB en met het ministerie van Financiën en niet zoals in de strafzaak om correspondentie tussen twee contractspartijen. Het is niet uitgesloten dat SNS Reaal c.s. in die correspondentie met DNB en het ministerie van Financiën verschoningsgerechtigde informatie hebben gedeeld. Informatie die SNS Reaal c.s. hebben gedeeld met DNB en het ministerie van Financiën in het kader van hun wettelijke (toezichthoudende) taken geldt niet zonder meer als “vrijgegeven” jegens de onderzoekers in het kader van de enquêteprocedure. Het subonderdeel treft dan ook geen doel. De klacht van subonderdeel 2.3 faalt overigens ook reeds bij gebrek aan feitelijke grondslag. De raadsheer-commissaris heeft niet in algemene zin geoordeeld dat ook informatie die is opgenomen in correspondentie tussen de vennootschap en anderen dan haar advocaat of notaris als aan die laatste toevertrouwd heeft te gelden. De raadsheer-commissaris heeft in rov. 3.14, toegespitst op correspondentie van SNS Reaal c.s. met DNB en het ministerie van Financiën, geoordeeld dat het aan SNS Reaal c.s. is om toe te lichten waarom hun met betrekking tot in die correspondentie besloten liggende informatie een afgeleid verschoningsrecht toekomt. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting.

### **Onderdeel 3: vertrouwelijkheid van notulen, besluiten en correspondentie tegenover de onderzoekers**

2.40

*Onderdeel 3* klaagt dat de raadsheer-commissaris in rov. 3.14-4 ten onrechte ervan is uitgegaan dat de rechtspersoon en de in art. 2:351 lid 1 BW genoemde personen zich jegens de onderzoekers op een afgeleid verschoningsrecht kunnen beroepen ten aanzien van informatie die is opgenomen in notulen, besluiten en in correspondentie tussen de vennootschap en een ander dan haar advocaat of notaris. Het onderdeel bouwt voort op onderdeel 1, waarin wordt geklaagd dat de onderzoekers tot taak hebben onderzoek te doen naar het beleid en de gang van zaken binnen de vennootschap en daartoe recht hebben op alle informatie die nodig is voor de uitvoering van dat onderzoek, en onderdeel 2, waarin wordt geklaagd dat de bevoegde organen van de rechtspersoon juist met deze stukken het gevoerde beleid vastleggen en verantwoorden. De rechtspersoon c.s. zal dus tenminste te allen tijde deze stukken onbelemmerd aan de onderzoekers moeten verschaffen.

2.41

Onderdeel 3 deelt in het lot van de twee voorgaande onderdelen. Het onderdeel maakt niet duidelijk waarom het verschoningsrecht, dat is gebaseerd op een algemeen rechtsbeginsel, jegens onderzoekers in een enquêteprocedure geen werking zou hebben. De zienswijze dat aldus een “gemankeerde enquête” (zie de toelichting op de klachten in het cassatieverzoekschrift onder VII, sub 44) zou ontstaan en dat de door de raadsheer-commissaris voorgeschreven procedurele gang van zaken leidt tot vertraging van het onderzoek, een onvolkomen onderzoek en misbruik in de hand werkt (zie de toelichting op de klachten in het cassatieverzoekschrift onder VII, sub 49), deel ik niet. Ik merk daartoe in de eerste plaats op dat de raadsheer-



commissaris zo nodig na kennisneming van de verschoningsgerechtigde informatie het weigeringsrecht op inzage van de onderzochte rechtspersoon betrekkelijk ver gaand inhoudelijk kan toetsen (rov. 3.15-3.16, zie ook onder 2.22-2.23 hiervoor). Het belang van waarheidsvinding is weliswaar ook in de enquêteprocedure niet absoluut, maar de raadsheer-commissaris dient de effectiviteit en voortvarendheid van het onderzoek niet uit het oog te verliezen. In rov. 3.18 heeft de raadsheer-commissaris in dat verband uitdrukkelijk acht geslagen op de omstandigheid dat SNS Reaal c.s. “weinig voortvarendheid aan de dag [hebben] gelegd” en mede daarom een betrekkelijk korte termijn van veertien dagen bevolen om te voldoen aan informatieverzoeken van onderzoekers en binnen die termijn te bepalen of zij inzage ten aanzien van enig deel van die informatie willen weigeren met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht. Ik voeg daar nog aan toe dat als blijkt dat de rechtspersoon misbruik maakt van dit weigeringsrecht de regel van art. 198 lid 3 Rv door de rechter kan worden toegepast (zie onder 2.24 hiervoor).

2.42

De slotsom is dat alle klachten van het principale cassatieberoep falen.

### **De cassatieklachten in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep**

2.43

Alvorens toe te komen aan bespreking van de klachten in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep stel ik vast dat de aanvullende opmerkingen van VEB c.s. bij de cassatieklachten van de onderzoekers niet leiden tot een ander oordeel dan dat de klachten van het principale cassatieberoep falen. Het incidentele cassatieberoep van VEB c.s. is ingesteld onder de voorwaarde dat de Hoge Raad de klachten van onderdeel 1 van het principale cassatieberoep verwerpt. Nu mijns inziens aan deze voorwaarde wordt voldaan, kom ik toe aan bespreking van de incidentele klachten.

2.44

Het incidentele cassatieberoep is opgebouwd uit twee onderdelen.

### **Onderdeel 1: het belang bij duidelijkheid over de nationalisatie kan prevaleren boven een verschoningsrecht**

2.45

*Onderdeel 1* is gericht tegen het oordeel van de raadsheer-commissaris in rov. 3.9 dat de omstandigheid dat bij het verkrijgen van openheid van zaken met betrekking tot de periode voorafgaand aan de nationalisatie van SNS Reaal c.s. een zwaarwichtig publiek belang bestaat, geen uitzonderlijke omstandigheid is waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt moet prevaleren boven het verschoningsrecht. Dit oordeel getuigt volgens het onderdeel van een onjuiste rechtsopvatting omtrent welke omstandigheden voldoende zijn om het verschoningsrecht opzij te zetten, is althans zonder verdere motivering niet begrijpelijk.

2.46

In de *Notaris Maas*-beschikking heeft de Hoge Raad een slag om de arm gehouden met de overweging dat zich “zeer uitzonderlijke omstandigheden” kunnen voordoen waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt moet prevaleren boven het verschoningsrecht.<sup>[182.]</sup> De Hoge Raad is terughoudend bij het aanvaarden van “zeer uitzonderlijke omstandigheden” (zie ook onder 2.23 hiervoor). <sup>[183.]</sup> A-G Leijten stelde in dit verband in een conclusie: “dat uitzonderlijke omstandigheden al zo zeldzaam zijn dat zeer uitzonderlijke omstandigheden voor een gewoon mens bijna niet denkbaar zijn.” <sup>[184.]</sup> Ook zeer uitzonderlijke omstandigheden hebben niettemin de neiging zich te vermenigvuldigen.<sup>[185.]</sup> Zeer uitzonderlijke omstandigheden zijn in enkele strafzaken aanvaard. Beantwoording van de vraag welke omstandigheden als zeer uitzonderlijk moeten worden aangemerkt is volgens de Hoge Raad niet in een algemene regel samen te vatten.<sup>[186.]</sup> Voor het oordeel dat van zodanige omstandigheden - en dus van een uitzondering op de hoofdregel met betrekking tot het verschoningsrecht - sprake is, gelden volgens de Hoge Raad zware motiveringseisen.<sup>[187.]</sup> In de literatuur wordt niet uitgesloten dat “zeer uitzonderlijke omstandigheden” zich ook in een civielrechtelijke zaak kunnen voordoen:

“Kennelijk wordt het verschoningsrecht alleen opzij gezet, als sprake is van omstandigheden die ernstige gevolgen voor de maatschappij kunnen hebben; dat kan ook in civiele zaken het geval zijn, maar zal eerder aan de orde zijn in strafrechtelijke procedures. Een individueel, financieel belang legt in elk geval onvoldoende gewicht in de schaal. Pas als maatschappelijke belangen in het geding zijn, kan het belang van waarheidsvinding gesteld worden boven de maatschappelijke belangen die met het verschoningsrecht zijn

gediend.” [188.]

2.47

Tegen deze achtergrond dient onderdeel 1 te falen. De raadsheer-commissaris heeft in rov. 3.9 niet in algemene zin uitgesloten dat sprake zou kunnen zijn van “zeer uitzonderlijke omstandigheden”. Het oordeel van de raadsheer-commissaris houdt in dat de door de onderzoekers aangevoerde omstandigheid dat bij het verkrijgen van openheid van zaken met betrekking tot de periode voorafgaand aan de nationalisatie van SNS Reaal c.s. een zwaarwichtig belang bestaat (zie ook rov. 3.1: “dat zwaarwichtige publieke belangen gediend zijn bij het verkrijgen van openheid van zaken”) niet een zodanige “uitzonderlijke omstandigheid” is. De raadsheer-commissaris heeft dat oordeel gemotiveerd met verwijzing naar de *Notaris Maas*-beschikking en de *Savanna*-beschikking. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is voldoende begrijpelijk gemotiveerd. Gelet op het uitzonderlijke karakter van het aanvaarden van deze uitzondering, zeker in civiele zaken, was de raadsheer-commissaris niet gehouden rov. 3.9 nader te motiveren. De zware motiveringseisen die gelden voor het aanvaarden van “zeer uitzonderlijke omstandigheden” gelden niet evenzeer voor het niet-aanvaarden van “zeer uitzonderlijke omstandigheden”. Ik wijs er verder nog op dat de “zwaarwichtige publieke belangen bij het verkrijgen van openheid van zaken” weliswaar niet voldoende zijn voor het aannemen van “zeer uitzonderlijke omstandigheden”, maar wel een rol kunnen spelen in de inhoudelijke toetsing door de raadsheer-commissaris van het weigeringsrecht van de rechtspersoon met een beroep op het verschoningsrecht (rov. 3.15-3.16, zie ook onder 2.22-2.23 hiervoor). Bij die toetsing kan de raadsheer-commissaris alle omstandigheden van het geval in zijn beoordeling betrekken. In de literatuur worden twee stappen in de toetsing door de rechter onderscheiden: de eerste stap is de rechterlijke toetsing van de reikwijdte van het verschoningsrecht en de tweede stap is het nagaan of sprake is van “zeer uitzonderlijke omstandigheden” die doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigen. [189.] Als de eerste stap meer inhoudelijk wordt benaderd, wat ik in deze conclusie in navolging van de literatuur (zie onder 2.20-2.23 hiervoor) en in overeenstemming met de beschikking van de raadsheer-commissaris (zie rov. 3.15-3.16) heb verdedigd, bestaat er ook minder aanleiding om de categorie van “zeer uitzonderlijke omstandigheden” op te rekken.[190.]

## Onderdeel 2: geen verschoningsrecht zonder beroep door de verschoningsgerechtigde

2.48

*Onderdeel 2* is gericht tegen het oordeel van de raadsheer-commissaris in rov. 3.15 en 3.16 voor zover de raadsheer-commissaris daarin de mogelijkheid openlaat dat hij een beroep van SNS Reaal c.s. op een afgeleid verschoningsrecht kan honoreren wanneer niet een verschoningsgerechtigde, maar enkel SNS Reaal c.s. zich op een verschoningsrecht beroepen. De raadsheer-commissaris miskent volgens het subonderdeel dat hij een beroep op een afgeleid verschoningsrecht in geen geval kan toestaan voor zover de verschoningsgerechtigde zelf zich daarop niet beroept.

2.49

Volgens het onderdeel moeten rov. 3.15-3.16 aldus worden begrepen dat de raadsheer-commissaris in geval van een geschil op basis van een volledige beoordeling, zo nodig na kennisneming van de inhoud van de desbetreffende stukken, zelf zal beslissen of een beroep van SNS Reaal c.s. op een afgeleid verschoningsrecht aanvaardbaar is en hij daarbij dus ook tot het oordeel kan komen dat onterecht een beroep op vertrouwelijkheid wordt gedaan, hoewel een geheimhouder te kennen heeft gegeven dat naar zijn mening wél sprake is van geheim te houden stukken. Deze lezing van rov. 3.15-3.16 is mijns inziens juist. Ik noemde dat hiervoor inhoudelijke toetsing door de raadsheer-commissaris. In zoverre bestrijdt het onderdeel het oordeel van de raadsheer-commissaris niet. Volgens het onderdeel laat de in rov. 3.15-3.16 door de raadsheer-commissaris bevolen procedurele gang van zaken de mogelijkheid open dat hij een beroep van SNS Reaal c.s. honoreert terwijl enkel SNS Reaal c.s. en niet de verschoningsgerechtigde zich op een verschoningsrecht beroepen.

2.50

Het onderdeel stelt op zichzelf terecht dat rov. 3.15-3.16, waarin de raadsheer-commissaris voorschrijft dat de verschoningsgerechtigde in de gelegenheid wordt gesteld zich “uit te laten” de mogelijkheid openlaat dat de weigering op inzage door de raadsheer-commissaris in stand wordt gelaten zonder dat de verschoningsgerechtigde zich op het verschoningsrecht heeft beroepen. Voor zover het openlaten van die

mogelijkheid van een onjuiste rechtsopvatting zou getuigen, kan het onderdeel mijns inziens niet tot cassatie leiden, omdat het oordeel dan zo moet worden gelezen dat als de verschoningsgerechtigde zich aldus uitlaat de raadsheer-commissaris zal bevelen de desbetreffende informatie, waarvan de verschoningsgerechtigde zich niet op het verschoningsrecht beroept, aan de onderzoekers te verstrekken. Ik meen echter dat het openlaten van die mogelijkheid niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Het verschoningsrecht wordt door de raadsheer-commissaris benaderd vanuit het weigeringsrecht van de onderzochte rechtspersoon (zie onder 2.21-2.22 hiervoor). Het is op zichzelf juist dat het oordeel van de verschoningsgerechtigde in beginsel leidend zou moeten zijn bij het beoordelen of het weigeringsrecht terecht is (zie ook onder 2.27 hiervoor). Aan dat uitgangspunt wordt door de raadsheer-commissaris mijns inziens voldoende recht gedaan door de verschoningsgerechtigde in de gelegenheid te stellen zich daarover uit te laten. Beredeneerd vanuit het weigeringsrecht van de rechtspersoon, dat zoals gezegd inhoudelijk door de raadsheer-commissaris kan worden getoetst, is het standpunt van de verschoningsgerechtigde niet zonder meer leidend meer.<sup>[191.]</sup> Wanneer de verschoningsgerechtigde in zijn uitlating bij de raadsheer-commissaris het beroep van SNS Reaal c.s. op een afgeleid verschoningsrecht niet zou onderschrijven komt minder nadruk te liggen op het maatschappelijk belang dat wordt gediend door het verschoningsrecht. Het individuele belang van SNS Reaal c.s. bij vertrouwelijkheid zal dan in de belangenafweging door de raadsheer-commissaris in beginsel niet opwegen tegen het belang van waarheidsvinding, zeker als dat laatste belang zoals in het onderhavige geval ook maatschappelijk gekleurd is.

2.51

De slotsom is dat beide onderdelen van het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep falen.

### **3. De conclusie in het principale en incidentele cassatieberoep**

De conclusie strekt tot verwerping van het principale en het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep.

#### **Uitspraak**

#### **Hoge Raad:**

##### **1. Procesverloop**

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de beschikking in de zaak 200.159.002/02 OK van de raadsheer-commissaris van de ondernemingskamer in het gerechtshof Amsterdam van 26 februari 2019.

De onderzoekers hebben tegen de beschikking van de raadsheer-commissaris beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit. SNS Reaal c.s. heeft verzocht het beroep te verwerpen. VEB c.s. steunen het cassatieberoep van de onderzoekers en hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. SNS Reaal c.s. heeft geconcludeerd tot verwerping in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping van het principale en het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep.

