

# Verstopperij in het enquêterecht

Mr. P. H. M. Broere \*

*Onlangs oordeelde de Hoge Raad in de SNS-enquête dat aan het verschoningsrecht in het enquêterecht ook betekenis toekomt. De auteur bespreekt de beschikking van de Hoge Raad en de implicaties daarvan voor de enquêterep praktijk. Om aan de gevolgen van SNS te ontkomen wordt een drietal oplossingsrichtingen aangereikt.*

## 1 Inleiding

Op 3 april 2020 wees de Hoge Raad een beschikking in de SNS-enquête met behoorlijke implicaties voor de effectiviteit van het onderzoek in de enquêterep procedure. In navolging van de raadsheer-commissaris en advocaat-generaal Timmerman oordeelde de Hoge Raad dat aan het functioneel verschoningsrecht ook betekenis toekomt in de enquêterep procedure.

In deze bijdrage bespreek ik de betekenis van het functioneel verschoningsrecht in het enquêterecht. Daartoe beschrijf ik eerst de reikwijdte van het functioneel verschoningsrecht (par. 2) en enkele aan de onderzoeker toekomende bevoegdheden in de enquêterep procedure (par. 3). Vervolgens bespreek ik de rol die aan het functioneel verschoningsrecht toekomt in het enquêterecht (par. 4), en de implicaties van SNS voor de enquêterep praktijk (par. 5). Ik sluit af met een drietal voorstellen om aan de gevolgen van de SNS-beschikking te ontkomen (par. 6). Overige aspecten van de SNS-enquête bespreek ik slechts zijdelings en veronderstel ik op hoofdlijnen bekend.<sup>1</sup>

## 2 De reikwijdte van het functioneel verschoningsrecht

Voor een goed begrip van het functioneel verschoningsrecht is het noodzakelijk zowel de subjectieve als de objectieve zijde daarvan te kennen. Ik bespreek hierna – voor zover relevant voor de SNS-enquête – de te onderscheiden subjecten van het functioneel verschoningsrecht (par. 2.1) en de te onderscheiden objecten van het functioneel verschoningsrecht (par. 2.2).

### 2.1 Het subject van het functioneel verschoningsrecht

In de literatuur worden verschoningsrechtelijke begrippen regelmatig verward. Zo wordt vaak gesproken van een ‘afgeleid verschoningsrecht’, waar het weigeringsrecht wordt bedoeld.<sup>2</sup> Ik onderscheid hierna de begrippen functioneel verschoningsrecht (par. 2.1.1), afgeleid functioneel verschoningsrecht (par. 2.1.2) en weigeringsrecht (par. 2.1.3).

#### 2.1.1 Het functioneel verschoningsrecht

Het functioneel verschoningsrecht komt toe aan een beperkte groep personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in die hoedanigheid wordt toevertrouwd. Tot die groep behoren onder meer notarissen en advocaten.<sup>3</sup> Notarissen en advocaten hebben een beroepsgeheim;<sup>4</sup> het verschoningsrecht vormt een middel om dat beroepsgeheim gestand te doen.<sup>5</sup> De grondslag van dit verschoningsrecht vormt het in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij notarissen en advocaten het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen is besproken om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.<sup>6</sup>

#### 2.1.2 Het afgeleid functioneel verschoningsrecht

Het voor notarissen en advocaten geldende beroepsgeheim strekt zich ook uit tot personen die werkzaamheden voor hen verrichten en aan wie uit dien hoofde iets wordt toevertrouwd.<sup>7</sup> Allen die functioneel verschoningsgerechtigden in de uitoefening van hun ambt, beroep of betrekking assisteren, in dienstverband of in opdracht, en uit dien hoofde informatie waarop het verschoningsrecht ziet verkrijgen, komt hierom een ‘afgeleid functioneel verschoningsrecht’ toe.<sup>8</sup> Het oordeel of voor het inroepen van dit afgeleid ver-

\* Mr. P.H.M. Broere is als promovendus en docent verbonden aan het Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Zie Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2779, JOR 2015/260 m.nt. C.D.J. Bulten (SNS); HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2456, NJ 2017/74 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2017/1 m.nt. K. Spruitenburg (SNS); Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, JOR 2018/275 m.nt. S.M. Bartman (SNS); Hof Amsterdam (OK) 21 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3563, JOR 2019/7 m.nt. P.H.M. Broere (SNS); HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 en ECLI:NL:HR:2020:479 (SNS).

2. Zie bijv. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, JOR 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos (SNS), r.o. 2.2 sub iv.

3. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/125-126.

4. Art. 22 Wna; art. 11a Adv.w.

5. R.H. de Bock, Laat de verschoningsgerechtigde niet langer rechter in eigen zaak zijn. Pleidooi voor een modernisering van het verschoningsrecht, in: G. van Dijk e.a. (red.), Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik, Deventer: Kluwer 2013, p. 158-159.

6. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173 m.nt. W.L. Haardt (onder NJ 1986/176) (Notaris Maas), r.o. 3.1.

7. Art. 22 Wna; art. 11a Adv.w.

8. Zie bijv. F.J. Fernhout, Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken (diss. Maastricht; R&P nr. 131), Deventer: Kluwer 2004, p. 184 e.v.; concl. A-G Wesseling-van Gent voor HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, NJ 2012/408 m.nt. J.W. Zwemmer (Tradman/Staat), onder 2.11.

schoningsrecht daadwerkelijk aanleiding is, komt daarbij primair toe aan degene van wie het verschoningsrecht is afgeleid.<sup>9</sup>

De cliënt van een functioneel verschoningsgerechtigde komt geen afgeleid functioneel verschoningsrecht toe. Een cliënt kan immers niet worden aangemerkt als een persoon aan wie de door hem benaderde geheimhouder vertrouwelijke gegevens heeft toevertrouwd.<sup>10</sup> Dat een cliënt met een functioneel verschoningsrechtigde uitgewisselde vertrouwelijke gegevens onder zich heeft, maakt dat niet anders.<sup>11</sup>

### 2.1.3 Het weigeringsrecht

Uit het functioneel verschoningsrecht kan wel een ‘weigeringsrecht’ worden afgeleid, dat toekomt aan de cliënt van de notaris of advocaat. Dat is geen ‘afgeleid functioneel verschoningsrecht’. In Tradman/Staat werd een weigeringsrecht toegekend aan de belastingplichtige. In dit arrest stond de uitleg van artikel 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) centraal, welk artikel belastingplichtigen een inlichtingenplicht oplegt jegens de belastinginspecteur. De Hoge Raad overwoog dat een belastingplichtige mag weigeren te voldoen aan de verplichtingen die artikel 47 AWR hem oplegt, met een beroep op de vertrouwelijkheid van zijn contacten met de door hem benaderde verschoningsgerechtigde. De Belastingdienst moet dan wel in de gelegenheid worden gesteld de bewering van de belastingplichtige op aannemelijkheid te toetsen. Deze toetsing kan in voorkomende gevallen worden opgedragen aan een neutrale derde.<sup>12</sup> In de literatuur is dit recht van de cliënt van de verschoningsgerechtigde wel aangeduid als ‘weigeringsrecht’.<sup>13</sup>

