



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht

Schild, A.J.P.

Citation

Schild, A. J. P. (2012, November 6). *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*. Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20103>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20103>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20103> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Schild, Alexander Johan Paul

Title: De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht

Date: 2012-11-06

Hoofdstuk 5. Artikel 6 EVRM

5.1 Inleiding

Bij beschikking van 3 december 1987 oordeelde de Ondernemingskamer dat gebleken was van wanbeleid bij Ogem Holding N.V. (hierna Ogem). Enige voormalige leden van de raad van bestuur en raad van commissarissen stelden daarop cassatieberoep in tegen de beschikking van de Ondernemingskamer. In cassatie werd onder meer aangevoerd dat de wijze waarop het oordeel van de Ondernemingskamer tot stand was gekomen de toets van art. 6 EVRM niet kon doorstaan.¹ De bestuurders en commissarissen betoogden – kort gezegd – dat zij van de Ondernemingskamer onvoldoende ruimte hadden gekregen zich te verweren tegen de aantijgingen in het verslag. Zij wezen daarbij erop dat zij onvoldoende waren betrokken bij de totstandkoming van het onderzoeksverslag. Aldus kon niet worden gesproken van een *fair trial* als bedoeld in art. 6 EVRM. Dergelijke klachten roepen de vraag op welke eisen art. 6 lid 1 EVRM stelt aan de enquêteprocedure. Deze vraag en meer in het algemeen de vraag op welke wijze art. 6 EVRM het Nederlandse ondernemingsrecht beïnvloedt, is het onderwerp van onderzoek van dit hoofdstuk.

Op voorhand zijn er niet veel bepalingen aanwijsbaar in het Nederlandse ondernemingsrecht waarbij het denkbaar is dat zich een spanning zal kunnen voordoen met de eisen die volgen uit art. 6 EVRM. Het is vooral in de enquêteprocedure dat zich vragen kunnen voordoen met betrekking tot art. 6 EVRM. Alvorens die vragen te bespreken volgt eerst een korte inleiding over art. 6 EVRM.

1. Daarnaast werd een beroep gedaan op schending van de fundamentele beginselen van procesrecht en art. 429I (vervallen per 1 januari 2002) dat luidde als volgt: “*Iedere belanghebbende heeft recht op inzage en afschrift van het verzoekschrift, de verweerschriften, de op de zaak betrekking hebbende bescheiden, de processen-verbaal en de beschikkingen.*”

5.2 Art. 6 EVRM, een introductie

5.2.1 De beschermingsomvang van art. 6 EVRM

Art. 6 EVRM waarborgt het recht op een eerlijk proces. Het artikel heeft nooit gebrek aan aandacht gekend. Het betreft het artikel waar het meeste over wordt geklaagd bij het EHRM. Het is tevens ook het artikel dat het vaakst geschonden wordt bevonden. Voor een groot deel betreffen dit klachten over overschrijding van de redelijke termijn waarbinnen zaken dienen te worden berecht.

Art. 6 EVRM is van toepassing steeds wanneer iemand een strafbaar feit ten laste wordt gelegd en in rechtsgedingen die de vaststelling van burgerlijke rechten of verplichtingen betreffen, zo bepaalt het eerste lid van art. 6 EVRM. Aldus heeft het twee belangrijke toepassingsgebieden: het strafrecht en het civiele recht. De betekenis van art. 6 EVRM op het strafproces blijft hier verder onbesproken.² Dat zowel natuurlijke als rechtspersonen rechtswaarborgen aan art. 6 EVRM kunnen ontleen is onomstreden.³

De fundamentele betekenis van het recht op een eerlijk proces in een democratische rechtsstaat rechtvaardigt een extensieve interpretatie zo heeft het EHRM overwogen in *Delcourt t. België*.⁴ In het verleden heeft het EHRM door art. 6 EVRM extensief te interpreteren de reikwijdte van dit artikel aanmerkelijk vergroot. Ik illustreer dat aan de hand van twee uitspraken van het EHRM: *Golder t. Verenigd Koninkrijk* en *Hornsby t. Griekenland*. In beide zaken verdedigt het EHRM de door hem voorgestane ruime uitleg van art. 6 EVRM door te overwegen dat een andere – niet functionele maar meer letterlijke – interpretatie zich niet verdraagt met het legaliteitsbeginsel zoals neergelegd in de preambule van het EVRM.