De advocaten van de onderzoekers en van VEB c.s. hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

##### **2. Uitgangspunten en feiten**

###### **2.1**

In deze zaak heeft de ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. De vraag is of SNS Reaal c.s. mogen weigeren om de onderzoekers inzage te geven in informatie die is uitgewisseld met een advocaat of notaris en is opgenomen in notulen, bestuursbesluiten en correspondentie.

## 2.2

In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten zoals vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1 tot en met 1.7. Voor zover in cassatie van belang, komen die op het volgende neer.

- (i) Bij beschikking van 26 juli 2018 heeft de ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal c.s. over de periode vanaf 1 juli 2006 tot 1 februari 2013, met benoeming van een raadsheer-commissaris zoals bedoeld in art. 2:350 lid 4 BW.<sup>[1.]</sup>
- (ii) Bij beschikking van 2 augustus 2018 heeft de ondernemingskamer de onderzoekers aangewezen.<sup>[2.]</sup>
- (ii) Het door de onderzoekers opgestelde plan van aanpak omvat als bijlage een lijst van 45 (categorieën van) documenten die de onderzoekers digitaal aangeleverd willen krijgen, waaronder de notulen van de vergaderingen van het bestuur en de raad van commissarissen van SNS Reaal c.s. en Propertize B.V. (voorheen genaamd SNS Property Finance B.V.) over de periode van 1 januari 2006 tot 1 februari 2013.
- (i) SNS Reaal c.s. hebben zich op het standpunt gesteld dat aan hen met betrekking tot gedeeltes van de v) opgevraagde documenten een beroep toekomt op een van advocaten en notarissen afgeleid verschoningsrecht. Vervolgens hebben SNS Reaal c.s. en de onderzoekers afgesproken dat SNS Reaal c.s. de opgevraagde notulen volledig, dus inclusief volgens SNS Reaal c.s. geprivilegieerde informatie, “informeel” aan de onderzoekers ter beschikking zullen stellen, onder de voorwaarde dat de onderzoekers op geen enkele wijze zullen refereren aan de aldus verstrekte informatie en met dien verstande dat de onderzoekers nadien om “formele” verstrekking van die documenten kunnen vragen. In dat geval zullen SNS Reaal c.s. op dat moment beoordelen of zij zich zullen beroepen op een afgeleid verschoningsrecht. SNS Reaal c.s. hebben op deze wijze “informeel” informatie verstrekt aan de onderzoekers.
- (v) De onderzoekers hebben vervolgens aanvullende informatieverzoeken aan SNS Reaal c.s. gedaan. De onderzoekers hebben zich op het standpunt gesteld dat aan SNS Reaal c.s. geen beroep toekomt op een afgeleid verschoningsrecht. Zij hebben SNS Reaal c.s. verzocht om alle opgevraagde stukken formeel te verschaffen, met een lijst van stukken ten aanzien waarvan SNS Reaal c.s. zich op een afgeleid verschoningsrecht zouden willen beroepen.

### 2.3.1

De onderzoekers hebben de raadsheer-commissaris, samengevat weergegeven en voor zover in cassatie van belang, primair verzocht om te bepalen dat SNS Reaal c.s. zich ter zake van de door de onderzoekers opgevraagde en op te vragen documenten en bescheiden niet kunnen beroepen op een (afgeleid) verschoningsrecht en, subsidiair, SNS Reaal c.s. te bevelen (i) terstond althans binnen vijf dagen nadat daarom is verzocht, al die stukken uit te leveren waarvan op het eerste gezicht of na een eerste globale controle vaststaat dat er geen (afgeleid) verschoningsrecht op rust, (ii) binnen tien dagen nadat daarom is verzocht, al die stukken uit te leveren waarvan na tweede lezing is gebleken dat er geen verschoningsrecht op rust dan wel waarbij afstand wordt gedaan van het (mogelijke) verschoningsrecht en (iii) binnen tien dagen nadat daarom is verzocht, gemotiveerd te kennen te geven op welke stukken een beroep op verschoningsrecht wordt gedaan, met toezending van een kopie van deze stukken aan de raadsheer-commissaris of een door de raadsheer-commissaris aan te wijzen onafhankelijke derde, om deze te laten beoordelen of en in hoeverre terecht een beroep wordt gedaan op het verschoningsrecht.



### 2.3.2

VEB c.s. hebben de raadsheer-commissaris meegedeeld dit verzoek te steunen en hem verzocht om een dwangsom te verbinden aan de verzochte bevelen.

### 2.3.3

De raadsheer-commissaris heeft als volgt op de verzoeken beslist.<sup>[3.]</sup>

“beveelt SNS Reaal c.s. om binnen vijf dagen na deze beschikking alle documenten genoemd op de lijst die als bijlage 3 is gevoegd bij de brief van SNS Reaal c.s. aan de onderzoekers van 1 februari 2019, integraal en ongeschoond te verstrekken aan de onderzoekers, voor zover zij die documenten niet eerder ‘informeel’ aan de onderzoekers hebben verstrekt;

beveelt SNS Reaal c.s. om binnen vijf dagen na deze beschikking aan de onderzoekers gespecificeerd en gemotiveerd opgave te doen van de passages uit deze documenten ten aanzien waarvan zij een beroep doet op een afgeleid verschoningsrecht;

verbiedt de onderzoekers om in hun onderzoek op enigerlei wijze gebruik te maken van de informatie ten aanzien waarvan SNS Reaal c.s. zich op een afgeleid verschoningsrecht hebben beroepen, tenzij de raadsheer-commissaris op een daarop gericht verzoek van de onderzoekers SNS Reaal c.s. heeft bevolen die informatie aan de onderzoekers te verstrekken;

beveelt SNS Reaal c.s. in het vervolg binnen 14 dagen te voldoen aan informatieverzoeken van de onderzoekers en binnen deze termijn te bepalen of zij verstrekking van enig deel van die informatie willen weigeren met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht;

beveelt SNS Reaal c.s. in het vervolg om, indien zij door de onderzoekers opgevraagde informatie niet willen verstrekken met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht, binnen 14 dagen na het desbetreffende informatieverzoek aan de onderzoekers toe te lichten - zonder dat zij de inhoud van de desbetreffende informatie hoeven prijs te geven - waarom de desbetreffende informatie onder de reikwijdte van het verschoningsrecht van een advocaat of notaris valt;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.”

### 2.3.4

De raadsheer-commissaris heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

Het functionele verschoningsrecht van onder meer advocaten en notarissen berust op een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden. (rov. 3.4)

Een belangrijke doelstelling van het enquêterecht is het verkrijgen van openheid van zaken. De wet bevat bepalingen die erop gericht zijn die openheid van zaken te bewerkstelligen met inachtneming van het belang van de onderzochte rechtspersoon. (rov. 3.5)

In de wettelijke bepalingen met betrekking tot het enquêterecht en in de wetsgeschiedenis is evenwel geen steun te vinden voor de opvatting dat deze wetsbepalingen ertoe strekken om in het kader van het onderzoek het verschoningsrecht van advocaten of notarissen buiten werking te stellen. (rov. 3.6)

Het verschoningsrecht komt toe aan de verschoningsgerechtigde advocaat of notaris zelf en niet aan SNS Reaal c.s. als cliënt van de verschoningsgerechtigde. Het belang dat een ieder de mogelijkheid heeft om

vrijelijk een vertrouwenspersoon te raadplegen, zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan die vertrouwenspersoon in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, brengt - toegesneden op het onderhavige geval - mee dat SNS Reaal c.s. een beroep toekomt op een afgeleid verschoningsrecht met betrekking tot hetgeen zij aan een advocaat of notaris in zijn hoedanigheid hebben toevertrouwd en hetgeen de advocaat of notaris in zijn hoedanigheid aan SNS Reaal c.s. heeft meegedeeld. (rov. 3.7)

Dat bij het verkrijgen van openheid van zaken met betrekking tot de periode voorafgaand aan de nationalisatie van SNS Reaal c.s. een zwaarwichtig publiek belang bestaat, is geen uitzonderlijke omstandigheid waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt, moet prevaleren boven het verschoningsrecht. (rov. 3.9)

De omstandigheid dat SNS Reaal c.s. zich kennelijk bij hun keuze om al dan niet een beroep te doen op een afgeleid verschoningsrecht laten leiden door hun eigen belang of dat van derden bij (de uitkomst van) het onderzoek, is geen omstandigheid waaraan het rechtsgevolg kan worden verbonden dat SNS Reaal c.s. niet langer een beroep op een afgeleid verschoningsrecht toekomt. (rov. 3.10)

Uit de overgelegde stukken blijkt niet dat de verschoningsgerechtigden zelf jegens de onderzoekers een beroep hebben gedaan op hun verschoningsrecht. De opgevraagde stukken behoren tot de administratie van SNS Reaal c.s. Dit betekent dat SNS Reaal c.s. vooralsnog zelf hebben bepaald welke passages uit de opgevraagde stukken zij, met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht, niet aan de onderzoekers willen tonen. Deze standpuntbepaling van SNS Reaal c.s. is niet aan rechterlijke toetsing onttrokken. (rov. 3.11)

Bij die rechterlijke toetsing komt het niet aan op een afweging van geval tot geval van de belangen waarop de verplichting tot geheimhouding is gericht tegen de zwaarwegende belangen die gemoeid zijn met de waarheidsvinding. Indien een advocaat of notaris zich op zijn verschoningsrecht beroept, is geen ruimte voor een zodanige belangenafweging. Wel moet getoetst kunnen worden of de informatie die SNS Reaal c.s. met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht niet willen verstrekken, daadwerkelijk onder de reikwijdte van het desbetreffende verschoningsrecht valt, meer in het bijzonder of de informatie aan een notaris of advocaat in zijn hoedanigheid is toevertrouwd. (rov. 3.12)

De raadsheer-commissaris zoekt voor de rechterlijke toetsing aansluiting bij de eerder tussen de onderzoekers en SNS Reaal c.s. gemaakte afspraken over "informele" en "formele" verstrekking van documenten en de omstandigheid dat SNS Reaal c.s. naar eigen zeggen aan de onderzoekers hebben bevestigd dat die afspraken blijven gelden gedurende de "formele" uitlevering. Alle, althans het overgrote deel van de 104 documenten waarin informatie besloten ligt die SNS Reaal c.s. met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht niet "formeel" aan de onderzoekers willen verstrekken, zijn volgens SNS Reaal c.s. op grond van die afspraken volledig (in ongeschoonde vorm) "informeel" aan de onderzoekers ter beschikking gesteld. Voor zover dit feitelijk nog niet volledig is gebeurd, zal de raadsheer-commissaris daartoe een bevel geven. Dit stelt de onderzoekers in staat zich een inhoudelijk oordeel te vormen over de aanvaardbaarheid van een beroep op een afgeleid verschoningsrecht op enig onderdeel van deze stukken. (rov. 3.13)

De meeste documenten betreffen notulen van vergaderingen van leidinggevende of toezichthoudende organen van SNS Reaal c.s. en Property Finance. Die notulen zijn opgemaakt om zowel ten opzichte van de organen van de vennootschap als in het maatschappelijk verkeer schriftelijk vast te leggen wat in de desbetreffende vergaderingen is verhandeld. Van SNS Reaal c.s. kan daarom verwacht worden dat zij toelichten waarom hun met betrekking tot in deze notulen besloten liggende informatie een afgeleid verschoningsrecht toekomt. Dat laatste geldt ook waar SNS Reaal c.s. zich op een afgeleid verschoningsrecht beroepen met betrekking tot schriftelijke besluiten van de directie van SNS Bank en de correspondentie tussen SNS Reaal c.s. enerzijds en DNB en het ministerie van Financiën anderzijds. (rov. 3.14)

Dit brengt de raadsheer-commissaris ertoe bevelen te geven die ertoe strekken dat:

- SNS Reaal c.s. tegenover de onderzoekers specificeren en motiveren welke informatie uit de genoemde 104 documenten onder het bereik van een afgeleid verschoningsrecht valt en om die reden buiten het onderzoek zou moeten blijven;
- de onderzoekers aan de hand daarvan kunnen beoordelen of zij het beroep op een afgeleid

verschoningsrecht in elk van die gevallen al dan niet aanvaardbaar achten;

- de onderzoekers een geschil daarover kunnen voorleggen aan de raadsheer-commissaris door deze te verzoeken aan SNS Reaal c.s. een bevel te geven om de desbetreffende informatie alsnog "formeel" aan de onderzoekers te verstrekken;
- in welk geval de raadsheer-commissaris daarover zal beslissen nadat de onderzoekers en SNS Reaal c.s. alsmede de verschoningsgerechtigde zelf in de gelegenheid zijn gesteld zich daarover uit te laten. (rov. 3.15)

Indien SNS Reaal c.s. - of anderen die op de voet van art. 2:351 lid 1 BW verplicht zijn inlichtingen te verschaffen - in een later stadium van het onderzoek met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht aan de onderzoekers (volledige) inzage weigeren in door de onderzoekers opgevraagde stukken en zij die stukken niet "informeel" aan de onderzoekers verstrekken of hebben verstrekt, geldt het volgende. SNS Reaal c.s. - respectievelijk die anderen - dienen dan aan de onderzoekers toe te lichten - zonder dat zij de inhoud van de desbetreffende informatie hoeven prijs te geven - op grond waarvan de desbetreffende informatie onder de reikwijdte van een verschoningsrecht van een advocaat of notaris valt. De onderzoekers kunnen een geschil daarover voorleggen aan de raadsheer-commissaris door hem te verzoeken betrokkene een bevel te geven om de desbetreffende informatie alsnog aan de onderzoekers te verstrekken. In dat geval zal de raadsheer-commissaris daarover beslissen, zo nodig na kennisneming van de desbetreffende informatie en nadat de verschoningsgerechtigde zelf in de gelegenheid is gesteld zich uit te laten en zonder dat de onderzoekers inzage hebben in die informatie. (rov. 3.16)

De in 3.15 en 3.16 genoemde rol van de raadsheer-commissaris kan meebrengen dat de raadsheer-commissaris te zijner tijd geen deel zal uitmaken van de zetel van de ondernemingskamer die heeft te oordelen over een eventueel verzoek op de voet van art. 2:355 BW na deponering van het verslag. (rov. 3.17)

Mede gelet op de toezegging van SNS Reaal c.s. dat zij bevelen van de raadsheer-commissaris zullen opvolgen, is er vooralsnog geen aanleiding een dwangsom op te leggen. (rov. 3.19)

### **3. Beoordeling van de middelen in het principale beroep en in het voorwaardelijk incidentele beroep**

#### **3.1.1**

Onderdeel 1 van het middel in het principale beroep van de onderzoekers richt zich met diverse klachten tegen het oordeel van de raadsheer-commissaris dat SNS Reaal c.s. jegens de onderzoekers een beroep kunnen doen op een afgeleid verschoningsrecht (rov. 3.4-3.9). Samengevat komen deze klachten erop neer dat, gelet op de doelstellingen van de enquête en de taak en de positie van de onderzoekers, SNS Reaal c.s. aan de onderzoekers zonder voorbehoud inzage moeten geven in alle stukken die de onderzoekers nodig achten voor het uitvoeren van het bevolen onderzoek.

De onderdelen 2.1 en 2.2 richten zich tegen het in rov. 3.14-3.19 en het dictum besloten liggende oordeel van de raadsheer-commissaris dat indien met een verschoningsgerechtigde uitgewisselde informatie door een bevoegd orgaan van de rechtspersoon is opgenomen in zijn notulen en bestuursbesluiten, deze informatie nog steeds als 'toevertrouwd' heeft te gelden. Door het gegeven te notuleren of in een besluit op te nemen, houdt het op 'toevertrouwde informatie' te zijn, aldus de klachten.