### 2.2 Het object van het functioneel verschoningsrecht

Verschoningsgerechtigd is al die informatie die notarissen en advocaten in hun hoedanigheid is toevertrouwd. Een onderscheid tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke informatie dient daarbij niet te worden aangebracht.<sup>14</sup> In uitzonderlijke gevallen kan ook informatie die nog niet aan de verschoningsgerechtigde is medegedeeld, verschoningsgerechtigd zijn. Dat is het geval als aannemelijk is dat die informatie daadwerkelijk bestemd is om door de cliënt aan de verscho-

ningsgerechtigde in de uitoefening van zijn beroep te worden toevertrouwd.<sup>15</sup>

Verschoningsgerechtigde informatie kan in verschillende documenten zijn neergelegd. In SNS ging het daarbij om notulen, schriftelijk vastgelegde bestuursbesluiten en correspondentie met derden, onder wie een toezichthouder.<sup>16</sup> Het is de aard van de informatie die in beginsel bepalend is voor het antwoord op de vraag of sprake is van verschoningsgerechtigde informatie. Niettemin kan ook de aard van het document waarin de informatie is neergelegd een rol spelen. Zo ligt bij een juridisch advies dat is neergelegd in een afzonderlijk document dat is opgesteld door een advocaat of notaris verschoningsgerechtigdheid meer voor de hand dan bij een passage in de notulen.<sup>17</sup> De opname van verschoningsgerechtigde informatie in een document ‘besmet’ overigens niet dat gehele document. Slechts de passages die rechtstreeks in verband staan met de advisering door een verschoningsgerechtigde vallen onder het verschoningsrecht. Zo maakt bijvoorbeeld de enkele omstandigheid dat een notaris een bestuursvergadering bijwoont niet dat het gehele verslag van die vergadering valt onder zijn verschoningsrecht.<sup>18</sup>

Wanneer verschoningsgerechtigde informatie wordt onttrokken aan de vertrouwens sfeer tussen cliënt en verschoningsgerechtigde, houdt die informatie op verschoningsgerechtigd te zijn. Fernhout trekt daartoe de grens van het verschoningsrecht waar moet worden aangenomen dat het medegedeelde geen vertrouwelijk karakter heeft, bijvoorbeeld wanneer het juist is bedoeld om aan een ander te worden overgebracht.<sup>19</sup> Met Knigge zou ik menen dat het daarbij gaat om informatie die in overeenstemming met de bedoeling van de cliënt door de verschoningsgerechtigde wordt geopenbaard, niet om informatie die door de cliënt is verstrekt met de bedoeling aan derden te worden overgebracht.<sup>20</sup> Dat is een subtiel verschil.

Door de opname van verschoningsgerechtigde informatie in interne vennootschappelijke stukken, zoals notulen, wordt informatie niet onttrokken aan de vertrouwens sfeer tussen cliënt en verschoningsgerechtigde.<sup>21</sup> Waar een beroep wordt gedaan op het verschonings- of weigeringsrecht, wordt overigens direct duidelijk dat de bedoeling van de verschoningsge-

9. HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9693, NJ 1994/552 m.nt. A.C. 't Hart, r.o. 4.7; HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4402, NJ 2002/440 m.nt. Y. Buruma, r.o. 3.6; HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, NJ 2012/408 m.nt. J.W. Zwemmer (Tradman/Staat), r.o. 3.5.4.  
10. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, NJ 2012/408 m.nt. J.W. Zwemmer (Tradman/Staat), r.o. 3.5.2.  
11. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, JOR 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos (SNS), r.o. 3.2.6; Fernhout 2004, p. 188-189.  
12. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, NJ 2012/408 m.nt. J.W. Zwemmer (Tradman/Staat), r.o. 3.5.3-3.5.4.  
13. Zie bijv. J.A.R. van Eijdsen, annotatie bij HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, BNB 2012/231 (Tradman/Staat), onder 2 sub c; B.J.V. Keupink & A.J.P. Tillema, Ontwikkelingen in het verschoningsrecht, Ondernemingsrecht 2013/60, p. 310.  
14. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173 m.nt. W.L. Haardt (onder NJ 1986/176) (Notaris Maas), r.o. 3.4.

15. HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686, NJ 2017/129 m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 3.3.1.  
16. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, JOR 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos (SNS), r.o. 3.4.2-3.4.3.  
17. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.35. Vgl. ook concl. A-G Knigge voor HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686, NJ 2017/129 m.nt. F. Vellinga-Schootstra, onder 6.12.  
18. Concl. A-G Knigge voor HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110, NJ 2016/163 m.nt. F. Vellinga-Schootstra, onder 8.13, voetnoot 13.  
19. Fernhout 2004, p. 213.  
20. Concl. A-G Knigge voor HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110, NJ 2016/163 m.nt. F. Vellinga-Schootstra, onder 8.11.  
21. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.35.

rechtigde of cliënt ontbreekt om verschoningsgerechtigde informatie uit de beslotenheid te halen.<sup>22</sup>

### 3 De onderzoeksbevoegdheden in de enquêteprocedure

Het weigeringsrecht van de cliënt van de verschoningsgerechtigde kan wringen met de onderzoeksbevoegdheden in de enquêteprocedure. Deze bevoegdheden zijn summier geregeld in de artikelen 2:351, 2:352 en 2:352a BW.<sup>23</sup> De mogelijkheden waarin het enquêterecht voorziet – waaronder de aan de onderzoeker toekomende bevoegdheden – vervullen een belangrijke rol voor de doeltreffendheid van het enquêterecht.<sup>24</sup>

Op grond van artikel 2:351 BW komt de onderzoeker in de enquêteprocedure de bevoegdheid toe tot de raadpleging van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de geënquêteerde rechtspersoon en daarmee nauw verbonden rechtspersonen. Desverlangd moeten de onderzoeker de bezittingen van de rechtspersoon worden getoond. Naast deze medewerkingsplicht bestaat een inlichtingenplicht voor de (voormalige) bestuurders, commissarissen en degenen die in dienst zijn of waren van de geënquêteerde rechtspersoon. Waar medewerking uitblijft, kan de onderzoeker een bevel van de raadsheer-commissaris verzoeken als bedoeld in artikel 2:352 BW. Op de voet van artikel 2:352a BW kan een inlichtingenplichtige door de Ondernemingskamer (hierna: OK) bovendien worden gehoord als getuige.