5.2.2 *Golder t. Verenigd Koninkrijk*

In *Golder t. Verenigd Koninkrijk* was de vraag aan de orde of onder art. 6 EVRM ook het recht op toegang tot de rechter valt.⁵ *Golder* (een Brits

2. De strafrechtelijke vervolging van rechtspersonen betreft een onderwerp dat buiten het ondernemingsrecht ligt.

3. Vgl. HR 17 januari 1990, VN 1990, 894, rov. 2: “Het tweede middel, dat terecht vooropstelt dat de in artikel 6 EVRM neergelegde waarborgen niet alleen voor natuurlijke personen, doch ook voor rechtspersonen gelden (...)”.

4. EHRM 17 januari 1970, appl. nr. 2689/65 (*Delcourt t. België*), § 25: “In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision (see, mutatis mutandis, the *Wemhoff* judgment of 27th June 1968, “As to the Law” paragraph 8).”

5. EHRM 21 februari 1975, appl. nr. 4451/70, NJ 1975, 462 m.nt. EAA (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*).

ingezetene) zat een gevangenisstraf uit van 15 jaar. Op een avond was sprake van *serious disturbance* in de recreatieruimte, waarbij onder meer een gevangenisbewaarder werd aangevallen. Golder werd aangewezen door een gevangenisbewaarder als één van de bij het incident betrokken personen. De gevangenisbewaarder nuanceerde zijn verklaring later in de zin dat hij dacht dat Golder bij het incident betrokken was, maar dit niet zeker wist. Een andere gevangenisbewaarder verklaarde dat Golder op het moment van het incident met hem in de televisiekamer aanwezig was en dus niet bij het incident betrokken kon zijn geweest. Tegen Golder werden geen disciplinaire maatregelen getroffen. In zijn dossier werd aangetekend “charges not proceeded with”.

Nadat Golder niet werd voorgedragen voor vervroegde invrijheidstelling (*parole*), naar hij meende vanwege de valselijke beschuldiging betrokken geweest te zijn bij het incident, wilde Golder de betreffende gevangenisbewaarder aanklagen voor *libel*. Golder vroeg daarop toestemming om een advocaat te raadplegen teneinde zijn zaak aanhangig te kunnen maken. Deze toestemming werd hem evenwel geweigerd. Ook een beroep bij de Home Office kon hem niet baten.

Golder klaagde daarop – nadat hij weer in vrijheid was gesteld – in Straatsburg dat art. 6 EVRM was geschonden. Het Verenigd Koninkrijk verweerde zich met de stelling dat aan art. 6 EVRM geen recht op toegang tot de rechter kan worden ontleend. Uit de tekst van art. 6 EVRM – met name de woorden “In the determination of his civil rights and obligations” – blijkt immers dat dit artikel slechts ziet op rechtsgedingen, nadat ze eenmaal aanhangig zijn gemaakt, aldus de stelling van het Verenigd Koninkrijk.

Het EHRM passeerde dat verweer, onder verwijzing naar het in de preambule opgenomen legaliteitsbeginsel en overwoog onder meer dat:

“in civil matters one can scarcely conceive of the rule of law without there being a possibility of having access to courts” en “It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings.”⁶

Het recht op een *fair trial*, zoals dat wordt beschermd door art. 6 EVRM omvat derhalve ook het recht op toegang tot de rechter.⁷ Bij een andere uitleg “a Contracting State could, without acting in breach of that text, do away with its courts, or take away their jurisdiction to determine certain classes of civil

6. EHRM 21 februari 1975, appl. nr. 4451/70, NJ 1975, 462 m.nt. EAA (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*), § 34 en 35.

7. Beperkingen op dit recht zijn mogelijk, zie EHRM 21 september 1994, appl. nr. 17101/90, NJ 1995, 463 (*Fayed t. Verenigd Koninkrijk*), § 65.

actions and entrust it to organs dependent on the Government.” (§ 35). Een vergelijkbare redenering hanteerde het EHRM in *Hornsby t. Griekenland*, welke zaak ik hierna zal toelichten.

5.2.3 *Hornsby t. Griekenland*

Betreft de weigering van plaatselijke autoriteiten om uitvoering te geven aan een onherroepelijke rechterlijke uitspraak een schending van art. 6 lid 1 EVRM? In de zaak *Hornsby t. Griekenland* beantwoordde het EHRM deze vraag bevestigend.⁸ David en Ada Hornsby waren geboren in het Verenigd Koninkrijk en woonachtig op het Griekse eiland Rhodos. Daar willen zij een school oprichten om Engelse les te geven. De toestemming van de autoriteiten die voor het oprichten van een school nodig is, wordt geweigerd omdat zij geen Griekse staatsburgers zijn.