Onderdeel 2.3 richt zich tegen de rechtsopvatting in de aangevallen overwegingen en het dictum dat ook informatie die is opgenomen in correspondentie tussen de vennootschap en een ander dan haar advocaat of notaris, als aan die laatste 'toevertrouwd' kan gelden.

#### **3.1.2**

Het incidentele beroep van VEB c.s. is ingesteld onder de voorwaarde dat onderdeel 1 van het middel in het

principale beroep wordt verworpen.

Onderdeel 1 van het middel in het voorwaardelijk incidentele beroep richt zich tegen het oordeel van de raadsheer-commissaris (in rov. 3.9) dat de door de onderzoekers aangevoerde omstandigheid dat bij het verkrijgen van openheid van zaken met betrekking tot de periode voorafgaande aan de nationalisatie van SNS Reaal c.s. een zwaarwichtig publiek belang bestaat, niet prevaleert boven het verschoningsrecht.

Onderdeel 2 richt zich tegen de rov. 3.15 en 3.16 van de bestreden beschikking, voor zover de raadsheer-commissaris daarin de mogelijkheid heeft opengelaten dat hij een beroep van SNS Reaal c.s. op een afgeleid verschoningsrecht honoreert, zonder dat een verschoningsgerechtigde zich terzake op een verschoningsrecht heeft beroepen. Hiermee miskent de raadsheer-commissaris dat hij een beroep op een afgeleid verschoningsrecht in geen geval kan toestaan voor zover de verschoningsgerechtigde zelf zich daarop niet beroept, aldus de klacht.

### 3.1.3

Uit het hiernavolgende zal blijken dat de voorwaarde waaronder het incidentele beroep is ingesteld, is vervuld. Het principale beroep en het voorwaardelijk incidentele beroep lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

### Plicht tot medewerking aan het onderzoek

#### 3.2.1

De raadsheer-commissaris kan op de voet van art. 2:350 lid 4 BW aanwijzingen geven over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd. Ten aanzien van de rechtspersoon waarop het onderzoek betrekking heeft, geeft art. 2:351 lid 1 BW de onderzoekers onder meer het recht tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers waarvan zij de kennisneming nodig achten voor een juiste vervulling van hun taak. De rechtspersoon en zijn (voormalige) bestuurders, commissarissen en werknemers zijn verplicht om mee te werken aan het onderzoek. Wanneer een onderzoeker inzage wordt geweigerd, kan de raadsheer-commissaris op grond van art. 2:352 lid 1 BW de bevelen geven die de omstandigheden nodig maken.

### Verschoningsrecht

#### 3.2.2

Advocaten en notarissen behoren tot de beperkte groep van personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in hun hoedanigheid wordt toevertrouwd. In verband daarmee komt hun tevens het recht toe zich te dien aanzien te verschonen van een eventuele verplichting tot het verschaffen van informatie. De grondslag van dit verschoningsrecht is een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij deze vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen is besproken om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.<sup>[4.]</sup> Dit beginsel vindt voor het burgerlijk recht onder meer uitdrukkelijk erkenning in art. 165 lid 2, onder b, en lid 3 Rv en art. 843a lid 3 Rv.

#### 3.2.3

Het hiervoor genoemde algemene rechtsbeginsel geldt ook in het verband van een onderzoek zoals bedoeld in art. 2:345 BW. In de regeling van het enquêterecht of de wetsgeschiedenis daarvan, is geen steun te vinden voor de gedachte dat het functionele verschoningsrecht in het kader van deze regeling niet geldt. Ook in het kader van een enquête komt aan advocaten en notarissen dus verschoningsrecht toe.

#### 3.2.4

Het oordeel omtrent de vraag of boeken, bescheiden of andere gegevensdragers object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken, komt in beginsel toe aan de verschoningsgerechtigde advocaat of notaris. Indien deze zich op het standpunt stelt dat het gaat om informatie waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dient dit standpunt door de onderzoekers te worden geëerbiedigd, tenzij redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.<sup>[5.]</sup> Daarbij doet niet ter zake of deze informatie zich bij de advocaat of notaris of bij de rechtspersoon bevindt.<sup>[6.]</sup>



Bij de beoordeling of het verschoningsrecht van de advocaat of notaris zich uitstrekt tot de door de onderzoekers verlangde informatie, komt het aan op de vraag of deze informatie aan de advocaat of notaris in zijn hoedanigheid is toevertrouwd. De aard van het verschoningsrecht brengt mee dat de informatie niet hoeft te worden verstrekt, en medewerking aan raadpleging en inzage daarvan dus mag worden geweigerd, zolang de raadsheer-commissaris aan redelijke twijfel onderhevig acht of die verstrekking zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven.<sup>[7.]</sup> Voor zover dat voor de beoordeling noodzakelijk is, mag de raadsheer-commissaris van de desbetreffende stukken kennisnemen.<sup>[8.]</sup>

### **Afgeleid verschoningsrecht**

#### **3.2.5**

De plicht tot geheimhouding geldt in beginsel ook voor personen die werkzaamheden voor de advocaat of notaris verrichten en aan wie uit dien hoofde iets wordt toevertrouwd. Voor zover deze informatie valt onder de reikwijdte van het verschoningsrecht van de advocaat of notaris, kunnen de bedoelde personen zich op een afgeleid verschoningsrecht beroepen. Het oordeel of voor het invoeren van het verschoningsrecht daadwerkelijk aanleiding is, komt toe aan degene van wie dit verschoningsrecht is afgeleid,<sup>[9.]</sup> in dit geval dus de advocaat of notaris.

#### **3.2.6**

De rechtspersoon die zich om advies of bijstand tot een advocaat of notaris heeft gewend, heeft zelf geen afgeleid verschoningsrecht, ook niet voor zover de rechtspersoon met de advocaat of notaris uitgewisselde vertrouwelijke gegevens onder zich heeft. Hij kan immers niet worden aangemerkt als een persoon aan wie de door hem benaderde geheimhouder vertrouwelijke gegevens heeft toevertrouwd, met als gevolg dat hem uit dien hoofde een afgeleid verschoningsrecht toekomt.<sup>[10.]</sup>

### **Recht van de rechtspersoon om inzage te weigeren**

#### **3.3.1**

Hoewel de rechtspersoon zelf zich niet op een afgeleid verschoningsrecht kan beroepen, kan hij niettemin een gerechtvaardigd belang hebben om te weigeren mee te werken aan het onderzoek, voor zover door de onderzoekers inzage wordt verlangd in informatie die hij met zijn advocaat of notaris in diens hoedanigheid heeft uitgewisseld, en waarvan de raadpleging of verstrekking niet kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat, gelet op de vertrouwens sfeer tussen de rechtspersoon enerzijds en zijn advocaat of notaris anderzijds, verborgen dient te blijven. Het belang dat een ieder de vrijheid heeft om een vertrouwenspersoon te raadplegen zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan die vertrouwenspersoon in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, zou immers onaanvaardbaar worden geschaad indien degene die een geheimhouder wil raadplegen, niet vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking zou kunnen vastleggen en bewaren hetgeen hij zelf aan de geheimhouder heeft toevertrouwd en hetgeen de geheimhouder hem heeft meegedeeld.<sup>[11.]</sup>

#### **3.3.2**

De vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie kan voor de rechtspersoon dan ook een gegronde reden opleveren om in zoverre niet te voldoen aan zijn plicht om inzage te geven in alle stukken die de onderzoekers nodig achten voor het uitvoeren van het onderzoek. Gelet op het hiervoor in 3.3.1 genoemde belang, kan de rechtspersoon zich ook op de vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie beroepen, indien de advocaat of notaris zich ter zake van deze informatie niet op een verschoningsrecht beroept.

#### **3.3.3**

Onderdeel 1 van het middel in het principale beroep gaat ervan uit dat SNS Reaal c.s. aan de onderzoekers zonder voorbehoud inzage moeten geven in alle stukken die de onderzoekers nodig achten voor het uitvoeren van het bevolen onderzoek. Daarmee berust het, gelet op hetgeen hiervoor in 3.3.1-3.3.2 is overwogen, op een onjuiste rechtsopvatting en kan het dus niet tot cassatie leiden.

Onderdeel 2 van het middel in het incidentele beroep miskent eveneens dat de rechtspersoon onder omstandigheden de onderzoekers inzage mag weigeren in met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie, ook indien de advocaat of notaris zich ter zake van deze informatie niet op een verschoningsrecht

beroept. Het kan daarom evenmin tot cassatie leiden.

#### 3.4.1

De onderzoekers moeten wel in de gelegenheid zijn om de bewering van de rechtspersoon dat de door de onderzoekers verlangde informatie zich in de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon en diens advocaat of notaris bevindt en daarom verborgen dient te blijven, te (laten) toetsen.<sup>[12.]</sup>

Indien de rechtspersoon aan de onderzoekers weigert om inzage te geven in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon wegens de vertrouwelijkheid van de daarin vervatte, met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie, zonder dat de advocaat of notaris zich ten aanzien van deze informatie op zijn verschoningsrecht heeft beroepen (zie hiervoor in 3.2.4), dient de raadsheer-commissaris, op verzoek of ambtshalve, in het kader van een eventueel te geven aanwijzing (art. 2:350 lid 4 BW) of bevel (art. 2:352 lid 1 BW), te beoordelen of de vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie voor de rechtspersoon een voldoende gewichtige reden oplevert om in zoverre niet te voldoen aan de plicht om mee te werken aan het onderzoek. Van een dergelijke gewichtige reden is, in het licht van het hiervoor in 3.3.1 genoemde belang, in beginsel sprake indien het gaat om informatie waarvan de raadpleging of verstrekking niet kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat, gelet op de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon en zijn advocaat of notaris, verborgen dient te blijven.

#### 3.4.2

Ook notulen en schriftelijk vastgelegde bestuursbesluiten kunnen met de advocaat of notaris in zijn hoedanigheid uitgewisselde informatie bevatten, waarvan de raadpleging of verstrekking niet kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat, gelet op de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon en zijn advocaat of notaris, verborgen dient te blijven. De enkele omstandigheid dat deze informatie (ook) is opgenomen of verwerkt in notulen of in schriftelijk vastgelegde bestuursbesluiten van de rechtspersoon, is niet voldoende voor de conclusie dat de informatie is onttrokken aan de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon en de verschoningsgerechtigde. De onderdelen 2.1 en 2.2 van het middel in het principale beroep falen dus.

#### 3.4.3

In het oordeel van de raadsheer-commissaris dat SNS Reaal c.s. dienen toe te lichten waarom bepaalde informatie in de correspondentie tussen SNS Reaal c.s. en De Nederlandsche Bank en het ministerie van Financiën vertrouwelijk moet blijven, ligt besloten dat ook deze correspondentie vertrouwelijke, met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie kan bevatten. Dit getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. Ook in dergelijke correspondentie kan informatie besloten liggen waarvan de raadpleging door of verstrekking aan de onderzoekers niet kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat, gelet op de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon en diens advocaat of notaris, verborgen dient te blijven. Onderdeel 2.3 van het middel in het principale beroep faalt dus ook.

#### 3.5

Onderdeel 3 van het middel in het principale beroep bouwt voort op de voorgaande onderdelen, en deelt in het lot daarvan.

#### 3.6

De klachten van onderdeel 1 van het middel in het incidentele beroep kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

### Slotsom

#### 3.7

De slotsom is dat geen van de klachten in het principale beroep en in het incidentele beroep tot cassatie kan leiden. Het principale en het incidentele beroep zullen worden verworpen.

#### 3.8

VEB c.s. hebben in hun verweerschrift in het principale beroep steun betuigd aan het standpunt van de onderzoekers en zijn dus in het principale beroep niet in het gelijk gesteld. De onderzoekers zullen daarom niet

in de proceskosten van VEB c.s. worden veroordeeld.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

*in het principale beroep:*

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt de onderzoekers in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van SNS Reaal c.s. begroot op € 882,34 aan verschotten en € 1.800 voor salaris,

*in het incidentele beroep:*

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt VEB c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van SNS Reaal c.s. begroot op € 68,07 aan verschotten en € 1.800 voor salaris.

#### Noot

**Auteur:** M.A. Verbrugh<sup>[\*]</sup>

##### 1.

Het SNS-debacle kent diverse procedures, waarvan er drie hebben geleid tot een beschikking van de Hoge Raad op 3 april 2020. In de hierboven als eerste opgenomen beschikking (*NJ* 2021/103) geeft de Hoge Raad voor het eerst een algemene maatstaf voor een niet als zodanig in de wet opgenomen concernenquête. De niet in de *NJ* gepubliceerde samenhangende zaak (18/04511) van dezelfde datum is door de Hoge Raad - naast een verwijzing naar de samenhangende beschikking - afgedaan met art. 81 RO. De derde beschikking van de Hoge Raad gaat over het (afgeleid) verschoningsrecht. Daarin erkent de Hoge Raad voor het eerst een weigeringsrecht van de rechtspersoon in enquêteonderzoeken. Ik begin deze noot met de eerste beschikking over de concernenquête.

##### 2.

Op 1 februari 2013 heeft de Minister van Financiën de aandelen in SNS Reaal onteigend. Tot die tijd werden iets minder dan de helft van de aandelen verhandeld op de beurs te Amsterdam. SNS Reaal hield ten tijde van de onteigening alle aandelen in SNS Bank en SNS Bank hield alle aandelen in Propertize Finance. De problemen binnen het SNS-concern waren met name veroorzaakt binnen deze kleindochter. De OK heeft, op verzoek van aandeelhouders in SNS Reaal, in haar beschikking een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van SNS Reaal en SNS Bank over de periode van 1 juli 2006 tot 1 februari 2013 met betrekking tot (vooral) de overname en de bedrijfsvoering van Property Finance (OK 26 juli 2018, *JOR* 2018/275). Omdat het onderzoek niet alleen is gericht op SNS Reaal, maar ook op SNS Bank, is sprake van een zogeheten concernenquête.

##### 3.

Art. 2:346 BW bevat een limitatieve opsomming van degenen die bevoegd zijn tot het indienen van een

enquêteverzoek. De in lid 1 gestelde kapitaaleis ziet op (certificaten van) aandelen die rechtstreeks worden gehouden in de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft, in dit geval SNS Reaal. De vraag die bij de Hoge Raad voorlag, is in welke omstandigheden deze aandeelhouder ook bevoegd is zo'n verzoek in te dienen ten aanzien van een andere, met deze vennootschap verbonden rechtspersoon. De Hoge Raad geeft in r.o. 3.4 van de beschikking een algemene maatstaf voor een dergelijke concernenquête. Voor het aannemen van de bevoegdheid om een concernenquête te verzoeken, is volgens de Hoge Raad vereist dat de vennootschap ten aanzien waarvan is voldaan aan de kapitaaleis van art. 2:346 lid 1 BW en de rechtspersoon waarop het enquêteverzoek mede betrekking heeft, in een groep in de zin van art. 2:24b BW met elkaar zijn verbonden. Daarnaast is vereist dat eerstgenoemde vennootschap het beleid of de gang van zaken van laatstgenoemde rechtspersoon ten aanzien van de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd, mede heeft bepaald. Veelal werd tot 3 april 2020 aangenomen dat de Hoge Raad al in de *Landis*-beschikking (HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer) een algemene maatstaf voor concernenquêtes had gegeven. Dat verklaart ook het grote belang van *Landis* in de SNS-procedure. Bij een vergelijking tussen beide beschikkingen valt op dat de maatstaf in SNS een eenvoudiger toe te passen kader biedt en meer ruimte laat voor het toewijzen van concernenquêtes. In de SNS-beschikking (r.o. 3.3) stelt de Hoge Raad expliciet dat hij in *Landis* een op het daar aan de orde zijnde geval toegespitst oordeel heeft gegeven en niet in algemene zin heeft geoordeeld over de vraag in welke omstandigheden een concernenquête mogelijk is. De vernieuwing van de SNS-beschikking zit dan ook niet zozeer in het feit dat een algemeen kader voor concernenquêtes wordt geboden, maar vooral in de inhoud daarvan.