Waar uitzonderingen worden aangenomen op de medewerkings- en inlichtingenplicht kan de doeltreffendheid van het enquêterecht onder druk komen te staan: mogelijk verkrijgt de onderzoeker daardoor een minder volledig beeld van het gevoerde beleid. In *Xeikon* werd volledige en onvoorwaardelijke inzage in de notulen van het *Xeikon*-management geweigerd 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. Volgens de raadsheer-commissaris miskende *Xeikon* daarmee dat haar belang bij geheimhouding niet afdoet aan haar wettelijke verplichting tot informatieverschaffing, mede tegen de achtergrond van de voor de onderzoeker en andere bij de enquêteprocedure betrokkenen geldende geheimhoudingsverplichtingen (art. 2:351 lid 3 en 2:353 lid 3 BW).<sup>25</sup> Een uitzondering op de medewerkingsplicht, omdat met naleving van die verplichting

concurrentiegevoelige informatie zou worden gedeeld, werd terecht niet aangenomen.

Evenmin kan een uitzondering op de medewerkingsplicht worden aangenomen met een beroep op het *nemo tenetur*-beginsel. Naar aanleiding van *Saunders*<sup>26</sup> heeft De Witt Wijnen in verband met artikel 6 EVRM de vraag opgeworpen of de verplichting voor (gewezen) bestuurders, commissarissen en degenen in dienst van de vennootschap om mee te werken aan het onderzoek op de voet van artikel 2:351 en 2:352 BW 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>27</sup> In de rechtspraak en literatuur wordt die vraag algemeen ontkennend beantwoord.<sup>28</sup>

### 4 De rol van het functioneel verschoningsrecht in de enquêteprocedure

In de SNS-enquête weigerde SNS<sup>29</sup> ten aanzien van 104 documenten (notulen, besluiten en correspondentie) volledige en onvoorwaardelijke inzage te verstrekken wegens het geprivilegieerde karakter van (delen van) die documenten. De Hoge Raad oordeelt dat aan het verschonings- en weigeringsrecht betekenis toekomt in de enquêteprocedure, en slaat daarmee een gat in de onderzoeksbevoegdheden van de onderzoeker. Achtereenvolgens bespreek ik hier de toepasselijkheid van het functioneel verschoningsrecht (par. 4.1 en 4.2), het weigeringsrecht (par. 4.3) en de wijze van toetsing van een beroep hierop (par. 4.4).

#### 4.1 De toepasselijkheid van het functioneel verschoningsrecht

Omdat het functioneel verschoningsrecht in *Notaris Maas* wordt aangemerkt als algemeen rechtsbeginsel, is het in begin-

22. Fernhout 2004, p. 219, onder verwijzing naar J.B.M. Vranken, *Het professionele (functionele) verschoningsrecht* (preadvies NJV, deel 1, tweede stuk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 117-118.  
23. 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), r.o. 3.5.2.  
24. HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1104, NJ 2019/394 m.nt. G. van Solinge (Aqualectra), r.o. 3.4.6.  
25. Hof Amsterdam (OK) (r-c) 23 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1499, ARO 2015/124 (*Xeikon*), r.o. 2.9.

26. EHRM 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862, NJ 1997/699 m.nt. G. Knigge (Saunders).  
27. O.L.O. de Witt Wijnen, *Bewijsvoering in vennootschappelijke procedures*, in: P. van Schilfgaarde e.a., *Rechtspleging in het ondernemingsrecht* (IVOR nr. 26), Deventer: Kluwer 1997, p. 111-112.  
28. Zie bijv. HR 12 juni 1953, ECLI:NL:HR:1953:AG2000, NJ 1954/61 m.nt. D.J. Veegens (Bloedproef); HR 28 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3656, NJ 2002/104 m.nt. D.W.F. Verkade (Hooters), r.o. 3.5; concl. A-G Langemeijer voor HR 28 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3656, NJ 2002/104 m.nt. D.W.F. Verkade (Hooters), onder 2.19; concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.11; P. van Schilfgaarde e.a., *Rechtspleging in het ondernemingsrecht* (IVOR nr. 26), Deventer: Kluwer 1997, p. 205; P.M.M. van der Grinten & M.J. Kroeze, *Het congres 'Rechtspleging in het ondernemingsrecht'*, TVVS 1997, afl. 1, p. 12-13; P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht: analyse van de relevante rechtspraak* (diss. Groningen; IVOR nr. 46), Deventer: Kluwer 2004, p. 161-162; P.G.F.A. Geerts, *annotatie bij EHRM 19 maart 2002*, ECLI:NL:XX:2002:AG8133, *Ondernemingsrecht 2002/32* (Text Lite), onder 9; R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (diss. Nijmegen; VDHI nr. 145), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 348-349.  
29. Met 'SNS' duid ik hierna aan: SRH NV (voorheen: SNS Reaal NV) en dochter de Volksbank NV (voorheen: SNS Bank NV).

sel in alle rechtsgebieden van toepassing.<sup>30</sup> Hierom is rechtspraak over het verschoningsrecht in bijvoorbeeld strafzaken ook relevant voor de toepassing van het verschoningsrecht in een civielrechtelijke procedure.<sup>31</sup> Disharmonieën tussen verschillende rechtsgebieden worden daarbij zo veel mogelijk vermeden.<sup>32</sup> Op sommige plaatsen vindt het functioneel verschoningsrecht ook uitdrukkelijk erkenning, bijvoorbeeld in artikel 165 en 843a Rv, artikel 6b Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, artikel 5:20 Awb, artikel 53a AWR en artikel 13 Wet Huis voor klokkenluiders.

In de wettelijke regeling van het enquêterecht vindt het verschoningsrecht niet uitdrukkelijk erkenning. Als algemeen rechtsbeginsel verliest het functioneel verschoningsrecht echter slechts zijn werking indien uit een wettelijke regeling of de bijbehorende wetgeschiedenis de strekking blijkt om het functioneel verschoningsrecht bij de toepassing van die regeling buiten werking te stellen.<sup>33</sup>

Uit de wettelijke regeling van het enquêterecht en de totstandkomingsgeschiedenis daarvan blijkt niet dat de wetgever het functioneel verschoningsrecht in de enquêteprocedure geheel of gedeeltelijk buiten werking heeft willen stellen, zo oordeelt de Hoge Raad terecht in SNS.<sup>34</sup> Met Timmerman lees ik dit in het bijzonder niet in de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis, waarin de Minister van Veiligheid en Justitie opmerkt:

‘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].’