Daarop wendt het echtpaar Hornsby zich tot Hof van Justitie met de klacht dat het voorschrift dat een vergunning alleen aan Griekse staatsburgers kan worden verleend, in strijd is met het vrije verkeer van personen. Het Hof van Justitie verklaart de klacht gegrond.

Na de uitspraak van het Hof van Justitie dienden – inmiddels vier jaar en vier maanden later – de Hornsby’s een nieuwe aanvraag in. De aanvraag werd evenwel op dezelfde gronden wederom afgewezen. Het beroep van het echtpaar Hornsby tegen deze afwijzing wordt uiteindelijk door de hoogste administratieve rechter gegrond geoordeeld.

Ook de gunstige beschikkingen van de administratieve rechter leiden niet tot het afgeven van een vergunning. Wanneer opnieuw om een vergunning wordt gevraagd weigert het bevoegde orgaan om te antwoorden op herhaalde verzoeken. Een reeks van nieuwe rechtsgedingen volgt. Onderwijl worden nieuwe voorschriften uitgevaardigd op grond waarvan de gevraagde vergunning ook aan buitenlanders kan worden verleend, met dien verstande dat degenen die geen Grieks middelbare school diploma bezaten, eerst een examen in Griekse taal en cultuur dienden af te leggen.

Hornsby c.s. klagen vervolgens in Straatsburg dat art. 6 EVRM is geschonden, omdat zij na vele keren in het gelijk te zijn gesteld in rechterlijke procedures, van de autoriteiten geen vergunning hebben ontvangen. Griekenland verweert zich in de eerste plaats op niet-ontvankelijkheid van de klacht – onder meer met de stelling dat de nationale rechtsmiddelen niet zouden zijn uitgeput – en voerde als inhoudelijk verweer aan dat art. 6 EVRM geen betrekking had op de

8. EHRM 19 maart 1997, appl. nr. 18357/91 (*Hornsby t. Griekenland*).

executie van rechtelijke uitspraken. Het EHRM verwierp deze verweren en oordeelde dat:

“the “right to a court” (...) would be illusory if a Contracting State’s domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party. It would be inconceivable that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without protecting the implementation of judicial decisions; to construe article 6 (art. 6) as being concerned exclusively with access to a court and the conduct of proceedings would be likely to lead to situations incompatible with the principle of the rule of law which the Contracting States undertook to respect when they ratified the Convention.”⁹

Waar enerzijds art. 6 EVRM ook ziet op het beschermen van het recht op toegang tot de rechter (zoals overwogen in *Golder t. Verenigd Koninkrijk*), zou dat recht illusoir worden indien anderzijds zou worden toegestaan dat in een verdragsstaat een onherroepelijk uitspraak niet geëffectueerd zou kunnen worden. Een redelijke uitleg van het EVRM brengt daarom mee dat art. 6 EVRM niet alleen het recht op rechtsbescherming omvat, maar ook op een effectieve rechtsbescherming, zo parafraseer ik het EHRM.

5.2.4 Het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen

Art. 6 EVRM beschermt het recht op een eerlijke en openbare behandeling van het geschil, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld, gevolgd door een uitspraak die in het openbaar moet worden gewezen. Deze bescherming kan worden ingeroepen door (rechts)personen¹⁰ die in rechte worden betrokken inzake “*the determination of (...) civil rights and obligations or any criminal charge*”.¹¹ Twee elementen zijn vereist: (i) het vaststellen van rechten en verplichtingen, en (ii) het burgerlijke karakter van dergelijke rechten en verplichtingen.

Wanneer is sprake van *civil rights* in de zin van art. 6 lid 1 EVRM? Het moet gaan om een recht “*which can be said at least on arguable grounds to be recognised under domestic law, must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise*.”¹²

9. EHRM 19 maart 1997, appl. nr. 18357/91 (*Hornsby t. Griekenland*), § 40.

10. Het EVRM maakt geen onderscheid tussen rechtspersonen en natuurlijke personen. Het EHRM heeft – zonder zich daar principieel over uit te laten – rechtspersonen ook steeds ontvankelijk geacht in hun klacht. Zie over de vraag naar de positie van rechtspersonen onder het EVRM uitgebreid: Emberland 2006.