#### 4.

Allereerst is vereist dat de vennootschappen in een groep in de zin van art. 2:24b BW met elkaar zijn verbonden. Vereist is daarmee een economische eenheid en organisatorische verbondenheid. Van dat laatste zal al snel sprake zijn binnen een concern (vgl. *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/261 en conclusie, nr. 3.53, waarbij wordt aangesloten bij het begrip dochter in art. 2:24a BW). Voor economische eenheid is centrale leiding vereist en dat begrip is minder vastomlijnd. Volgens A-G Timmerman (conclusie, nr. 3.29) is er (reeds) centrale leiding indien er sprake is van het voeren van een gemeenschappelijke strategie en het op basis hiervan plannen, coördineren en controleren van het beleid van de onderhorige groepsmaatschappijen. De vraag of van deze vooral bedrijfs(economische) werkelijkheid in een concreet geval sprake is, zal vooral door de OK als feitenrechter moeten worden beantwoord. Duidelijk lijkt wel dat het begrip centrale leiding nog ruime mogelijkheden biedt voor eigen beleid van groepsmaatschappijen. Een belangrijke vraag daarbij, die ook in de SNS-zaak speelt, is of er in dit kader sprake kan zijn van een groepsmaatschappij wanneer het verwijt wordt gemaakt dat er te weinig sprake was van centrale leiding. Ik denk dat hier in het kader van een enquêteverzoek niet te streng mee moet worden omgegaan omdat het ontbreken van voldoende centrale leiding veelal juist de oorzaak van de problemen zijn, en omdat tevens aan het tweede criterium (medebepalen, zie hieronder) moet zijn voldaan. Ik merk tot slot op dat de aanknopng bij art. 2:24b BW betekent dat ook bij aandeelhouderschap van ruim minder dan 100% een concernenquête mogelijk maakt.

#### 5.

Als tweede vereiste noemt de Hoge Raad dat eerstgenoemde vennootschap het beleid of de gang van zaken van laatstgenoemde rechtspersoon ten aanzien van de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd, mede heeft bepaald. Zie ik het goed, dan vervult deze aanvullende eis twee functies. Allereerst gaat het om een nadere inkadering van de relevante bemoeienis van de moeder, nu centrale leiding een ruim begrip is. Denkbaar is immers dat een moeder wel centrale leiding uitoefent over een groepsmaatschappij maar het specifieke beleid of de gang van zaken (in *Landis* nog 'en de gang van zaken') dat aan het enquêteverzoek ten grondslag ligt, niet mede heeft bepaald. Ten tweede zorgt deze eis ervoor dat alleen die groepsmaatschappijen in een concernenquête kunnen worden betrokken waarbij sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Die eis werd door de A-G in *Landis* reeds voorgesteld, maar daaraan is door de Hoge Raad in zijn arrest in die zaak geen (expliciet) gehoor gegeven. Dat hiervan sprake moet zijn lijkt mij evident (zie ook *Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/739). Niet



alleen is een onderzoek bij een groepsmaatschappij slechts aangewezen als daar goede redenen voor zijn, met het kunnen treffen van (onmiddellijke) voorzieningen bij een groepsmaatschappij moet niet lichtvaardig worden omgegaan. Wat betreft de woorden 'mede heeft bepaald' valt op dat de Hoge Raad, in het licht van de discussie naar aanleiding van *Landis* of en zo ja, welke ruimte een dochtermaatschappij mag hebben voor een concernenquête, veel ruimte biedt. Werd die ruimte al mogelijk geacht, dan werd er namelijk veelal van uitgegaan dat de moeder het beleid *in belangrijke mate* had bepaald, dan wel dat de groepsmaatschappij *enige* ruimte had behouden. De OK leest in *SNS Bank* (r.o. 3.14) de *Landis*-beschikking zo, dat een concernenquête mogelijk is indien SNS Bank ten opzichte van SNS Reaal enige ruimte had voor het voeren van een eigen beleid.

## 6.

SNS Reaal c.s. had een strikte lezing van *Landis* bepleit. In *Landis* merkt de Hoge Raad op dat het bij de toepassing van de concernenquête uiteindelijk vooral aankomt op de economische werkelijkheid. Die hield in dat geval in dat naar het oordeel van de OK *Landis* en haar drie 100% dochtermaatschappijen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormden en dat er wat de besturen betreft sprake was van een vrijwel volledige personele unie. In dit oordeel ligt volgens de Hoge Raad besloten dat binnen de dochtermaatschappijen geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid, en dat derhalve het beleid en de gang van zaken van die dochtermaatschappijen de belangen van VEB c.s. als aandeelhouders van *Landis* evenzeer en op gelijke wijze raakten als het beleid en de gang van zaken van *Landis* zelf (r.o. 3.3.5). Deze overwegingen hebben in de literatuur (zie de conclusie A-G voor SNS, noot 34, waaraan ik toevoeg R.P. Jager, *De concern(genoten)enquête: Naar huidig en wenselijk recht (diss. Leiden)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019) tot uiteenlopende interpretaties en vragen geleid, waarvan de belangrijkste voor de praktijk en in de SNS-zaak is of als vereiste voor een concernenquête geldt dat de dochter geen zelfstandig bestuursbeleid heeft bepaald en gevoerd. Ik wijs in dit verband ook op een wetenschappelijke bijdrage uit 2012 op persoonlijke titel van de voormalige voorzitter van de OK, P. Ingelse (*TAO* 2012, nr. 1; zie ook conclusie voor SNS, nr. 3.29 en 3.30). Nadat hij het raken-criterium uit *Landis* bekritiseert, pleit Ingelse ervoor om het zwaartepunt te leggen bij het al of niet zelfstandig bepalen en voeren van bestuursbeleid. Hij concludeert vervolgens: "Ontbreekt een zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid geheel, met andere woorden: bepaalt de moeder het bestuursbeleid van haar dochter volledig, dan is doorbraak aangewezen." Zie ik het goed, dan gaat het hier niet om een zoektocht naar de beste regeling voor een concernenquête, maar om de door Ingelse gegeven (strikte) lezing van *Landis*. Nog toen Ingelse voorzitter was, wees de OK het verzoek om een concernenquête bij Propertize (later Property Finance) af (OK 8 juli 2015, *JOR* 2015/260), terwijl de OK - in een volledig andere samenstelling - in 2018 ten aanzien van SNS Bank wel een concernenquête heeft gelast (OK 26 juli 2018, *JOR* 2018/275). Er waren tussen beide zaken ook verschillen: bij Propertize was geen sprake van een personele unie en een belangrijk verwijt van VEB c.s. was juist het ontbreken van centrale aansturing.

## 7.

De Hoge Raad heeft in de SNS-beschikking de deur voor concernenquêtes nog verder opengezet. Denkbaar is dat hiermee bij een nieuw 'Propertize-geval' ook de kleindochter kan worden meegenomen in een concernenquête, en aannemelijk lijkt ook dat in de toekomst meer concernenquêtes zullen worden toegewezen. Daarbij wordt in een praktijkbehoefte voorzien, nu er behoefte bestaat om het onderzoek tevens te richten op een problematische groepsmaatschappij en aandeelhouders van de moeder daar een belang bij hebben. De SNS-beschikking past bij de ruime interpretatie die in de afgelopen jaren is gekozen ten aanzien van de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek (zie naast SNS bijv.: HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Scheipar*); HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Butôt*); HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Chinese Workers*); en HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Slotervaartziekenhuis*)). De SNS-beschikking past daarnaast bij het door Timmerman in een recente publicatie (*MvO* 2020, nr. 5/6) beschreven toenemende belang van de

onderneming naast de vennootschap, en bijvoorbeeld bij de ruime interpretatie in de rechtspraak van medezeggenschap in concernverband. Toekomstige enquêtet procedures zullen vooral meer duidelijkheid moeten bieden over de vraag wanneer sprake is van medebepalen van de relevante groepsmaatschappij(en). In de praktijk kan er bij de aandeelhouders van een moeder tevens behoefte bestaan aan een concernenquête bij een groepsmaatschappij waarvan het beleid niet mede is bepaald door de moeder. Een (nog) verdere verruiming van art. 2:346 lijkt echter eerder een taak voor de wetgever dan voor de (hoogste) rechter.

## 8.

Ik kom nu toe aan de tweede hiervoor afgedrukte beschikking (*NJ* 2021/104, die gaat over het verschoningsrecht. Aanleiding is de weigering van SNS Reaal c.s. om (in eerste instantie) 114 documenten aan de onderzoekers in het kader van de enquête ter beschikking te stellen, met een beroep op een afgeleid verschoningsrecht. De vraag of het verschoningsrecht ook in een enquête kan worden ingeroepen en de vervolgvraag of de vennootschap zich op een 'afgeleid verschoningsrecht' kan beroepen, zijn met deze zaak voor het eerst aan de hoogste rechter voorgelegd. De Hoge Raad beantwoordt de eerste vraag bevestigend en de tweede vraag ontkennend, maar komt rechtspersonen die zijn onderworpen aan een enquêteonderzoek tegemoet door aan hen onder omstandigheden een weigeringsrecht toe te kennen.

## 9.

Evenals in de beslissing van de raadsheer-commissaris en eveneens met een verwijzing naar de *Notaris Maas*-beschikking uit 1985, staat voor de Hoge Raad een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel als grondslag voor het verschoningsrecht centraal. Dat beginsel brengt mee dat bij deze vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen is besproken om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden (r.o. 3.2.2). Onderzoekers hadden zich op het standpunt gesteld dat voor toepassing van het verschoningsrecht een expliciete regeling in de enquêteregeling moet zijn opgenomen, zoals ook in enkele andere wettelijke regelingen het geval is. Waar volgens de A-G uit een algemeen rechtsbeginsel volgt dat juist de uitzondering in de wet of wetsgeschiedenis moet zijn opgenomen, volstaat de Hoge Raad met de opmerking dat in de regeling van het enquêterecht of de wetsgeschiedenis daarvan, geen steun is te vinden voor de gedachte dat het functionele verschoningsrecht in het kader van deze regeling niet geldt. Daarmee komt ook in het kader van een enquête aan advocaten en notarissen verschoningsrecht toe. Het gaat daarbij om informatie die aan de advocaat of notaris in zijn hoedanigheid is toevertrouwd. Gezien het belang van het verschoningsrecht en de brede toepassing daarvan buiten het enquêterecht, komt deze uitkomst voor mij niet als een verrassing (Doorenbos, *JOR* 2020/38, spreekt van een 'no brainer'). Zie voor literatuur bijv. P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht* (diss. RUG), Kluwer: Deventer 2004, p. 162. Anders dan de raadsheer-commissaris, verbindt de Hoge Raad (r.o. 3.2.6) daaraan niet de conclusie dat aan SNS Reaal c.s. een afgeleid verschoningsrecht toekomt. Hij volstaat met de opmerking dat de rechtspersoon immers niet kan worden aangemerkt als een persoon aan wie de door hem benaderde geheimhouder vertrouwelijke gegevens heeft toevertrouwd. Gelukkig voor de rechtspersoon, oordeelt de Hoge Raad, in navolging van de A-G, vervolgens (r.o. 3.3.1) dat de rechtspersoon niettemin een gerechtvaardigd belang kan hebben om te weigeren mee te werken aan het onderzoek. Het weigeringsrecht voor rechtspersonen die zijn onderworpen aan een enquêteonderzoek is de belangrijkste vernieuwing die deze beschikking brengt.

## 10.

Ter motivering van een gerechtvaardigd weigeringsrecht voor de rechtspersoon gebruikt de Hoge Raad dezelfde gronden als bij het verschoningsrecht, met in de kern het belang dat een ieder de vrijheid heeft om een vertrouwenspersoon te raadplegen zonder vrees voor openbaarmaking. Een belangrijke vraag daarbij was of voor de inroeping van dit recht door de rechtspersoon is vereist dat de verschoningsgerechtigde advocaat

een beroep op het verschoningsrecht heeft gedaan. Die vraag beantwoordt de Hoge Raad ontkennend. De rechtspersoon kan zich namelijk ook op de vertrouwelijkheid van de met de advocaat of notaris uitgewisselde informatie beroepen, indien de advocaat of notaris zich ter zake van deze informatie niet op een verschoningsrecht beroept (r.o. 3.3.2). Dit oordeel onderstreept het belang van de cliënt bij vertrouwelijkheid en het biedt wat meer flexibiliteit aan de raadsheer-commissaris.

## 11.

De onderzoekers moeten volgens de Hoge Raad wel in de gelegenheid zijn om de bewering van de rechtspersoon dat de informatie zich in de vertrouwenssfeer bevindt en daarom verborgen dient te blijven, te (laten) toetsen (zie de eerste zin van r.o. 3.4.1). Volgens Doorenbos (*JOR* 2020/38) biedt deze overweging op het eerste gezicht ruimte voor het betoog dat de onderzoekers de informatie wel eerst moeten zien, alvorens te kunnen oordelen over 'de bewering' van de rechtspersoon. Hij voegt daaraan toe dat uitgangspunt zou moeten zijn dat onderzoekers het standpunt van de rechtspersoon, indien en voor zover zij dat evident onjuist achten, steeds laten toetsen door de raadsheer-commissaris. M.i. maken de overwegingen in 3.4.1 gezamenlijk duidelijk dat de Hoge Raad het door Doorenbos bepleite uitgangspunt ook voor ogen heeft. Het gaat daarbij dan om een niet-inhoudelijke toetsing door de onderzoekers, bijvoorbeeld door navraag te doen bij de verschoningsgerechtigde of de informatie zich in de vertrouwenssfeer bevindt (vgl. de verwijzing van de Hoge Raad in voetnoot 12 en de beschikking van de raadsheer-commissaris, r.o. 3.12).

## 12.

In de overweging die in r.o. 3.4.1 volgt na de eerste zin, gaat het om de situatie dat de advocaat of notaris zich ten aanzien van deze informatie niet op zijn verschoningsrecht heeft beroepen. In dat geval dient de raadsheer-commissaris, op verzoek of ambtshalve, in het kader van een eventueel te geven aanwijzing of bevel, te beoordelen of deze informatie voor de rechtspersoon een voldoende gewichtige reden oplevert om in zoverre niet te voldoen aan de plicht om mee te werken aan het onderzoek. Van een dergelijke gewichtige reden is in beginsel sprake indien het gaat om informatie waarvan de raadpleging of verstrekking niet kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat, gelet op de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon en zijn advocaat of notaris, verborgen dient te blijven. Deze laatste overweging is in iets andere woorden tevens te vinden onder het kopje 'Verschoningsrecht' (zie r.o. 3.2.4; daarmee geldt m.i. dan ook in beginsel dezelfde reikwijdte van de toets als bij het verschoningsrecht; zie over deze vraag ook, Doorenbos, *JOR* 2020/38, en Broere, *MvO* 2020, nr. 5/6, p. 186). Maar daarbij ontbreekt in dit onderdeel 'in beginsel' en mag de informatie worden geweigerd 'zolang de raadsheer-commissaris aan redelijke twijfel onderhevig acht of (...) wat verborgen dient te blijven.' Anders dan bij het weigeringsrecht, heeft de Hoge Raad bij het verschoningsrecht toegevoegd: 'Voor zover dat voor de beoordeling noodzakelijk is, mag de raadsheer-commissaris van de desbetreffende stukken kennisnemen'. Ik begrijp dit onderscheid zo, dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat de raadsheer-commissaris als hij een weigering moet toetsen (zonder dat de verschoningsgerechtigde zich op het verschoningsrecht beroept) in alle gevallen kennis zal kunnen nemen van de stukken, met als achtergrond dat een grotere terughoudendheid moet gelden bij het verschoningsrecht dan bij het weigeringsrecht. Gezien het verschil in status en ervaring met het verschoningsrecht van verschoningsgerechtigden en rechtspersonen die onderhevig zijn aan een enquêteonderzoek, lijkt mij dit onderscheid juist. In die zin kan de rechtspersoon er belang bij hebben dat de advocaat of notaris zich wel op het verschoningsrecht beroept.