De minister lijkt in deze passage niet in te gaan op de implicaties uit Notaris Maas; veeleer ligt voor de hand dat niet is stilgestaan bij de vraag naar de werking van het verschoningsrecht in de enquêteprocedure.<sup>35</sup>

Er zijn bovendien indicaties dat het verschoningsrecht wél van toepassing is in de enquêteprocedure. Zo is artikel 2:352a BW ingevoerd op advies van de Sociaal-Economische Raad (SER), die daarbij overwoog:

‘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.’<sup>36</sup>

De Staatssecretaris van Justitie nam het advies van de SER integraal over, en wijdde verder geen aanvullende passages in de parlementaire geschiedenis aan het verschoningsrecht.<sup>37</sup> Ook in de literatuur wordt algemeen aangenomen dat artikel 2:352a BW de mogelijkheid van verschoning onverlet laat.<sup>38</sup> Artikel 2:352 en 2:352a BW bieden de onderzoeker dwangmiddelen als hem medewerking of inlichtingen overeenkomstig artikel 2:351 BW worden geweigerd. Zij vormen zo een stok achter de deur voor naleving van de medewerkings- en inlichtingenplicht.<sup>39</sup> Beide artikelen vullen elkaar aan, wat toepasselijkheid van het verschoningsrecht in het kader van artikel 2:352 BW indiceert.

Dat het verschoningsrecht ook werking kan hebben in het kader van artikel 2:352 BW blijkt bovendien uit bepaling 5.6 van de Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures (hierna: de Leidraad), waarover nader paragraaf 4.4. Ook voor de introductie van die bepaling op 9 juli 2019 accepteerden onderzoekers onder omstandigheden reeds een weigering verschoningsgerechtigde informatie aan de onderzoeker te verstrekken, zoals in Unilever.<sup>40</sup>

#### 4.2 ‘Zeer uitzonderlijke omstandigheden’

In Notaris Maas laat de Hoge Raad ruimte voor ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt – ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap de verschoningsgerechtigde als zodanig is toevertrouwd –, moet prevaleren boven het verschoningsrecht.<sup>41</sup> De Hoge Raad is zeer terughoudend met het aanvaarden van een

30. In HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173 m.nt. W.L. Haardt (onder NJ 1986/176) (Notaris Maas), r.o. 3.1 wordt ook verwezen naar het burgerlijk, straf- en belastingrecht.

31. Zie bijv. HR 14 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9068, NJ 1986/175 m.nt. W.L. Haardt (onder NJ 1986/176) (Douwes/Timmerman), r.o. 3.

32. A.C. ’t Hart, annotatie bij HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9105, NJ 1986/533, onder 2.

33. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173 m.nt. W.L. Haardt (onder NJ 1986/176) (Notaris Maas), r.o. 3.2.

34. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, JOR 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos (SNS), r.o. 3.2.3.

35. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.31, onder verwijzing naar Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3, p. 24.

36. SER, Aanvullend advies wijziging enquêterecht (nr. 21), 17 november 1989, p. 16.

37. Kamerstukken II 1991/92, 22400, nr. 3, p. 7-8 en 16.

38. Zie bijv. Geerts 2004, p. 163; Asser/Macijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/786.

39. L. Timmerman & D.M. Thierry, De onderzoeker in het vennootschappelijke enquêterecht, TREMA 2004, afl. 4, p. 218; Geerts, in: GS Rechtspersonen, art. 2:352 BW, aant. 2 (2010); R. Verheggen, Ervaringen met de raadshere-commissaris in het enquêterecht, Ondernemingsrecht 2017/94, p. 525.

40. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.15 en 2.19. Zie ook 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.), Willem’s wegen (VDHI nr. 102), Deventer: Kluwer 2010, p. 242.

41. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173 m.nt. W.L. Haardt (onder NJ 1986/176) (Notaris Maas), r.o. 3.6.

dergelijke uitzondering.<sup>42</sup> Volgens de Hoge Raad laat de beantwoording van de vraag welke omstandigheden als zeer uitzonderlijk moeten worden aangemerkt zich niet in een algemene regel samenvatten. In enkele strafzaken zijn zeer uitzonderlijke omstandigheden aanvaard.<sup>43</sup> Voor het oordeel dat van zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake is, gelden volgens de Hoge Raad zware motiveringseisen.<sup>44</sup> Voor de beoordeling of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die rechtvaardigen dat het verschoningsrecht moet wijken voor het belang van de waarheidsvinding is doorgaans overigens geen kennisneming van de inhoud van de (beweerdelijk) verschoningsgerechtigde informatie vereist, nu het daarbij gaat om de beoordeling van omstandigheden die zich ongeacht de inhoud van de stukken voordoen.<sup>45</sup>

Van Woudenberg ziet ruimte voor ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ als sprake is van omstandigheden die ernstige gevolgen voor de maatschappij kunnen hebben; dat kan volgens haar ook in civiele zaken het geval zijn, maar zal eerder aan de orde zijn in strafrechtelijke procedures.<sup>46</sup> Kritisch hierop is Fernhout, die meent dat ook omstandigheden die ernstige gevolgen voor de maatschappij kunnen hebben zich niet snel laten transponeren naar een civiele procedure.<sup>47</sup> In SNS oordeelde de raadsheer-commissaris 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 een zwaarwichtig publiek belang bestaat, geen ‘zeer uitzonderlijke omstandigheid’ is.<sup>48</sup> Het hiertegen gerichte onderdeel van het cassatieberoep wordt verworpen zonder nadere motivering, op de voet van artikel 81 Wet RO.<sup>49</sup>

#### 4.3 De toepasselijkheid van het weigeringsrecht

In het verlengde van het functioneel verschoningsrecht oordeelt de Hoge Raad in SNS dat de cliënt van de functioneel verschoningsgerechtigde – de rechtspersoon – een weigeringsrecht toekomt in de enquêteprocedure. Hiertoe overweegt de Hoge Raad:

‘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>50</sup>

Gelet op dit belang kan de rechtspersoon zich ook op de vertrouwelijkheid van de met de verschoningsgerechtigde uitgewisselde informatie beroepen, indien de advocaat of notaris zich ter zake van deze informatie niet op een verschoningsrecht beroept.<sup>51</sup> Timmerman wijst terecht op de parallel tussen artikel 2:351 BW en het hiervoor in paragraaf 2.1.3 besproken Tradman/Staat, waarin een weigeringsrecht werd aangenomen in het kader van artikel 47 AWR, dat een medewerkings- en inlichtingenplicht van de belastingplichtige jegens de belastinginspecteur bevat.<sup>52</sup> In de literatuur werd overigens ook al wel aangenomen dat de rechtspersoon een weigeringsrecht toekomt in de enquêteprocedure, al werd dat niet steeds als zodanig aangeduid.<sup>53</sup>

In SNS werd ten aanzien van 104 documenten een beroep gedaan op het weigeringsrecht. De rechtspersoon komt in de enquêteprocedure overigens slechts een weigeringsrecht toe ten aanzien van de hierin opgenomen passages die vallen onder het verschoningsrecht.<sup>54</sup> Daartoe kunnen (beweerdelijk) geprivilegieerde passages worden weggelakt en de ‘geschoonde’ documenten vervolgens aan de onderzoekers ter beschikking worden gesteld.<sup>55</sup>

#### 4.4 Toetsing van een beroep op het weigeringsrecht

Als de rechtspersoon een beroep doet op het weigeringsrecht, dan kan de onderzoeker zich daarbij neerleggen,<sup>56</sup> of, indien hij van mening is dat het belang van waarheidsvinding zwaarder dient te wegen, de raadsheer-commissaris inschakelen om daarover te oordelen op de wijze als voorgeschreven in de Leidraad. In bepaling 5.6 van de Leidraad is opgenomen:

42. Fernhout 2004, p. 219-221; De Bock 2013, p. 162; concl. A-G Leijten voor HR 5 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9450, NJ 1994/262 m.nt. Th.W. van Veen.