11. De Franse tekst spreekt over “*des droits et obligations de caractère civil*”.

12. EHRM 19 april 2007, appl. nr. 63235/00, AB 2007, 317 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Vilho Eskelinen e.a./Finland*), § 40.

HOOFDSTUK 5

Wanneer is sprake van een *dispute* – in de Franse tekst *contestation* – van rechten?¹³ Een vooropstelling die het EHRM hanteert bij klachten over art. 6 EVRM is de volgende:¹⁴

“32. The principles that emerge from the Court’s case-law include the following:

- (a) Conformity with the spirit of the Convention requires that the word “contestation” (dispute) should not be “construed too technically” and should be “given a substantive rather than a formal meaning” (see the *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 20, para. 45).
- (b) The “contestation” (dispute) may relate not only to “the actual existence of a ... right” but also to its scope or the manner in which it may be exercised (see the same judgment, loc. cit., p. 22, para. 49). It may concern both “questions of fact” and “questions of law” (see the same judgment, loc. cit., p. 23, para. 51 in fine, and the *Albert and Le Compte* judgment of 10 February 1983, Series A no. 58, p. 16, para. 29 in fine, and p. 19, para. 36).
- (c) The “contestation” (dispute) must be genuine and of a serious nature (see the *Sporrong and Lönnroth* judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, p. 30, para. 81).
- (d) According to the *Ringeisen* judgment of 16 July 1971, “the ... expression ‘contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil’ [disputes over civil rights and obligations] covers all proceedings the result of which is decisive for [such] rights and obligations” (Series A no. 13, p. 39, para. 94). However, “a tenuous connection or remote consequences do not suffice for Article 6 para. 1 (art. 6-1) ...: civil rights and obligations must be the object - or one of the objects - of the ‘contestation’ (dispute); the result of the proceedings must be directly decisive for such a right” (see the above-mentioned *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* judgment, Series A no. 43, p. 21, para. 47)”

Het begrip vaststellen is door het EHRM lange tijd aldus verstaan dat geëist werd dat “*the result of the proceedings must be directly decisive for the right in question.*”¹⁵ Op interlocutoire procedures en uitspraken, zoals een kort geding, schorsingsbevelen en conservatoire maatregelen, werd art. 6 EVRM in beginsel niet van toepassing geacht. In *Micallef t. Malta* heeft het EHRM zijn standpunt ‘niet van toepassing, tenzij’ echter vervangen door het uitgangspunt ‘van

13. Wanneer men voor de uitleg van deze term te rade gaat bij de Engelse en Franse (authentieke) tekst van art. 6 EVRM blijken enigszins verschillende begrippen te worden gebruikt. In de Engelse tekst wordt gesproken over ‘determination’. In de Franse tekst over ‘contestation’. In de Franse tekst lijkt art. 6 EVRM slechts van toepassing op contentieuze procedures en niet op voluntaire procedures (die veelal met een verzoekschrift worden ingeleid). Een dergelijke strikte lezing is echter door het EHRM verworpen. Zie EHRM 23 juni 1981, appl. nr. 6878/75 & 7238/75, NJ 1982, 602 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*), § 45.

14. EHRM 23 oktober 1985, appl. nr. 8848/80, NJ 1986, 102 m.nt. EAA (*Bentham t. Nederland*).

15. Zie bijv. EHRM 19 april 2007, appl. nr. 63235/00, AB 2007, 317 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Vilho Eskelinen e.a./Finland*), § 40.

toepassing, tenzij'.¹⁶ Het EHRM heeft daarbij overwogen dat aanleiding bestaat voor een koerswijziging aangezien gebleken is dat in veel gevallen voorlopige voorzieningen *de facto* definitief zijn.¹⁷

Het EHRM beoordeelt van geval tot geval of sprake is van 'civil rights and obligations'.¹⁸ Ingeval het EHRM in een concreet geval wordt geroepen te beoordelen of sprake is van 'civil rights and obligations' beoordeelt het deze vraag verdragsautonoom. Dat wil zeggen dat de juridische kwalificatie van een bepaald recht of een bepaalde verplichting naar het nationale recht van de betrokken verdragsstaat – als civiel of niet – niet doorslaggevend is.