## 13.

Over de rol in het vervolg van de procedure van de raadsheer-commissaris na het inzien van informatie die naar aanleiding van de toets vertrouwelijk moet blijven, laat de Hoge Raad zich niet uit. In de literatuur wordt aangenomen dat de rechter die kennis heeft genomen van informatie die vertrouwelijk moet blijven, moet worden vervangen door een andere rechter (zie conclusie, nr. 2.15 en 2.28). De raadsheer-commissaris heeft het belang daarvan voor art. 2:355 in de SNS-zaak expliciet benoemd (zie Beschikking, r.o. 3.17). Hoewel

onderzoekers niet verplicht zijn een weigering te laten toetsen, zal dat met het erkende weigeringsrecht vermoedelijk vaker voorkomen. Ik sluit zeker niet uit dat dit onderwerp nog eens aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd.

#### 14.

Het weigeringsrecht kan zich ook uitstrekken tot notulen en schriftelijk vastgelegde bestuursbesluiten (r.o. 3.4.2). In de praktijk zullen notulen in de regel voor openbaarmaking in aanmerking komen omdat deze in de meeste gevallen geen informatie bevatten die onder het verschoningsrecht valt. Voor bestuursbesluiten (zelf) is een weigeringsrecht moeilijk denkbaar en zal het gaan om achterliggende documenten (vgl. conclusie, nr. 2.37). Zo zijn besluiten vatbaar voor vernietiging (art. 2:15 BW). In toekomstige enquêteprocedures is in dat kader tevens denkbaar dat discussie bestaat over de vraag of sprake is van een besluit van de rechtspersoon of niet, nu de juridische duiding van bestuurshandelingen in de praktijk weerbarstig kan zijn.

#### 15.

Vóór de beschikking van de Hoge Raad tot het verschoningsrecht in enquêteprocedures bleek de praktijk met dit onderwerp uit de voeten te kunnen, zoals ook de onderlinge afspraken tussen de onderzoekers en SNS Reaal c.s. in eerste instantie laten zien. Omdat uit de praktijkoplossingen blijkt dat de uitkomsten verschillend kunnen uitpakken, is het niettemin goed dat de Hoge Raad nu helderheid heeft kunnen verschaffen. De beschikking doet recht aan het feit dat het uiteindelijk gaat om vertrouwelijke informatie over de cliënt. Er geldt geen direct verband, maar vanuit een ruimer gezichtspunt bezien kan worden gewezen op het sterk toegenomen belang van gegevensbescherming (van natuurlijke personen), zoals met name in de AVG is opgenomen. Of er vaak een beroep op het weigeringsrecht zal worden gedaan, zal moeten blijken, maar ik verwacht over het algemeen geen (grote) problemen voor enquêteonderzoeken (zie kritisch, Broere, *MvO* 2020, nr. 5/6, met een reactie en naschrift in nr. 8/9).

#### 16.

Met deze beide SNS-beschikkingen over het enquêterecht heeft de Hoge Raad voor de praktijk meer duidelijkheid geboden over twee belangrijke onderwerpen. Hoewel beide beschikkingen ongetwijfeld nieuwe, dan wel nadere vragen oproepen, geven zij goed werkbare kaders en komen tegemoet aan de veelzijdige casuïstiek van het enquêterecht.

---

#### Voetnoten

[9.] Cursivering toegevoegd.

[10.] Vgl. oordeel Raadsheer-commissaris in de zaak HR 20 november 2009 (*QWest*), *NJ* 2011/212, ECLI:NL:HR:2009:BJ7322, rov. 2.2-2.3.

[11.] OK 15 februari 2013 (*Van der Moolen*), *JOR* 2013/102, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, rov. 6.4.5.

[12.] Pleitnota Onderzoekers 35-36.

[13.] *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/185 en 290.

[14.] Brief van de Onderzoekers van 7 februari 2019 § 24 onder a t/m e.

[15.] HR 10 januari 1990 (*OGEM II*), *NJ* 1990/466, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234; Pleitnota Onderzoekers § 28.



- [16.] Bundel NV en BV, p. IXa-8, woorden van gelijke strekking zijn opgenomen in de memorie van toelichting bij de herziening van het enquêterecht, [Kamerstukken II 1968/69, 9596, nr. 3](#), p. 1.
- [17.] Cursivering toegevoegd.
- [18.] [Kamerstukken II 2010-2011, 32 887, nr. 3](#), p. 1.
- [19.] HR 27 september 2000 (*Gucc*), *JOR* 2000/217, ECLI:NL:HR:2000:AA7245.
- [20.] Brief van de Onderzoekers van 7 februari 2019 § 24 onder f en g.
- [21.] [Kamerstukken II 2010-2011, 32 887, nr. 3](#), p. 24.
- [22.] De in onderdeel 1.1 sub h genoemde wetsartikelen bevatten steeds ook de algemene informatieplicht. Alleen art. 53a AWR maakt een uitzondering op de in de artt. 47-53 AWR geformuleerde Informatieplichten.
- [23.] Brief van VEB van 25 januari 2019, p. 1, 2<sup>e</sup> alinea.
- [24.] Brief van de Onderzoekers van 7 februari 2019, § 24 onder h t/m k.
- [25.] Veenstra, in: *GS Rechtspersonen*, commentaar op afd. 2.2 BW, aant. 1.6.3-1.6.4.1.
- [26.] H.J. de Kraker, noot onder HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2740, *OR-Updates* 2016/0313.
- [27.] Pleitnota Onderzoekers § 34.
- [28.] Brief van de Onderzoekers van 7 februari 2019 § 24 onder m t/m q: deze.
- [29.] Pleitnota VEB 11.
- [30.] Pleitnota Onderzoekers 39; HR 30 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW0130 (cursief toegevoegd).
- [31.] Pleitnota Onderzoekers 35.
- [32.] OK 15 februari 2013 (*Van der Moolen*), *JOR* 2013/102, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, rov. 6.4.5 en par. 3-5 van de noot van Strik. Idem: Van der Heijden en Van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap*, Deventer: 2013, p. 451-452; Asser/Maeijer, *Van Solinge en Nieuwe Weme, 2-II\** 2009/361.
- [33.] Pleitnota Onderzoekers 36 en voetnoot 5: Reglement voor de statutaire directie van De Volksbank N.V., 23 november 2017, <https://www.devолksbank.nl/corporate-governance/statuten-en-reglementen> html.
- [34.] Pleitnota Onderzoekers 37 en voetnoot 6: 'Zie ook art. 2.6.7: De Secretaris is verantwoordelijk voor de notulen van de vergadering van de Directie. Bij afwezigheid van de Secretaris wijst de voorzitter van de Directie een notulist aan. De notulen worden (in concept) verspreid onder de leden van de Directie en in de eerstvolgende vergadering van de Directie vastgesteld. Indien alle leden van de Directie instemmen met de inhoud van de concept notulen kan vaststelling daarvan ook eerder plaatsvinden. De Secretaris is bevoegd om extracten uit de notulen van de vergadering van de Directie te verstrekken.'
- [35.] Pleitnota Onderzoekers 38.
- [36.] Pleitnota Onderzoekers 47 en voetnoot 13: Brief van SNS van 1 februari 2019, Bijlage III, p. 11 (Informatieverstrekking II, nr. 9) en p. 12 (Informatieverstrekking III, nr. 45).
- [37.] Pleitnota Onderzoekers § 28.
- [38.] Pleitnota Onderzoekers § 25.

- [39.] HR 27 september 2000, *JOR* 2000/217 (*Gucci*), ECLI:NL:HR:2000:AA7245; Pleitnota Onderzoekers § 29.
- [40.] Brief van de Onderzoekers van 7 februari 2019 § 27.
- [41.] Pleitnota Onderzoekers 40.
- [42.] Beschikking OK 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, *JOR* 2018/275, rov. 3.133 sub a.
- [43.] Beschikking OK 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, *JOR* 2018/275, rov. 3.133-134.
- [44.] Beschikking OK 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, *JOR* 2018/275, rov. 3.133 sub a.
- [45.] Aanvullend verzoek van de Onderzoekers van 30 januari 2019 § 9.
- [46.] Pleitnota VEB 9.
- [47.] Aanvullend verzoek van de Onderzoekers van 30 januari 2019 § 6.b; Pleitnota VEB 8.
- [48.] Aanvullend verzoek van de Onderzoekers van 30 januari 2019 § 4.
- [49.] Brief van VEB van 25 januari 2019, p. 1, 2<sup>e</sup> alinea.
- [1.] HR 11 april 2014, *NJ* 2014/296 m.nt. Van Schilfgaarde.
- [2.] HR 4 november 2016, *NJ* 2017/74 m.nt. Van Schilfgaarde.
- [3.] Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651.
- [4.] Zaak 18/04511.
- [5.] Hof Amsterdam (OK) 21 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3563.
- [6.] NRC Handelsblad, 6 juni 2019, Advocaten Shell en Damen gebruiken verschoningsrecht voor stagnatie onderzoek.
- [7.] Zie <https://www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@106029/fiod-willen/>.
- [8.] Rov. 2.2 van de in voetnoot 10 genoemde beschikking.
- [9.] Rov. 2.3 van de in voetnoot 10 genoemde beschikking.
- [10.] Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1813.
- [11.] R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, diss. Kluwer 2017, p. 26 en 27.
- [12.] HvD 5 februari 2018, ECLI:NL:TAHVD:2018:19.
- [13.] Zie nr. 4.8 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties die de Ondernemingskamer heeft opgesteld, te raadplegen via [www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Aandachtspunten-aanbevelingen-en-suggesties-voor-onderzoekers.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Aandachtspunten-aanbevelingen-en-suggesties-voor-onderzoekers.pdf). Zie ook Hermans, a.w., p. 592, die er onder meer op wijst dat de onderzoekers zich ook specifiek kunnen uitlaten over de wenselijkheid om ook de bijlagen bij het verslag voor eenieder ter inzage te leggen.
- [14.] [Kamerstukken II, 2017-2018, 34 808, 3](#), p. 61 onder R.
- [15.] HR 30 mei 2006, *NJ* 2006/317.

- [16.] HR 26 januari 2016, *NJ* 2016/163.
- [17.] HR 25 september 1992, *NJ* 1993/467 m.nt. HJS.
- [18.] HR 11 maart 1994, *NJ* 1995/3 m.nt. HJS.
- [19.] [Kamerstukken I, 2007/2008, 31237](#) en 31238, C, p. 7. Zie ook [Kamerstukken I, 2007/2008, 31237](#) en 31238, E, p. 4 en 5.
- [20.] Aangangsel van de *Handelingen II*, 2014/2015, 2098.
- [21.] Rov. 3.19.
- [22.] Brief van de Onderzoekers aan de raadsheer-commissaris van 30 januari 2019, nr. 6 achter d.
- [23.] HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/273 m.nt. Knigge (die opmerkt dat ook zeer uitzonderlijke omstandigheden de neiging hebben zich te vermenigvuldigen), HR 9 mei 2006, *NJ* 2006/622 m.nt. De Boer.
- [1.] De feiten en het procesverloop zijn grotendeels ontleend aan rov. 1.3-1.13 en 2.1-2.7 van de bestreden beschikking, Hof Amsterdam (raadsheer-commissaris ondernemingskamer) 26 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:644, ARO 2019/87, RO 2019/29, JOR 2019/132 m.nt. S.R. van Breukelen.
- [2.] Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, *JOR* 2018/275 m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41 m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184 m.nt. P. Haas.
- [3.] ECLI:NL:PHR:2019:1059 en ECLI:NL:PHR:2019:1058.
- [4.] Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 2 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2716, ARO 2018/179.
- [5.] Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 21 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3563, ARO 2018/193, *JOR* 2019/7 m.nt. P.H.M. Broere.
- [6.] In de schadeloosstellingsprocedure heeft de minister van Financiën de ondernemingskamer verzocht de schadeloosstelling voor de rechthebbenden ten aanzien van de bij het besluit van de minister op 1 februari 2013 op grond van de hem in deel 6 van de Wft (de Interventiewet) gegeven bevoegdheid onteigende effecten en vermogensbestanddelen van SNS Reaal c.s. vast te stellen in overeenstemming met zijn aanbod (nihil voor alle onteigende effecten en vermogensbestanddelen). Na cassatieberoep tegen de eerste beschikking van de ondernemingskamer op dit verzoek van 11 juli 2013 heeft de ondernemingskamer bij beschikking van 26 februari 2016 een onderzoek bevolen door drie deskundigen, onder wie Jansen Schoonhoven, ter beantwoording van de vraag naar de werkelijke waarde van de onteigende effecten en vermogensbestanddelen. Zie Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *JOR* 2013/250 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2013/110 m.nt. H. Beckman, *JIN* 2013/157 m.nt. G.C. Vergouwen, vernietigd door HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661 (met mijn conclusie ECLI:NL:PHR:2014:1825), *NJ* 2015/361 m.nt. P. van Schilfgaarde & J.W. Winter, *JOR* 2015/140 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2015/97 m.nt. H. Beckman, *AB* 2016/343 m.nt. G.A. van der Veen, *JIN* 2015/82 m.nt. J. van der Kraan, *JIN* 2015/83 m.nt. E. Baghery, en na cassatie en terugwijzing Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 26 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:594, *JOR* 2016/98 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *JIN* 2016/81 m.nt. Van Hellenberg Hubar.
- [7.] Hof Amsterdam (raadsheer-commissaris ondernemingskamer) 26 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:644, ARO 2019/87, RO 2019/29, JOR 2019/132 m.nt. S.R. van Breukelen. De beschikking van de raadsheer-commissaris wordt ook besproken door H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht. Tussen verfijning en bescherming', *NJB* 2019/830, p. 1081, H.J. ter Meulen, E.M. Soerjatin & J.A.I. Verheul, 'Kroniek enquêterecht 2018', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 157, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 78 (hierna: Ter Meulen, Soerjatin & Overheul 2019) en B. Winters, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, art. 2:351 BW, aant. C.4.1 (actueel t/m 1 juni 2019).

[8.] Binnen de driemaandentermijn van art. 426 lid 1 Rv.

[9.] Hof Amsterdam (raadsheer-commissaris ondernemingskamer) 4 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1813, ARO 2019/126, *JOR* 2019/218 m.nt. Y. Borrius.

[10.] Zie ook [Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3](#), p. 38.

[11.] Art. I onderdeel E van de Wet van 18 juni 2012, *Stb.* 2012, 274. De wet is in werking getreden op 1 januari 2013, *Stb.* 2012, 305.

[12.] Art. I onderdeel G van de Wet van 18 juni 2012.

[13.] [Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3](#), p. 38.

[14.] Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, *JOR* 2018/275 m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41 m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184 m.nt. P. Haas, rov. 4.

[15.] [Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 20](#), p. 1-2 (Gewijzigd amendement Van der Steur). Zie hierover ook A.F.J.A. Leijten & M.P. Nieuwe Weme, 'Het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, Deventer: Kluwer 2012, p. 158-189 (hierna: Leijten & Nieuwe Weme 2012) en R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 145, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 514 (hierna: Hermans 2017).