43. Zie bijv. HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD7280, NJ 2002/438 m.nt. Y. Buruma, r.o. 5.2.3; HR 18 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5297, NJ 2003/621, r.o. 5.4.3; HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, NJ 2005/273 m.nt. G. Knigge, r.o. 5.3.

44. HR 9 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2386, NJ 2006/622 m.nt. J. de Boer (Savanna), r.o. 4.4.

45. HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1566, NJ 2014/476 m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 2.4.2.

46. J. van Woudenberg, *Verschoningsrecht*, in: W.E. Haak (red.), *WB der Nederlanden*; 25 jaar wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 176-177.

47. Fernhout 2004, p. 221.

48. Hof Amsterdam (OK) (r-c) 26 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:644, JOR 2019/132 m.nt. S.R. van Breukelen, r.o. 3.1 en 3.9.

49. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, JOR 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos (SNS), r.o. 3.6.

50. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, JOR 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos (SNS), r.o. 3.3.1. De Hoge Raad verwijst daarbij ter vergelijking naar HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9105, NJ 1986/533 m.nt. A.C. 't Hart, r.o. 5.3.1.

51. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, JOR 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos (SNS), r.o. 3.3.2.

52. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.11 en 2.21-2.22.

53. De Kluiver 2010, p. 242; N.V. Douma, *De processuele waarborgen binnen de onderzoeksfase van het enquêterecht*, V&O 2014, afl. 4, p. 80-81; Hermans 2017, p. 268.

54. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.22.

55. Hermans 2017, p. 268. Zie ook Hof Amsterdam (OK) (r-c) 26 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:644, JOR 2019/132 m.nt. S.R. van Breukelen (SNS), r.o. 2.7.

56. Zoals in Unilever, zie De Kluiver 2010, p. 242. Daarbij ging het overigens om schriftelijke adviezen van functioneel verschoningsgerechtigden, niet om verschoningsgerechtigde informatie in andere stukken.

‘Indien de rechtspersoon of een persoon die verplicht is aan het onderzoek mee te werken met een beroep op een (afgeleid) verschoningsrecht [bedoeld zal zijn ‘weigeringsrecht’, PB] afgifte weigert van adviezen, correspondentie of andere documenten afkomstig van een verschoningsgerechtigde (bijvoorbeeld een advocaat of notaris) en daarentrent 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.’<sup>57</sup>

De Leidraad biedt hiermee steun aan de gevolgde gang van zaken en beschikking van de raadsheer-commissaris in SNS.<sup>58</sup> De onderzoeker zal wel in de gelegenheid moeten worden gesteld om de aannemelijkheid van de bewering dat sprake is van verschoningsgerechtigde informatie te kunnen beoordelen. Timmerman geeft daartoe een praktische oplossing: in het geval van geprivilegieerde informatie in notulen en andere schriftelijke stukken kan dit door de namen van de notarissen en advocaten en hun kantoren niet weg te lakken.<sup>59</sup>

De Hoge Raad oordeelt in SNS ook dat de onderzoeker in de gelegenheid moet zijn om het beroep op het weigeringsrecht van de rechtspersoon te (laten) toetsen.<sup>60</sup> Als de rechtspersoon inzage weigert met een beroep op het weigeringsrecht, zonder dat de notaris of advocaat zich op zijn verschoningsrecht heeft beroepen, dient de raadsheer-commissaris volgens de Hoge Raad ‘op verzoek of ambtshalve’<sup>61</sup> in het kader van artikel 2:350 lid 4 of 2:352 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 beginsel sprake indien het gaat om informatie waarvan de raadpleging of verstrekking niet kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat, gelet op de vertrouwens sfeer tussen de rechtspersoon en zijn advocaat of notaris, verborgen dient te blijven.’<sup>62</sup>

Daartoe zal de raadsheer-commissaris kennis moeten nemen van de beweerdelijk verschoningsgerechtigde informatie. Het

standpunt van de rechtspersoon dat sprake is van verschoningsgerechtigde informatie kan aan de hand van de inhoud van het stuk waarin die informatie beweerdelijk is opgenomen betrekkelijk vergaand worden getoetst.<sup>63</sup>

De onderzoeker kan een beroep op het weigeringsrecht dus voorleggen aan de raadsheer-commissaris, die kortweg zal moeten oordelen of sprake is van verschoningsgerechtigde informatie. Is daarvan sprake, dan is dat een voldoende gewichtige reden voor de rechtspersoon om medewerking aan het onderzoek dienaangaande te mogen weigeren.

Anders is de situatie als de rechtspersoon zich door de verschoningsgerechtigde gesteund ziet in zijn stelling dat sprake is van verschoningsgerechtigde informatie. Indien de verschoningsgerechtigde zich ook op het standpunt stelt dat het gaat om informatie waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dient de onderzoeker dit standpunt te eerbiedigen, tenzij redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.<sup>64</sup> Voor de onderzoeker geldt dus een hoge drempel om een en ander voor te leggen aan de raadsheer-commissaris. De raadsheer-commissaris dient dan op zijn beurt een marginale toets aan te leggen bij de beoordeling van het beroep op het weigeringsrecht. De aard van het verschoningsrecht brengt volgens de Hoge Raad 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 wordt geopenbaard wat verborgen dient te blijven.<sup>65</sup> Voor zover dat voor de beoordeling noodzakelijk is, mag de raadsheer-commissaris van de desbetreffende stukken wel kennisnemen, en kan een beroep op het verschoningsrecht inhoudelijker worden getoetst.<sup>66</sup>

### 5 Implicaties voor de enquêtepraktijk

Problematisch aan de toekenning van een weigeringsrecht aan de onderzochte rechtspersoon in het enquêterecht is dat verschoningsgerechtigde informatie voor de onderzoeker verborgen kan blijven. Dat botst met de aan de onderzoeker toekomende onderzoeksbevoegdheden, en kan de doeltreffendheid van het onderzoek in de enquêteprocedure stevig onder druk zetten. Er daarbij maar op vertrouwen dat rechtspersonen geen belang hebben bij een beroep op het weigeringsrecht, omdat zij zich juist ter rechtvaardiging van hun handelwijze op uitgebrachte adviezen willen beroepen, vind ik een gevaar-

57. Bepaling 5.6 Leidraad ([www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/leidraad-voor-onderzoekers-in-enquete-procedures.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/leidraad-voor-onderzoekers-in-enquete-procedures.pdf)).

58. P.H.M. Broere, De Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures, *Ondernemingsrecht* 2019/123, p. 694.

59. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.23, die ter vergelijking wijst op HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, NJ 2012/408 m.nt. J.W. Zwemmer (Tradman/Staat), r.o. 3.5.3.

60. Vgl. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, NJ 2012/408 m.nt. J.W. Zwemmer (Tradman/Staat), r.o. 3.5.3.

61. Anders dan de Hoge Raad lees ik geen ambtshalve bevoegdheid voor de raadsheer-commissaris in art. 2:350 lid 4 en 2:352 BW.

62. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, JOR 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos (SNS), r.o. 3.4.1.

63. Zie bijv. HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0434, NJ 2014/12 m.nt. T.M. Schalken, r.o. 3.4; concl. A-G Knigge voor HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686, NJ 2017/129 m.nt. F. Vellinga-Schootstra, onder 6.12.

64. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, JOR 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos (SNS), r.o. 3.2.4.

65. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173 m.nt. W.L. Haardt (onder NJ 1986/176) (Notaris Maas), r.o. 3.5; bevestigd in de in Feenhou 2004, p. 196 en De Bock 2013, p.162 genoemde jurisprudentie.

66. Vgl. HR 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:277, RvdW 2020/328, r.o. 2.7.1.

lijke gedachte. Soms zal dat inderdaad het geval zijn,<sup>67</sup> maar de rechtspersoon heeft met het weigeringsrecht ook een wapen in handen om het onderzoek te frustreren, en kan ontkomen aan het afleggen van volledige verantwoording voor gevoerd beleid in de enquêteprocedure.

Door zich voor advies te wenden tot een verschoningsgerechtigde kan de rechtspersoon in de enquêteprocedure met een beroep op het weigeringsrecht informatie verbergen voor de onderzoeker. Daarbij kunnen eigen procesrechtelijke belangen een rol spelen.<sup>68</sup> Juist als de rechtspersoon (zijn functionarissen) iets te verbergen heeft, zal hij zich willen kunnen beroepen op het weigeringsrecht. Of de rechtspersoon dan in overeenstemming met het geprivilegieerde advies heeft gehandeld, doet niet ter zake. In theorie heeft het bestuur van de rechtspersoon dat zijn beleid consequent afdekt met adviezen van een verschoningsgerechtigde, met het weigeringsrecht in de hand niets te vrezen van de onderzoeker.

Als de rechtspersoon zich gesteund ziet door de verschoningsgerechtigde dat inderdaad sprake is van verschoningsgerechtigde informatie, zal de onderzoeker zich daarbij veelal moeten neerleggen – gevallen waarin redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan dat dit standpunt onjuist is uitgezonderd. Ziet de rechtspersoon zich niet gesteund door de verschoningsgerechtigde, en kan hij geen informatie overleggen op grond waarvan de onderzoeker de aannemelijkheid van de bewering dat sprake is van verschoningsgerechtigde informatie kan beoordelen – de rechtspersoon weigert bijvoorbeeld de documenten af te geven waarin de namen van de notarissen en advocaten en hun kantoren niet weggelakt zijn –, dan kan de onderzoeker een en ander eerder aan de raadsheer-commissaris voorleggen. Tot niet-verschoningsgerechtigde informatie zal de onderzoeker dan alsnog toegang kunnen krijgen. Door het verschoningsrecht afgedekte informatie blijft echter verborgen.

Een goed onderzoeker zal het beroep van de rechtspersoon op het weigeringsrecht omdat sprake is van verschoningsgerechtigde informatie, welke stelling niet wordt gesteund door de verschoningsgerechtigde en – na aanhoudende verzoeken van de onderzoeker daartoe – evenmin op aannemelijkheid kan worden getoetst, mijns inziens moeten voorleggen aan de raadsheer-commissaris. Het belang van een volledig onderzoek dient daarbij voorop te staan. Hieraan zijn echter ook nadelen verbonden, want het versterkt het litigieuze karakter van de enquêteprocedure, zet de verhoudingen tussen de rechtspersoon en de onderzoeker op scherp, en brengt de nodige tijd en kosten met zich. Mogelijk beschikt de onderzoeker niet over voldoende onderzoeksbudget om zich tot de raadsheer-commissaris te kunnen wenden, en zal hij eerst een verhoging van het onderzoeksbudget moeten verzoeken. Als de raadsheer-commissaris verschoningsgerechtigde informatie te zien

krijgt, dan kan hij geen deel meer uitmaken van de zetel van de OK die een verzoek tot de vaststelling van wanbeleid, kostenverhaal of eindvoorzieningen beoordeelt,<sup>69</sup> wat voor de nodige vertraging kan zorgen.

## 6 Drie oplossingsrichtingen

Een beroep van de rechtspersoon op het weigeringsrecht, of dat nu terecht is of niet, kan behoorlijke gevolgen hebben voor de enquêtepraktijk. Ik heb mij afgevraagd of er mogelijkheden zijn om aan die gevolgen te ontkomen, en kwam tot drie oplossingsrichtingen: een binnen de bestaande mogelijkheden van het enquêterecht (par. 6.1), een die vermoedelijk een koerswijziging van de Hoge Raad vraagt (par. 6.2), en een die ingrijpen van de wetgever vergt (par. 6.3).

### 6.1 De gebruikmaking van onmiddellijke voorzieningen

De OK kan functionarissen bij onmiddellijke voorziening schorsen, op de voet van artikel 2:349a BW. Een (exclusief) vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder of commissaris kan in de plaats van deze functionarissen worden benoemd. Als alternatief kan de OK een OK-functionaris benoemen naast de zittende functionarissen. De OK kan deze OK-functionaris belasten met de exclusieve taak de rechtspersoon te vertegenwoordigen in de enquêteprocedure, althans exclusief te oordelen over beroepen op het weigeringsrecht.