[16.] Zie over deze wetsgeschiedenis ook onder 3.3-3.6 van mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2009:BJ7322) voor HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7322, *NJ* 2011/212 m.nt. W.J.M. van Veen, *JOR* 2010/8 m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/29 m.nt. P.G.F.A. Geerts (*KPNQwest*). Zie voorts P.G.F.A. Geerts, *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2010, art. 2:352 BW, aant. 1 (bijgewerkt t/m 1 februari 2010) en Hermans 2017, p. 285.

[17.] HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7322, *NJ* 2011/212 m.nt. W.J.M. van Veen, *JOR* 2010/8 m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2010/29 m.nt. P.G.F.A. Geerts (*KPNQwest*), rov. 3.4. Zie ook onder 3.7-3.9 van mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2009:BJ7322) voor de *KPNQwest*-beschikking.

[18.] Zie bijv. B.F. Assink/WJ. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 2), Deventer: Kluwer 2013, § 92.5, p. 1709, P.G.F.A. Geerts, *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2010, art. 2:352 BW, aant. 2 (bijgewerkt t/m 1 februari 2010), Hermans 2017, p. 290, E.M. Soerjatin, 'De raadsheer-commissaris in actie in het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2017/2, p. 7 en P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: BJU 2018, p. 237 (hierna: Storm 2018). Zie voorts Verheggen, die ervoor pleit eveneens cassatieberoep open te stellen voor beschikkingen van de raadsheer-commissaris op de voet van art. 2:350 lid 4 BW. R. Verheggen, 'Ervaringen met de raadsheer-commissaris in het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2017/94, p. 528 (hierna: Verheggen 2017), ook opgenomen in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 152, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 475 (hierna: Verheggen 2018). Vgl. verder Leijten & Nieuwe Weme 2012, p. 159.

[19.] Vgl. HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, *NJ* 2003/486 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2003/161 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2003, 37 m.nt. P.D. Olden & C.C. Borgart (*Scheipar*), rov. 3.8. Evenzo Hermans 2017, p. 286.

[20.] Zie bijv. ook P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 46, Deventer: Kluwer 2004, p. 160 (hierna: Geerts 2004).

[21.] Zie bijv. *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/255, met verwijzingen.

[22.] Zie rov. 1.5 van de bestreden beschikking (zie ook onder 1.9 hiervoor).



[23.] Zie rov. 1.13 van de bestreden beschikking (zie ook onder 1.15 hiervoor) en voorts de pleitnota zijdens VEB c.s.

[24.] Cassatieverzoekschrift, onder V.

[25.] Verweerschrift in cassatie, onder 53.

[26.] HR 27 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7245, NJ 2000/653, JOR 2000/217 m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2000/55 m.nt. S.M Bartman (*Gucci*), rov. 4.2. Zie ook HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, NJ 1997/671 m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 1997/82 m.nt. F.J.P van den Ingh, *TVVS* 1997, 135 m.nt. P. van der Vlis (*Text Lite*), rov. 4.1.1. Zie verder [Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3](#), p. 23.

[27.] Zie bijv. J.M. Blanco Fernández, M. Holtzer & G. van Solinge, *Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 78, Deventer: Kluwer 2004, p. 25 (hierna: Blanco Fernández, Holtzer & Van Solinge 2004).

[28.] Aldus Hermans 2017, p. 35 en p. 375. Vgl. ook J.M. Blanco Fernández, Boekbespreking Hermans 2017, *Ondernemingsrecht* 2019/153, p. 857 (hierna: Blanco Fernández 2019).

[29.] Vgl. hierover L.P. van den Blink, 'Enige ervaringen van een enquêteur', in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 60 (hierna: Van den Blink 2010).

[30.] Zie bijv. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1403, NJ 2014/358 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2014/261 m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Greenchoice*), rov. 3.5.2.

[31.] [Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3](#), p. 38.

[32.] Zie bijv. Geerts 2004, p. 140, met verdere verwijzingen.

[33.] Zie over dit orgaanbegrip bijv. *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/186 en Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, *Van de BV en de NV* 2017/3.

[34.] Zie bijv. Blanco Fernández, Holtzer & Van Solinge 2004, p. 25 en *Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/775. Zie over de taak van de onderzoekers ook onder 3.3-3.7 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2014:287) voor de *Greenchoice*-beschikking.

[35.] L. Timmerman & D.M. Thierry, 'De onderzoeker in het vennootschappelijke enquêterecht', *TREMA* 2004, p. 217, met verwijzingen (hierna: Timmerman & Thierry 2004).

[36.] Aldus ook HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1403, NJ 2014/358 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2014/261 m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Greenchoice*), rov. 3.5.2. Zie ook onder 3.5 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2014:287) voor de *Greenchoice*-beschikking, met verwijzing naar *Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/774. Vgl. 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 deel 72, Deventer: Kluwer 2003, p. 134 (hierna: Hermans 2003).

[37.] Zie ook art. 2:351 lid 2 BW met betrekking tot nauw verbonden rechtspersonen, waaronder in dit geval Property Finance.

[38.] Zie over de mogelijkheden tot het opleggen van een dwangsom in dit verband bijv. ook Geerts 2004, p. 160 en Hermans 2017, p. 289. In de onderhavige beschikking is het verzoek van VEB c.s. tot het opleggen van een dwangsom overigens afgewezen (rov. 3.19).

[39.] Vgl. HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/466 m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1990, p.

127 e.v. m.nt. Th.S. IJsselmuiden (*Ogem*). Zie ook HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210, *NJ* 2007/293 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/238 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111 m.nt. P.G.F.A Geerts (*ATR Leasing*), rov. 4.4.

[40.] Zie recent HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1104, *NJ* 2019/394 m.nt. G. van Solinge (*Aqualectra*), rov. 3.4.6. Zie bijv. ook *Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/729.

[41.] Zie ook HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210, *NJ* 2007/293 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2007/238 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2007/111 m.nt. P.G.F.A Geerts (*ATR Leasing*), rov. 4.4.

[42.] Hermans 2017, p. 10-14. Zie over dat onderscheid ook Hermans 2003, p. 115-119 en in navolging daarvan bijv. Geerts 2004, p. 14-16, Timmerman & Thierry 2004, p. 216 en *Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/729.

[43.] Zie ook Blanco Fernández 2019, p. 855.

[44.] HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, *NJ* 1990/466 m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1990, p. 127 e.v. m.nt. Th.S. IJsselmuiden (*Ogem*). Zie voor deze wetsgeschiedenis ook onder 3 van de conclusie van A-G Mok (ECLI:NL:PHR:1990:AC1234) voor de *Ogem*-beschikking en onder 4.2-4.16 van mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2009:BD5516) voor HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5516, *NJ* 2011/210 m.nt. W.J.M. van Veen, *JOR* 2009/192 m.nt. J.J.M. van Mierlo onder *JOR* 2009/193, *Ondernemingsrecht* 2009, 118 m.nt. P.M. Storm (*KPNQwest*).

[45.] Zie rov. 3.5 van de bestreden beschikking. Zie ook Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, *JOR* 2018/275 m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2019/41 m.nt. F. Eikelboom, *JIN* 2018/184 m.nt. P. Haas, rov. 3.117 en 3.122. Zie verder mijn conclusie in de samenhangende zaak aanhangig onder nummer 18/04511, ECLI:NL:PHR:2019:1058, onder 3.25.

[46.] Zie over dat spanningsveld in het enquêterecht bijv. ook A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 91, Deventer: Kluwer 2012, p. 243-244 (hierna: Schild 2012). Zie meer algemeen voor de civiele procedure over het spanningsveld tussen waarheidsvinding en andere belangen R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011 (hierna: De Bock 2011).

[47.] Zie bijv. ook Timmerman & Thierry 2004, p. 218: “het gaat in de onderzoeksfase meer om de feiten dan om het recht”.

[48.] [Kamerstukken II 2011/12, 32887, nr. 6](#), p. 30.

[49.] Zie bijv. EHRM 19 maart 2002, ECLI:NL:XX:2002:AG8133, *JOR* 2002/127 m.nt. H.J. de Kluiver, *Ondernemingsrecht* 2002/32 m.nt. P.G.F.A Geerts (*Text Lite*) en HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, *NJ* 1990/466 m.nt. J.M.M. Maeijer, *TVVS* 1990, p. 127 e.v. m.nt. Th.S. IJsselmuiden (*Ogem*), rov. 6.1.

[50.] Zie hierover uitgebreid Schild 2012, p. 246-252 en Hermans 2017, p. 337-349, met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.

[51.] Zie bijv. ook G. van Solinge, ‘Van wanbeleid naar aansprakelijkheid’, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 499-500 (hierna: Van Solinge 2017), die spreekt van “juridisering”.

[52.] Zie voor een handzaam overzicht van deze ontwikkeling in chronologische volgorde Storm 2018, p. 245-254.

- [53.] Zie hierover bijv. ook onder 3.2-3.4 van mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:364) voor HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279, *NJ* 2019/335, *JOR* 2019/273 m.nt. R.M. Hermans, *Ondernemingsrecht* 2019/165 m.nt. P.H.M. Broere (*Xeikon*).
- [54.] Zie ook Timmerman & Thierry 2004, p. 216 en p. 219. Evenzo Van Solinge 2017, p. 500. Zie voorts W.G. van Hassel, 'De enquête: een juridisch niemandsland?', K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 147.
- [55.] Aldus voormalig raadsheer-plaatsvervanger en later ook onderzoeker bij de ondernemingskamer Van den Blink 2010, p. 61.
- [56.] Hof Amsterdam (raadsheer-commissaris ondernemingskamer) 23 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1499, *ARO* 2015/124, *JIN* 2015/131 m.nt. E.A. van de Kuilen & J.J.H. Smetsers (*Xeikon*), rov. 2.9.
- [57.] EHRM 17 december 1996, ECLI:XX:1996:ZB6862, *NJ* 1997/699 m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254 m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders*).
- [58.] O.L.O. de Witt Wijnen, 'Bewijsvoering in vennootschappelijke procedures', in: P. van Schilfgaarde e.a., *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 26, Deventer: Kluwer 1997, p. 111-112.
- [59.] Zie voor rechtspraak met name HR 28 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3656, *NJ* 2002/104 m.nt. D.W.F. Verkade (*Hooters*), rov. 3.5. Zie ook onder 2.19 van de conclusie van A-G Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2001:ZC3656) voor de *Hooters*-uitspraak, met verdere verwijzingen. Zie in reactie op De Witt Wijnen reeds J.M.M. Maeijer en W.D.H. Asser, kenbaar uit het discussieverslag in P. van Schilfgaarde, e.a., *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 26, Deventer: Kluwer 1997, p. 205 en het congresverslag van P.M.M. van der Grinten & M.J. Kroeze, 'Het congres 'Rechtspleging in het ondernemingsrecht'', *TVVS* 1997/3, p. 12-13. Zie verder bijv. Geerts 2004, p. 162-163, Timmerman & Thierry 2004, p. 218 en Hermans 2017, p. 348-349. Zie over de beperkte reikwijdte van het *nemo tenetur*-verschoningsrecht ook F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss. Maastricht), Maastricht: Uitgeverij Gianni 2004, p. 162-163 (hierna: Fernhout 2004). Het *nemo tenetur*-verschoningsrecht zou onder omstandigheden wel een rol kunnen spelen bij samenloop met een strafrechtelijk onderzoek. Zie daarover bijv. Hermans 2017, p. 281-282.
- [60.] Zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435 m.nt. J.W. Zwemmer, *BNB* 2014/101 m.nt. J.A.R. van Eijnsden, *JOR* 2013/339 m.nt. S.M.C. Nuyten, *AB* 2013/343 m.nt. R. Stijnen. Zie hierover bijv. ook onder 10.21-10.28 van de conclusie van A-G Wattel (ECLI:NL:PHR:2013:CA1396) voor HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1042, *NJ* 2013/559 m.nt. J.W. Zwemmer, *BNB* 2014/205 m.nt. J.A.R. van Eijnsden.
- [61.] Aldus ook Van den Blink 2010, p. 59.
- [62.] Zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435 m.nt. J.W. Zwemmer, *BNB* 2014/101 m.nt. J.A.R. van Eijnsden, *JOR* 2013/339 m.nt. S.M.C. Nuyten, *AB* 2013/343 m.nt. R. Stijnen, rov. 3.9.
- [63.] Zie over deze wetsgeschiedenis ook P.G.F.A. Geerts, *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2010, art. 2:351 BW, aant. 1 (bijgewerkt t/m 1 februari 2010) en Hermans 2017, p. 261.
- [64.] [Kamerstukken II 1909/10, 217, nr. 3](#), p. 42.
- [65.] Zie bijv. Verheggen 2017, p. 525 en Verheggen 2018, p. 468-469.
- [66.] *Stb.* 1970, 411.
- [67.] [Kamerstukken II 1968/69, 9595, 9596](#), nr. 5, p. 20.

[68.] [Kamerstukken II 1968/69, 9595, 9596](#), nr. 6, p. 16. Zie hierover ook Hermans 2017, p. 278.

[69.] Zie over het onderscheid tussen verschoningsrecht en beroepsgeheim R.H. de Bock, 'Laat de verschoningsgerechtigde niet langer rechter in eigen zaak zijn', in: G. van Dijck e.a. (red.), *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, Deventer: Kluwer 2013, p. 158-159 (hierna: De Bock 2013): "Verschoningsrecht en beroepsgeheim lopen niet synchroon. Het verschoningsrecht is geen doel op zich, maar een *middel* voor de beroepsbeoefenaar om zijn beroepsgeheim gestand te doen. Hiermee is het verschoningsrecht functioneel ten opzichte van het beroepsgeheim en heeft het een daarvan afgeleide positie [curs. in origineel, voetnoten verwijderd, A-G]."

[70.] *Stb.* 1993, 597.

[71.] *Aanvullend advies wijziging enquêterecht*, SER-uitgave 89/21, p. 16.

[72.] [Kamerstukken II 1991/92, 22400, nr. 3](#), p. 7-8 en p. 16. Zie hierover bijv. ook Hermans 2017, p. 291.

[73.] Zie bijv. Geerts 2004, p. 163, P.G.F.A. Geerts, *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2010, art. 2:352a BW, aant. 5 (bijgewerkt t/m 1 februari 2010) en *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/786. J.M.M. Maeijer zat de Commissie Wijziging Enquêterecht, die het SER-advies 89/21 heeft voorbereid, voor. De idee voor het introduceren van de bevoegdheid van onderzoekers om personen die weigeren vragen te beantwoorden als getuigen te horen kwam van W.J. Slagter. Zie *Aanvullend advies wijziging enquêterecht*, SER-uitgave 89/21, p. 16 en [Kamerstukken II 1991/92, 22400, nr. 3](#), p. 7.

[74.] Zie bijv. Hermans 2017, p. 292 en Verheggen 2017, p. 525.

[75.] Uit de rechtspraak van de ondernemingskamer zijn mij slechts enkele gevallen bekend, zie Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 26 juli 2004, *JOR* 2005/29, *Ondernemingsrecht* 2004/193 m.nt. R.M. Hermans (*Polisol*), Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 14 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5596, *JOR* 2017/36 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Eshuis*), Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 3 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3574, *ARO* 2017/151 (*Delco*) en Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 28 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3139, *ARO* 2019/157 (*Casa della Gioia*). Vgl. ook onder 1.18 hiervoor.

[76.] Zie HR 29 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0144, *NJ* 2005/433, *JOR* 2005/146 m.nt. J.M.M. van Mierlo, *Ondernemingsrecht* 2005/114 m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Polisol*) en Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 25 mei 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:BD7868, *ARO* 2005/88 (*Polisol*).

[77.] R.M. Hermans onder 9 van zijn noot onder de *Polisol*-beschikking in *Ondernemingsrecht* 2004/193, onder verwijzing naar HR 22 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AG5426, *NJ* 1986/823 m.nt. W.L. Haardt (*Gemeente Hillegom/Hillenius*), HR 6 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5554, *NJ* 1987/1016 mnt. W.L. Haardt (*K./Bos*) en HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0997, *NJ* 1990/779 m.nt. J.B.M. Vranken (*International Tin Council*).