De OK-functionaris kan de onderzoeker op deze manier bijstaan bij de uitvoering van het onderzoek, en verhinderen dat de rechtspersoon zich nodeloos beroept op het weigeringsrecht. Hij lijkt ook beter in staat te beoordelen of het belang van de rechtspersoon is gediend met een beroep op het weigeringsrecht. Functionarissen van de rechtspersoon, wier handelen voorwerp van onderzoek is, kennen bij de beoordeling van de vraag of de rechtspersoon zich dient te beroepen op het weigeringsrecht, mogelijk eerder doorslaggevend belang toe aan hun eigen procesrechtelijke belangen, die niet steeds parallel lopen met het belang van de rechtspersoon. Deze functionarissen kennen waarschijnlijk meer belang toe aan het redden van hun eigen hachje, en voorkomen liever dat zij verantwoordelijk worden gehouden voor het wanbeleid, worden veroordeeld de kosten van het onderzoek te voldoen ingevolge artikel 2:354 BW, worden ontslagen op de voet van artikel 2:356 sub b BW, en/of aansprakelijk worden gehouden in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure.

### 6.2 Inhoudelijke toetsing van een beroep op het weigeringsrecht

In SNS wees de raadsheer-commissaris een rechterlijke toetsing af die neerkomt 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 raadsheer-commissaris overwoog dat, indien een notaris of advocaat zich op zijn verschoningsrecht

67. Hermans 2017, p. 268; concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.22.

68. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.23.

69. Zie ook Hof Amsterdam (OK) (r-c) 26 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:644, JOR 2019/132 m.nt. S.R. van Breukelen (SNS), r.o. 3.17.

beroept, een afweging van de met het concrete geval gemeide tegenstrijdige belangen tot een zodanige onzekerheid omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht zou leiden dat dit daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast.<sup>70</sup> Dit oordeel van de raadsheer-commissaris sluit aan bij een bestendige lijn van Hoge Raad-jurisprudentie, die verband houdt met het gegeven dat het functioneel verschoningsrecht het maatschappelijk belang dient dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot functioneel verschoningsgerechtigden moet kunnen wenden.<sup>71</sup>

Een koerswijziging van de Hoge Raad kan enigszins tegemoetkomen aan de in paragraaf 5 beschreven implicaties van SNS. In de literatuur is wel verdedigd dat de Hoge Raad tegen de achtergrond van het huidige tijdsgewricht de grondslag van het functioneel verschoningsrecht mede dient te zoeken in het individuele belang van de hulpzoekende cliënt.<sup>72</sup> Ook is een meer inhoudelijke toetsing van het beroep op het functioneel verschoningsrecht en weigeringsrecht betoogd.<sup>73</sup> Kern van deze kritiek is dat het functioneel verschoningsrecht een middel vormt om het beroepsgeheim gestand te doen en het beroepsgeheim een tweeledige ratio heeft: het individuele belang van de cliënt bij vertrouwelijkheid (privacy) en het maatschappelijk belang.<sup>74</sup> In het verlengde hiervan ligt een rol voor het individuele belang bij een beroep op het functioneel verschoningsrecht of weigeringsrecht voor de hand.

Ook Timmerman blijkt gevoelig voor deze kritiek. Omdat de rechtspersoon zich bij de keuze het weigeringsrecht al dan niet in te roepen mede zal laten leiden door zijn eigen procesrechtelijke belangen, en de maatschappelijke belangen die gediend zijn met het verschoningsrecht dus meer op de achtergrond staan, meent Timmerman dat de raadsheer-commissaris in het enquêterecht ruimte toekomt om het belangenconflict tussen waarheidsvinding en vertrouwelijkheid meer dan marginaal te toetsen. Aan de hand van de omstandigheden van het geval moet de raadsheer-commissaris inhoudelijk kunnen toetsen welk belang het zwaarste moet wegen,<sup>75</sup> waarbij ook 'zwaarwichtige publieke belangen bij het verkrijgen van openheid van zaken' een rol van betekenis kunnen spelen.<sup>76</sup>

Als de rechtspersoon een beroep doet op het weigeringsrecht en de verschoningsgerechtigde zich op het standpunt stelt dat geen sprake is van verschoningsgerechtigde informatie, komt volgens Timmerman minder nadruk te liggen op het maatschappelijk belang dat wordt gediend door het verschoningsrecht. Het individuele belang van de rechtspersoon 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 SNS ook maatschappelijk gekleurd is.<sup>77</sup> Onder deze omstandigheden zou volgens Timmerman het belang van de waarheidsvinding dus voor moeten gaan.

Waar de raadsheer-commissaris wordt toegerust met een inhoudelijke toetsingsbevoegdheid kan dit een prikkel vormen voor betrokkenen om te voldoen aan de medewerkingsplicht van artikel 2:351 BW. Als gevolg hiervan kan de onderzoeker ook inzage verkrijgen in en gebruikmaken van verschoningsgerechtigde informatie. Waar de hierna in paragraaf 6.3 beschreven grenzen in acht worden genomen, is geheimhouding van die informatie mijns inziens voldoende gewaarborgd. Deze oplossingsrichting voorkomt niet dat in voorkomende gevallen een beroep gedaan zal moeten worden op de raadsheer-commissaris, met de daaraan verbonden nadelen als beschreven in het slot van paragraaf 5.

Overigens kan ook worden betoogd dat de Hoge Raad in SNS reeds ruimte biedt voor een inhoudelijke toetsing van een beroep op het weigeringsrecht. Bij een beroep op het weigeringsrecht dat niet wordt gesteund door de verschoningsgerechtigde dient de raadsheer-commissaris volgens de Hoge Raad 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 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 [curs. PB].'<sup>78</sup>

Betoogd kan worden dat de woorden 'in beginsel' de raadsheer-commissaris ruimte bieden voor een inhoudelijke toetsing van een beroep op het weigeringsrecht. Ik vermoed dat de Hoge Raad dit echter niet zo heeft bedoeld,<sup>79</sup> en voor een

70. Hof Amsterdam (OK) (r-e) 26 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:644, JOR 2019/132 m.nt. S.R. van Breukelen (SNS), r.o. 3.12. Vgl. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173 m.nt. W.L. Haardt (onder NJ 1986/176) (Notaris Maas); HR 7 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9067, NJ 1986/174.

71. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173 m.nt. W.L. Haardt (onder NJ 1986/176) (Notaris Maas), r.o. 3.1.

72. De Bock 2013, p. 158, 160 en 167; Asser Procesrecht/Asser 3 2017/131. Vgl. ook J.C.M. Leijten, Het professionele (of functionele) verschoningsrecht. Preadviezen van J.B.M. Vranken en A.G. Lubbers, NJB 1986, afl. 23, p. 708.

73. Vranken 1986, p. 121-122; De Bock 2013, p. 167.

74. De Bock 2013, p. 159-160, met verwijzingen.

75. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.23.

76. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.47.

77. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.50.

78. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, JOR 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos (SNS), r.o. 3.4.1.

79. Het middel in het principale beroep nodigt de Hoge Raad strikt genomen niet uit in te gaan op een inhoudelijke toetsing van een beroep op het weigeringsrecht. Onderdeel 1 van het voorwaardelijk incidentele beroep nodigt de Hoge Raad hiertoe wel uit, maar dit onderdeel wordt afgedaan via art. 81 Wet RO.



inhoudelijke toetsingsbevoegdheid een koerswijziging van de Hoge Raad nodig is.

Ik merk nog op dat Timmerman erop wijst dat indien de raadsheer-commissaris is gebleken dat door de rechtspersoon onterecht een beroep op het weigeringsrecht is gedaan, het de OK vrijstaat daaruit bij het vormen van het wanbeleidoordeel de gevolgtrekking te maken die zij geraden acht. Die ‘sanctie’ kan volgens Timmerman gerechtvaardigd zijn in het geval van tegenwerking van het onderzoek met een beroep op het verschoningsrecht.<sup>80</sup> Via toepassing van artikel 21 Rv lijkt mij deze gevolgtrekking inderdaad mogelijk.<sup>81</sup> In RNA oordeelde de Hoge Raad ook dat de OK zich naast het onderzoeksverslag mag baseren op hetgeen voorts in de procedure blijkt.<sup>82</sup> Dat kan in voorkomende gevallen ook een beschikking van de raadsheer-commissaris zijn, die oordeelt dat het weigeringsrecht door de rechtspersoon onterecht is ingeroepen.

### *6.3 De buitentoeassingverklaring van het functioneel verschoningsrecht en weigeringsrecht in de enquêteprocedure*

Een derde oplossingsrichting vergt ingrijpen van de wetgever, die het functioneel verschoningsrecht en weigeringsrecht buiten toepassing kan verklaren in de enquêteprocedure.<sup>83</sup> Daarmee worden de in paragraaf 5 beschreven implicaties eenvoudig afgedaan. Openbaarmaking van het aan de verschoningsgerechtigde toevertrouwde vindt dan wel plaats, maar enkel in de beslotenheid van het enquêterecht. Het enquêterecht voorziet in bijzondere geheimhoudingsverplichtingen, die het behoud van de vertrouwelijkheid van verschoningsgerechtigde informatie mijns inziens in voldoende mate kunnen waarborgen. Niet-naleving van deze geheimhoudingsverplichtingen is ook strafrechtelijk gesanctioneerd.<sup>84</sup>

Zo rust op de onderzoeker een geheimhoudingsverplichting (art. 2:251 lid 3 BW) en mogen zij aan wie gelegenheid is geboden commentaar te leveren op het conceptverslag daaruit geen mededelingen doen (art. 2:351 lid 4 BW). Betrokkenen

bij de enquêteprocedure ontvangen steeds een exemplaar van het (gedeponeerde) onderzoeksverslag; de OK kan bepalen dat het verslag geheel of gedeeltelijk ter inzage ligt voor belanghebbenden of voor eenieder (art. 2:353 lid 2 BW). Anderen dan de rechtspersoon is het verboden mededelingen te doen uit het onderzoeksverslag aan derden, voor zover dat niet voor eenieder ter inzage ligt, tenzij zij hiertoe door de voorzitter van de OK zijn gemachtigd (art. 2:353 lid 3 BW).

Waar verschoningsgerechtigde informatie wordt gedeeld met de onderzoeker en deze informatie in het onderzoeksverslag wordt opgenomen, kan de OK voorkomen dat het onderzoeksverslag breder bekend raakt dan bij de bij de enquêteprocedure betrokkenen. De OK kan dan bepalen dat het onderzoeksverslag niet breder ter inzage ligt of dat het onderzoeksverslag met uitzondering van de verschoningsgerechtigde passages ook ter inzage ligt voor belanghebbenden. Een machtiging tot het doen van mededelingen uit het onderzoeksverslag kan de voorzitter van de OK weigeren of beperken tot niet-verschoningsgerechtigde informatie.

Overigens ligt hier dan ook een taak voor de OK bij de formulering van haar oordeel over wanbeleid, kostenverhaal of voorzieningen. Beschikkingen van de OK worden integraal, niet geanonimiseerd gepubliceerd in *ARO*. Zolang de OK haar beschikkingen niet motiveert met citaten uit of verwijzingen naar verschoningsgerechtigde informatie, blijft het vertrouwelijke karakter van verschoningsgerechtigde informatie mijns inziens voldoende gewaarborgd. Onder de voorwaarden van artikel 27 Rv kan de behandeling van verzoeken eventueel achter gesloten deuren plaatsvinden.

## 7 Tot slot

Met zijn beschikking in SNS heeft de Hoge Raad het de onderzoeker in de enquêteprocedure niet eenvoudiger gemaakt. Het hem toekomende weigeringsrecht stelt de rechtspersoon in staat informatie achter te houden voor de onderzoeker. Sommige informatie wordt na een gang naar de raadsheer-commissaris mogelijk toegankelijk, maar verschoningsgerechtigde informatie blijft in principe verstopt. In deze bijdrage schetste ik een drietal mogelijkheden om aan de gevolgen van SNS te ontkomen. Zolang de Hoge Raad of wetgever de handschoen niet oppakt, kan de OK in voorkomende gevallen onmiddellijke voorzieningen treffen. Ik vermoed dat de OK, een doorgaans creatief college, daar wel raad mee weet.

80. Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2020:14 (SNS), onder 2.24 en 2.41. Zie ook Timmerman & Thierry 2004, p. 218.

81. Timmerman wijst in dit kader op art. 198 lid 3 Rv, onder verwijzing naar Geerts 2004, p. 162 en Hermans 2017, p. 258. Geerts 2004, p. 137-139 betoogde rechtstreekse toepassing van art. 198 lid 3 Rv, omdat de onderzoeker kwalificeert als deskundige in de zin van art. 194 e.v. Rv, maar kwam later van die stelling terug, zie P.G.F.A. Geerts, Kroniek enquêterecht 2005, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006* (VDHI nr. 87), Deventer: Kluwer 2006, p. 23. Hermans verdedigde een analoge toepassing van art. 198 lid 3 Rv, maar enkel '[v]oor zover de onderzoekers medewerking van partijen bij de enquêteprocedure behoeven en zich niet kunnen beroepen op een van hun specifieke bevoegdheden'. Juist omdat ook een medewerkingsplicht is opgenomen in art. 2:351 BW, acht ik art. 198 lid 3 Rv niet van (overeenkomstige) toepassing op het enquêterecht.

82. HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2161, NJ 2003/286 m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 2003/110 m.nt. J.M. Blanco Fernández (RNA), r.o. 3.13 en 3.21.

83. Vgl. de gestelde Kamervragen in *Aanhangsel Handelingen II 2018/19*, 2019Z11430; *Aanhangsel Handelingen II 2018/19*, 2019Z14774.

84. Art. 272 Sr.