[78.] Een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Unilever N.V. was bevolen in Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 21 december 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AR7861, *JOR* 2005/5 m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2005/35 m.nt. B.F. Assink (*Unilever*). Cassatieberoep tegen die beschikking is verworpen, HR 18 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, *NJ* 2006/173 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/295 m.nt. M. Brink, *Ondernemingsrecht* 2006/10 m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Unilever*).

[79.] P. 2 van het bij de ondernemingskamer gedeponeerde onderzoeksverslag, kenbaar uit H.J. de Kluiver, 'De rol en de functie van onderzoekers 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*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 242 (hierna: De Kluiver 2010).

[80.] Aldus De Kluiver 2010, p. 242.

[81.] Zie bijv. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, *NJ* 2012/408 m.nt. J.W. Zwemmer, *BNB* 2012/231



m.nt. J.A.R. van Eijdsden (*Tradman/Staat*), rov. 3.5.4: “Deze toetsing kan in voorkomend geval worden opgedragen aan een neutrale derde, bijvoorbeeld een notaris”. Vgl. voor deze mogelijkheid ook het subsidiaire verzoek onder iii), weergegeven onder 1.10 hiervoor.

[82.] Zie bijv. De Bock 2013, p. 166. Het voorstel van de Hoge Raad in *Tradman/Staat* om bijvoorbeeld de notaris in te schakelen spreekt De Bock daarom minder aan. Zij sluit in dat opzicht aan bij J.B.M. Vranken, *Het professionele (functionele) verschoningsrecht*, Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 1, tweede stuk, Zwolle: Tjeenk Willink 1986, p. 123 e.v. (hierna: Vranken 1986) en J.B.M. Vranken, ‘Ook als partijgetuige heeft de notaris een functioneel verschoningsrecht. Terecht? Oproep aan de beroepsorganisaties’, *WPNR* 2002/6510, p. 779 (hierna: Vranken 2002).

[83.] Zie bijv. *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/131. Zie verder ook Vranken 1986, p. 124-125, Vranken 2002, p. 779 en De Bock 2013, p. 166. Vgl. in deze zin ook de concept memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht, beschikbaar via [www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht](http://www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht), p. 16-17.

[84.] Zie [Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3](#), p. 25, onder verwijzing naar Hermans 2003, p. 113-173, Blanco Fernández, Holtzer & Van Solinge 2004 en Geerts 2004, p. 165-180.

[85.] [Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3](#), p. 25 en p. 38.

[86.] Zie voor andere voorbeelden [Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3](#), p. 38. Zie ook bepaling 6.1 van de hierna nog te bespreken Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures.

[87.] [Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3](#), p. 26.

[88.] Blanco Fernández, Holtzer & Van Solinge 2004.

[89.] Zie voor de versie van 2013: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Aandachtspunten-aanbevelingen-en-suggesties-voor-onderzoekers.pdf>. Zie hierover ook R.M. Hermans, ‘Gewijzigde aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers’, *Ondernemingsrecht* 2013/96.

[90.] Zie voor de Leidraad: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/leidraad-voor-onderzoekers-in-enqueteprocedures.pdf>. Zie hierover ook P.H.M. Broere, ‘De Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures’, *Ondernemingsrecht* 2019/123 (hierna: Broere 2019).

[91.] Evenzo Broere 2019, p. 690. Zie ook Hermans 2017, p. 373, die nog verwijst naar art. 99 RO (oud). Vgl. ook Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 10 juni 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD3527, *JOR* 2008/229 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*ATR Leasing*), rov. 3.6 (over de richtlijnen in Blanco Fernández, Holtzer & Van Solinge 2004) en Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454, *JOR* 2016/61 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Meavita*), rov. 3.3 (over de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties).

[92.] Zie de preambule bij de Leidraad, onder G.

[93.] Broere 2019, p. 694. Zie ook Ter Meulen, Soerjatin & Overheul 2019, p. 78, die wijzen op het belang voor de praktijk van de bestreden beschikking. Evenzo de wenk bij de bestreden beschikking in *RO* 2019/29.

[94.] S.R. van Breukelen onder 11-14 van haar noot onder de bestreden beschikking in *JOR* 2019/132.

[95.] Zie bijv. Geerts 2004, p. 1 en p. 137. Zie ook P.J. Dortmond, ‘Het beruchte recht van enquête (van 1910 tot 1928)’, in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 92.

[96.] Zie over de wijze waarop het Britse enquêterecht zich heeft ontwikkeld bijv. J.M. de Jongh, ‘Over het Britse enquêterecht en palmen aan de oever van het IJ’, in: G.C. Makkink e.a. (red.), *Ik ben niet overtuigd* (Ingelse-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 252-254.

- [97.] Zie recent bijv. R.P. Jager, *De concern(genoten)enquête. Naar huidig en wenselijk recht* (diss. Leiden), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 158, Deventer: Kluwer 2019, p. 110. Zie ook *Aanvullend advies wijziging enquêterecht*, SER-uitgave 89/21, p. 8.
- [98.] Te raadplegen via: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/6/part/XIV>. Zie uitgebreid over deze Britse procedure P.L. Davies & S. Worthington, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen: Sweet&Maxwell 2016, p. 620-629 (hierna: Davies & Worthington 2016).
- [99.] Aldus Davies & Worthington 2016, p. 616 en p. 620.
- [100.] Zie in meer algemene zin over het verschoningsrecht in Engeland bijv. ook Vranken 1986, p. 20 e.v. en recent N. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat* (diss. UvA), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2017, p. 325 e.v. (hierna: Fanoy 2017).
- [101.] Davies & Worthington 2016, p. 623, onder verwijzing naar section 452 Companies Act 1985.
- [102.] Zie bijv. *Asser Procesrecht/Asser 3 2017/125* en Fanoy 2017, p. 94-97. De notaris en de advocaat behoren in Nederland samen met de arts en de geestelijke tot het zogenoemde "klassieke kwartet" van functioneel (of professioneel) verschoningsgerechtigden. Zie ook Fernhout 2004, p. 225-226.
- [103.] HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ 1986/173* m.nt. W.L. Haardt in *NJ 1986/176 (Notaris Maas)*, rov. 3.1.
- [104.] Zie hierover uitgebreid Fernhout 2004, p. 169-170.
- [105.] Dat volgt uit HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ 1986/173* m.nt. W.L. Haardt in *NJ 1986/176 (Notaris Maas)*, rov. 3.2.
- [106.] Zie bijv. P.G.F.A. Geerts, *GS Rechtspersonen*, art. 2:352 BW, aant. 2 en Verheggen 2017, p. 525. Zie ook Timmerman & Thierry 2004, p. 218.
- [107.] Zie ook HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ 1986/173* m.nt. W.L. Haardt in *NJ 1986/176 (Notaris Maas)*, rov. 3.1, waarin wordt verwezen naar burgerlijk recht, strafrecht en belastingrecht.
- [108.] Zie bijv. reeds HR 14 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9068, *NJ 1986/175*, rov. 3. Zie daarover ook sub 4 van de noot van W.L. Haardt in *NJ 1986/176*.
- [109.] Aldus A.C. 't Hart sub 2 van zijn noot onder HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9105, *NJ 1986/533*. Zie hierover ook *Asser Procesrecht/Asser 3 2017/125* en Fernhout 2004, p. 166 e.v.
- [110.] Aldus bijv. Fanoy 2017, p. 96.
- [111.] *Asser Procesrecht/Asser 3 2017/124*. Zie hierover bijv. ook De Bock 2013, p. 167.
- [112.] Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, *JOR 2018/275* m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht 2019/41* m.nt. F. Eikelboom, *JIN 2018/184* m.nt. P. Haas, rov. 3.122. Zie hierover ook onder 3.20 van mijn conclusie in de zaak 18/04509, ECLI:NL:PHR:2019:1059.
- [113.] HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ 1986/173* m.nt. W.L. Haardt in *NJ 1986/176 (Notaris Maas)*, rov. 3.3.
- [114.] HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ 1986/173* m.nt. W.L. Haardt in *NJ 1986/176 (Notaris Maas)*, rov. 3.1.
- [115.] Aldus De Bock 2013, p. 158, p. 160 en p. 167. Vgl. ook J.C.M. Leijten, 'Het professionele (of functionele) verschoningsrecht', *NJB 1986*, afl. 23, p. 708. Zie verder ook De Bock 2013, p. 160: "Wanneer

het beroepsgeheim ook op het individuele belang van de cliënt wordt gefundeerd, is de rigoureuze koerswijziging die Vranken voorstaat - het verschoningsrecht toekennen aan de cliënt - niet nodig. Het verschoningsrecht blijft bij de beroepsbeoefenaar, maar de cliënt krijgt een eigen positie in het krachtenveld waarbinnen het verschoningsrecht is gepositioneerd. Het verschoningsrecht is dan niet alleen functioneel ten aanzien van het maatschappelijke belang maar ook ten aanzien van het individuele belang bij vertrouwelijkheid." Asser heeft zich bij deze opvatting in de literatuur aangesloten. Zie Asser *Procesrecht/Asser 3 2017/131*.

[116.] Zie bijv. De Bock 2013, p. 158.

[117.] Zie bijv. Asser *Procesrecht/Asser 3 2017/125* en Fernhout 2004, p. 188.

[118.] Aldus ook onder 2.11 van de conclusie van A-G Wesseling van Gent (ECLI:NL:PHR:2012:BV3426) voor HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, *NJ 2012/408* m.nt. J.W. Zwemmer, *BNB 2012/231* m.nt. J.A.R. van Eijsden (*Tradman/Staat*). Zie ook HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, *NJ 2012/408* m.nt. J.W. Zwemmer, *BNB 2012/231* m.nt. J.A.R. van Eijsden (*Tradman/Staat*), rov. 3.5.2.

[119.] HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9105, *NJ 1986/533* m.nt. A.C. 't Hart, rov. 5.4.

[120.] HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, *NJ 2012/408* m.nt. J.W. Zwemmer, *BNB 2012/231* m.nt. J.A.R. van Eijsden (*Tradman/Staat*), rov. 3.5.3.

[121.] Zie J.A.R. van Eijsden onder 2 sub c van zijn noot onder het *Tradman/Staat*-arrest in *BNB 2012/231*. Zie verder bijv. ook B.J.V. Keupink & A.J.P. Tillema, 'Ontwikkelingen in het verschoningsrecht', *Ondernemingsrecht 2013/60*, onder 4. Kennelijk heeft Hermans 2017, p. 268 ook het oog op dit weigeringsrecht, waar hij stelt dat de rechtspersoon jegens onderzoekers ook een beroep kan doen op het verschoningsrecht ten aanzien van de raadpleging van documenten (adviezen, correspondentie) die zijn opgesteld door de verschoningsgerechtigde.

[122.] Zie bijv. Hermans 2017, p. 268.

[123.] Vgl. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, *NJ 2012/408* m.nt. J.W. Zwemmer, *BNB 2012/231* m.nt. J.A.R. van Eijsden (*Tradman/Staat*), rov. 3.5.3.

[124.] Zie bijv. ook Hermans 2017, p. 268.

[125.] Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, *JOR 2018/275* m.nt. S.M. Bartman, *Ondernemingsrecht 2019/41* m.nt. F. Eikelboom, *JIN 2018/184* m.nt. P. Haas, rov. 3.119. Zie hierover ook F. Eikelboom in zijn noot onder de beschikking in *Ondernemingsrecht 2019/41*, p. 229 en p. 232 en onder 3.88 van mijn conclusie in de samenhangende zaak aanhangig onder nummer 18/04509, ECLI:NL:PHR:2019:1059.

[126.] Vgl. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, *NJ 2012/408* m.nt. J.W. Zwemmer, *BNB 2012/231* m.nt. J.A.R. van Eijsden (*Tradman/Staat*), rov. 3.5.3.

[127.] Zie bijv. Fernhout 2004, p. 196. Vgl. ook Vranken 2002, p. 775 die treffend spreekt over de verschoningsgerechtigde als "rechter in eigen zaak".

[128.] HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ 1986/173* m.nt. W.L. Haardt in *NJ 1986/176 (Notaris Maas)*, rov. 3.5. Zie nadien bijv. de rechtspraak genoemd bij Fernhout 2004, p. 196 en De Bock 2013, p. 162.

[129.] HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ 1986/173* m.nt. W.L. Haardt in *NJ 1986/176 (Notaris Maas)*, rov. 3.6. Zie hierover ook Fernhout 2004, p. 219-221 en De Bock 2013, p. 162, met verwijzingen.

[130.] Zie HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ 1986/173* m.nt. W.L. Haardt in *NJ 1986/176 (Notaris Maas)*, rov. 3.6: "Het hof heeft terecht geoordeeld dat een ruimere beoordelingsmarge en een meer

genueanceerde afweging van de met het concrete geval gemoeide tegenstrijdige belangen achteraf (...) tot een zodanige onzekerheid omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht zou leiden dat dat daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast.” Zie bijv. ook HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6324, NJ 2004/47 m.nt. H.J. Snijders (*Herengrachtparkeerders*), rov. 4.1.4.

[131.] Zie bijv. Vranken 1986, p. 97 e.v. en De Bock 2013, p. 161-166.

[132.] Aldus *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/131.

[133.] Zie in deze zin De Bock 2013, p. 167. Zie ook onder 6.12 van de conclusie van A-G Knigge (ECLI:NL:PHR:2016:1161) voor HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686, NJ 2017/129 m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

[134.] Dat art. 198 lid 3 Rv ook in het enquêterecht kan worden toegepast blijkt bijv. uit Geerts 2004, p. 162 en Hermans 2017, p. 258. Zie ook Timmerman & Thierry 2004, p. 218. Zie toegespitst op het verschoningsrecht bijv. ook Fernhout 2004, p. 193.

[135.] Aldus De Kluiver 2010, p. 241.

[136.] S.R. van Breukelen onder 11-14 van haar noot onder de bestreden beschikking in JOR 2019/132.

[137.] Vgl. De Bock 2013, p. 166.

[138.] Zie bijv. Vranken 1986, p. 124-125: “Men mag (...) aannemen dat hij wat hij gelezen of gehoord heeft, niet kan vergeten.”

[139.] Vgl. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, NJ 2012/408 m.nt. J.W. Zwemmer, BNB 2012/231 m.nt. J.A.R. van Eijsden (*Tradman/Staat*), rov. 3.5.4.

[140.] Zie bijv. Fernhout 2004, p. 195.

[141.] Zie Vranken 1986, p. 124-125, waarover ook Fernhout 2004, p. 195. Zie ook onder 2.15 hiervoor.

[142.] Met art. 6b Wet Invoering Autoriteit Consument en Markt wordt kennelijk bedoeld op de bij art. I, onderdeel E van de Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht (*Stb.* 2014, 247) ingevoerde bepaling die in werking is getreden op 1 augustus 2014 (*Stb.* 2014, 266). Art. 6b lid 3 Instellingswet Autoriteit Consument en Markt luidt: “Zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, kunnen het verlenen van medewerking weigeren, voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit.” Art. 5:20 Awb is ingevoerd bij de Wet van 20 juni 1996 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht) (*Stb.* 1996, 333), in werking getreden op 1 januari 1998 (*Stb.* 1997, 581). Zie art. I, onderdeel H van de Derde tranche Awb. Art. 5:20 lid 2 Awb luidt: “Zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, kunnen het verlenen van medewerking weigeren, voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit.” Art. 13 Wet Huis voor Klokkeluiders is ingevoerd bij art. I onderdeel D van de Wet van 14 april 2016 tot wijziging van de Wet Huis voor Klokkeluiders (*Stb.* 2016, 148), in werking getreden op 1 juli 2016 (*Stb.* 2016, 196). Art. 13 lid 6 Wet Huis voor Klokkeluiders luidt: “Het geven van inlichtingen of het overleggen van stukken kan worden geweigerd, indien het inlichtingen en bescheiden betreft waarvan het verstrekken in strijd is met het belang van de nationale veiligheid, dan wel een schending van een beroepsgeheim of wettelijk voorschrift met zich meebrengt. (...)” Art. 53a Algemene wet inzake rijksbelastingen is ingevoerd bij art. I onderdeel C van de Wet van 29 juni 1994 tot wijziging van de Algemene wet inzake rijksbelastingen tot aanpassingen van de administratieve verplichtingen ten dienste van de belastingheffing en in verband daarmee wijziging van enige andere wetten (aanpassing van administratieve verplichtingen) (*Stb.* 1994, 499). Art. 53a lid 1 AWR luidt: “Voor een weigering om te voldoen aan de verplichtingen ten behoeve van de belastingheffing van derden kunnen alleen bekleeders van een geestelijk ambt, notarissen, advocaten, artsen en apothekers zich beroepen op de omstandigheid, dat zij uit hoofde van hun stand, ambt of beroep tot



geheimhouding verplicht zijn.”

[143.] Zie bijv. Fernhout 2004, p. 171. Zie over de achtergrond van art. 53a AWR en haar wettelijke voorloper in art. 53 AWR (oud) ook A-G Wesseling-van Gent onder 2.9-2.10 van haar conclusie (ECLI:NL:PHR:BV3426) voor het *Tradman/Staat*-arrest.

[144.] HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986/173 m.nt. W.L. Haardt onder *NJ* 1986/176 (*Notaris Maas*), rov. 3.1.

[145.] Aldus Fernhout 2004, p. 169-170.

[146.] Zie de toelichting op onderdeel 1 in het cassatieverzoekschrift onder VI, sub 10.

[147.] [Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3](#), p. 24.

[148.] Vgl. het rijtje met voorbeelden van onderwerpen die aan de raadsheer-commissaris kunnen worden voorgelegd, waarin het verschoningsrecht nog niet wordt genoemd ([Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3](#), p. 38).

[149.] Vgl. art. 2:120 lid 4 BW over de plicht van het bestuur van de vennootschap aantekening te houden van de genomen besluiten in de algemene vergadering. Die bepaling geldt alleen voor door de algemene vergadering genomen besluiten (en dus niet voor vergaderingen van het bestuur of de raad van commissarissen) en schrijft overigens ook niet voor dat notulen - een schriftelijk verslag van hetgeen in de algemene vergadering is behandeld - moeten worden opgemaakt. Zie over art. 2:120 lid 4 BW bijv. Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 222. Zie ook Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/69-70 en H.M. Vletter-van Dort, *Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking* (diss. Utrecht), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 37, Deventer: Kluwer 2001, p. 113-114 (hierna: Vletter-van Dort 2001).

[150.] Zie bijv. Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/376 voor vergaderingen van de raad van commissarissen en verder ook M.W.E. Evers & A. Folmer, ‘Notulen: opgemaakt en vastgesteld (wanbeleid?)’, *TOP* 2013, afl. 3, p. 105 (hierna: Evers & Folmer 2013).

[151.] Zie cassatieverzoekschrift, onder VII sub 27-29, met verwijzingen.

[152.] Zie over deze verantwoordingsplicht van het bestuur en de raad van commissarissen Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/238 en 398. Vgl. Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 222, waarin voor vennootschappen met gespreide aandelen art. 2:8 BW als grondslag voor het opstellen van notulen van de algemene vergadering wordt genoemd. Evenzo, voor beursvennootschappen, Vletter-van Dort 2001, p. 267. Vgl. verder ook Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 15 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, *JOR* 2013/102 m.nt. D.A.M.W.H. Strik (*Van der Moolen*), rov. 6.4.5: “dat verantwoord ondernemerschap dat [schriftelijke vastlegging van het beleid, A-G] ook vereist.”

[153.] Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/238 sub e en 398 sub f.

[154.] Zie bijv. ook Asser/*Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/782, waarin wordt opgemerkt dat onder boeken en bescheiden in art. 2:351 BW notulen van vergaderingen, begrotingen, accountantsverslagen en correspondentie vallen. Zie daarover ook bepaling 3.6 van de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties (versie 2013) en - inmiddels - bepaling 5.4 van de Leidraad. De discussie of notulen van vergaderingen van organen van de vennootschap ook onder het bereik van de administratieverplichting van art. 2:10 BW vallen, laat ik hier rusten. Zie daarover bijv. Vletter-van Dort 2001, p. 266-267 en Evers & Folmer 2013, p. 105-106.

[155.] Zie met betrekking tot het bestuur bijv. Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 15 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, *JOR* 2013/102 m.nt. D.A.M.W.H. Strik (*Van der Moolen*), rov. 6.4.5 en de noot

van Strik daarbij, onder 3-5. Zie met betrekking tot de raad van commissarissen bijv. Hof Amsterdam 8 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5049, *JOR* 2018/9 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*ZED+*), rov. 4.22 en Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, *JOR* 2018/94 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2018/62 m.nt. P.H.M. Broere (*Xeikon*), rov. 5.33. De beschikking inzake *Xeikon N.V.* is overigens op procedurele gronden partieel vernietigd en teruggewezen naar de ondernemingskamer, HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279, *NJ* 2019/335, *JOR* 2019/273 m.nt. R.M. Hermans, *Ondernemingsrecht* 2019/165 m.nt. P.H.M. Broere (*Xeikon*).

[156.] HR 30 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW0130, *NJ* 2006/317, rov. 4.4. Zie over dat arrest bijv. ook Evers & Folmer 2013, p. 104 en 107.

[157.] Zie in deze zin ook Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 222: “De notulen [van de algemene vergadering, A-G] zijn een ‘vennootschappelijk’ stuk.” Everso Evers & Folmer 2013, p. 104.

[158.] Zie bijv. ook Evers & Folmer 2013, p. 107, met verwijzingen naar rechtspraak: “Een vordering van aandeelhouders (of in het algemeen: derden) tot het verkrijgen van inzage in of afschrift van notulen van vergaderingen van het bestuur of de raad van commissarissen zal in de regel worden afgewezen.”

[159.] Zie bijv. D.A.M.W.H. Strik onder 5 van haar noot in *JOR* 2013/102: “De ervaring leert dat enquêteurs vaak notulen als startpunt nemen voor de interviews met bestuurders en commissarissen en het komt voor dat enquêteurs weinig ontvankelijk zijn voor de gang van zaken buiten de notulen om.”

[160.] Zie bijv. ook Van den Blink 2010, p. 61 en Evers & Folmer 2013, p. 107-108.

[161.] Zie bijv. ook Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 15 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, *JOR* 2013/102 m.nt. D.A.M.W.H. Strik (*Van der Moolen*), rov. 6.4.5: “[H]et [ligt] niet alleen voor de hand dat van dergelijke onderzoeken, strategieën en plannen, respectievelijk van op basis daarvan genomen maatregelen en stappen die van belang zijn voor een speerpunt als hier aan de orde, enig schriftelijk substraat te vinden zou zijn, maar dat bovendien verantwoord ondernemerschap dat ook vereist. Zeker bij een onderneming van aard en omvang als die van VDM mag worden verwacht, dat een en ander gelet op het belang ervan in geschrifte, notulen, rapporten of anderszins, wordt vastgelegd.”

[162.] Zie daarover A-G Knigge onder 19 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2006:AW0130) voor HR 30 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW0130, *NJ* 2006/317.

[163.] Van den Blink 2010, p. 61-62.

[164.] Aldus Hermans 2017, p. 268. Vgl. bijv. ook Evers & Folmer 2013, p. 108 die aanbevelen om in notulen van vergaderingen van het bestuur en de raad van commissarissen aan te geven wanneer door de aanwezigen mede is afgegaan op advies van deskundigen.

[165.] Vgl. met betrekking tot de notulen van de algemene vergadering, bijv. Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 222. Zie verder ook Evers & Folmer 2013, p. 104.

[166.] Vgl. met betrekking tot de notulen van de algemene vergadering bijv. ook Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 222. Zie ook Evers & Folmer 2013, p. 108.

[167.] Zie bijv. het bevel op de voet van art. 2:352 BW in Hof Amsterdam (raadsheer-commissaris ondernemingskamer) 31 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1198, *JIN* 2016/83 m.nt. M.C. van Rijswijk & E.J.H. Zandbergen (*Xeikon*): “De raadsheer-commissaris: beveelt *Xeikon* de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van *Xeikon* (waaronder ook notulen van vergaderingen, begrotingen, correspondentie en de geautomatiseerde of in de computer opgeslagen bestanden) die informatie bevatten over de aandelenprijs (...) volledig en onvoorwaardelijk ter inzage te geven aan de onderzoeker; (...).” Zie hierover ook Storm 2018, p.

[168.] Vgl. art. 165 lid 2 Rv.

[169.] Fernhout 2004, p. 213. Zie daarover bijv. ook A-G Wesseling-van Gent onder 2.6 van haar conclusie (ECLI:NL:PHR:BV3426) voor het *Tradman/Staat*-arrest.

[170.] Aldus A-G Knigge onder 8.11 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2015:2567) voor HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110, *NJ* 2016/163 m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

[171.] Zie in deze zin bijv. Fernhout 2004, p. 219, onder verwijzing naar Vranken 1986, p. 117-118: “Het bijzondere van de ‘benoemde uitzonderingen’ is dat in die gevallen er per definitie (eigenlijk: per decreet) geen sprake is van vertrouwelijkheid hoe de betrokkenen er ook tegenaan kijken. Dat betekent dat in andere gevallen van een echte, in rechte hard te maken uitzondering geen sprake kan zijn. Vranken bespreekt er een aantal, maar moet dat meteen weer terugnemen voor het geval in de relatie tussen cliënt en hulpverlener ook in dat geval vertrouwelijkheid is beoogd. Dat oogmerk is, al was het maar impliciet, altijd aanwezig op het moment dat zo’n gegeven een rol gaat spelen in een procedure. Buiten de genoemde gevallen zijn er dus geen in algemene termen te omschrijven uitgezonderde gevallen.”

[172.] Aldus A-G Knigge onder 8.13 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2015:2567) voor HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110, *NJ* 2016/163 m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

[173.] Zie A-G Knigge in voetnoot 13 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2015:2567) voor HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110, *NJ* 2016/163 m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

[174.] Hermans 2017, p. 268. Evenzo S.R. van Breukelen onder 8 van haar noot onder de bestreden beschikking in *JOR* 2019/132.

[175.] Vgl. onder 6.12 van de conclusie van A-G Knigge (ECLI:NL:PHR:2016:1161) voor HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686, *NJ* 2017/129 m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

[176.] *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/185 en 290.

[177.] Het betreft nr. 12 onder Informatieuitlevering II (Besluiten Directie SNS Bank van 5 januari 2010) en nr. 50 onder Informatieuitlevering III (Besluiten Directie SNS Bank van 27 maart 2012). De desbetreffende brief met bijlagen is opgenomen als bijlage 3 bij de brief van de onderzoekers van 7 februari 2019 (nr. 10 in het procesdossier).

[178.] HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110, *NJ* 2016/163 m.nt. F. Vellinga-Schootstra, rov. 4.4.

[179.] A-G Knigge onder 8.18-8.20 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2015:2567) voor HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110, *NJ* 2016/163 m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

[180.] HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110, *NJ* 2016/163 m.nt. F. Vellinga-Schootstra, rov. 4.3-4.6.

[181.] Zie ook A-G Knigge onder 6.9 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2016:1161) voor HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686, *NJ* 2017/129 m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

[182.] HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986/173 m.nt. W.L. Haardt in *NJ* 1986/176 (*Notaris Maas*), rov. 3.6.

[183.] Zie Fernhout 2004, p. 219-221 en De Bock 2013, p. 162, met verwijzingen. Zie verder ook J. van Woudenberg, ‘Verschoningsrecht’, in: *WB der Nederlanden; 25 jaar wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 174-177 (hierna: Van Woudenberg 2003).

[184.] A-G Leijten in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:1993:ZC9450) voor HR 5 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9450, *NJ* 1994/262 m.nt. Th.W. van Veen. Zie ook Fernhout 2004, p. 221.

[185.] Aldus G. Knigge onder 1 van zijn noot onder HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, *NJ* 2005/273 m.nt. G. Knigge.

[186.] Zie bijv. HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, *NJ* 2005/273 m.nt. G. Knigge, rov. 5.3 en HR 9 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2386, *NJ* 2006/622 m.nt. J. de Boer, rov. 4.4 (*Savanna*).

[187.] Zie bijv. ook HR 9 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2386, *NJ* 2006/622 m.nt. J. de Boer, rov. 4.4 (*Savanna*).

[188.] Aldus Van Woudenberg 2003, p. 176-177. Kritisch hierover Fernhout 2004, p. 221: “ook een dergelijk belang laat zich niet zo gauw transponeren naar een civiele procedure.”

[189.] Zie over dit onderscheid De Bock 2013, p. 162.

[190.] Zie ook De Bock 2013, p. 163-164: “Voor de vraag welke omstandigheden relevant zijn bij de belangenafweging, kan deels worden aangeknoopt bij de (voornamelijk strafrechtelijke) rechtspraak over de vraag of ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ aanwezig zijn. (...) Maar, anders dan in de hiervoor bedoelde rechtspraak, staat de thans voorgestane wijze van rechterlijke toetsing niet in de sleutel van de vraag of sprake is van ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’. De rechter zal in alle gevallen een belangenafweging moeten maken en het belang van het invoeren van het verschoningsrecht moeten afwegen tegen het belang van waarheidsvinding.”

[191.] Vgl. A-G Knigge onder 6.12 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2016:1161) voor HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686, *NJ* 2017/129 m.nt. F. Vellinga-Schootstra: “Ik merk (...) op dat de vraag of op het woord van de verschoningsgerechtigde dient te worden afgegaan, veel van haar scherpte heeft verloren. Aangezien de rechter-commissaris en de rechtbank van het desbetreffende stuk kennis mogen nemen, is van blind vertrouwen geen sprake meer. Het standpunt van de raadsman kan aan de hand van de inhoud van het stuk betrekkelijk ver gaan worden getoetst.”

[1.] Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651.

[2.] Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 2 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2716.

[3.] Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 26 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:644.

[4.] Vgl. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066 (*NJ* 1986/173, m.nt. W.L. Haardt; *red.*) (*Notaris Maas*), rov. 3.1.

[5.] Vgl. HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9262 (*NJ* 2010/144; *red.*), rov. 3.3.

[6.] Vgl. o.a. HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686 (*NJ* 2017/129, m.nt. F. Vellinga-Schootstra; *red.*), rov. 3.2.2 en HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4402 (*NJ* 2002/440, m.nt. Y. Buruma; *red.*), rov. 3.6.

[7.] Vgl. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066 (*NJ* 1986/173, m.nt. W.L. Haardt; *red.*) (*Notaris Maas*), rov. 3.5.

[8.] Vgl. HR 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:277, rov. 2.7.1.

[9.] Vgl. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426 (*NJ* 2012/408, m.nt. J.W. Zwemmer; *red.*), rov. 3.5.4.

[10.] Vgl. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426 (*NJ* 2012/408, m.nt. J.W. Zwemmer; *red.*), rov. 3.5.2.

[11.] Vgl. HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9105 (*NJ* 1986/533, m.nt. A.C. 't Hart; *red.*), rov. 5.3.1.

[12.] Vgl. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426 (*NJ* 2012/408, m.nt. J.W. Zwemmer; *red.*), rov. 3.5.3.

[\*] Prof. mr. M.A. Verbrugh is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.