Het voorgaande sluit aan bij de wijze waarop het EHRM het EVRM meer in het algemeen benadert: als een *living instrument*. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat bij de interpretatie van het EVRM de *original intent* van de

16. EHRM 15 oktober 2009, appl. nr. 17056/06, NJ 2010, 180 m.nt. Alkema, AB 2010, 75 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Micallef t. Malta*) en herhaald in o.a. EHRM 29 maart 2011, appl. nr. 50084/06 (*RBTF t. België*). Van belang is of naar het recht van de verdragsstaat het beginsel van een *fair trial* van toepassing is op een voorlopige voorziening, hetgeen naar Nederlands recht het geval is, aangezien in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering geen uitzonderingen op dit beginsel worden geschapen voor kort geding-procedures.

17. *Micallef t. Malta*, § 79 & 80.

18. Art. 10 van de op 10 december 1948 door de Algemene Vergadering van de V.N. aanvaarde Universele Verklaring van de Rechten van de Mens luidt: "Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him." Viering (1994, p. 47) heeft in zijn dissertatie erop gewezen dat bij het ontwerpen van art. 6 EVRM de tekst van het art. 14 IVBPR tot uitgangspunt is genomen. (Zie over de verhouding tussen art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR ook Smits 2008, p. 21 & 22.) In die tekst school een discrepantie tussen de Engelse tekst en de Franse tekst. De Engelse tekst van dat ontwerp refereerde aan "*his rights and obligations in a suit of law*", terwijl in de Franse tekst werd gesproken over "*ses droits et obligations de caractère civil*". Viering merkt op dat deze discrepantie het onbedoelde gevolg was van een compromis waarin werd getracht enerzijds te voorkomen dat alle handelingen van overheden steeds door een onafhankelijke rechter zouden moeten worden beslecht. In de Verenigde Staten werden belastinggeschillen bijvoorbeeld veelal beslecht door 'administrative officers' en bestond de wens dat werd voorkomen dat ook in dergelijke geschillen een aanspraak zou bestaan op beslechting van het geschil door 'an independent and impartial tribunal'. Anderzijds bestond de wens bij vele landen het recht op een onafhankelijke rechter zo verstrekkend mogelijk te doen zijn. De woorden "*caractère civil*" strekken ertoe tot uitdrukking te brengen dat niet bij iedere handeling van een overheidsorgaan het recht bestond deze te kunnen voorleggen aan een rechter. In de Engelse tekst heeft men in dit verband de woorden "*his rights and obligations in a suit of law*" kennelijk voldoende duidelijk geacht. Een dag voor de verdragssluiting van het EVRM zijn de woorden "*in a suit of law*" ingeruild voor "*civil rights and obligations*", teneinde de Engelse en de Franse tekst beter te laten overeenstemmen. Het aanbrengen van een inhoudelijke wijziging is daarmee niet beoogd.

HOOFDSTUK 5

verdragssluitende landen niet doorslaggevend is, maar dat de verdragsverplichtingen dienen te worden geïnterpreteerd naar hetgeen naar de maatstaven van nu van de verdragsstaten kan worden geleverd.¹⁹

5.3 Art. 6 EVRM en het ondernemingsrecht

5.3.1 *De Ogem-beschikking*

Voor zover op geschillen tussen de actoren in het ondernemingsrecht de reguliere dagvaardings- en verzoekschriftprocedure van toepassing is, zijn op voorhand weinig problemen te verwachten met art. 6 EVRM.²⁰ Het is met name ten aanzien van de enquêteprocedure waarin zich enige vragen ten aanzien van art. 6 EVRM kunnen voordoen. De belangrijkste zaken waarin de Hoge Raad zich heeft uitgelaten over de verhouding tussen art. 6 EVRM en het enquêterecht zijn de zaken *Ogem* en *Text Lite*. Ik licht de beide zaken achtereenvolgens kort toe, alvorens in meer algemene zin in te gaan op de vraag welke eisen art. 6 EVRM aan het enquêterecht stelt.

Nadat de Ondernemingskamer had geoordeeld dat gebleken was van wanbeleid bij Ogem stellen enige voormalige leden van de raad van bestuur en raad van commissarissen cassatieberoep in tegen deze beschikking. De curator van Ogem – procederend namens de vennootschap – werpt eerst een niet-ontvankelijkheidsverweer op. Art. 2:359 BW (zoals dat destijds gold) kende de bevoegdheid tot het instellen van beroep in cassatie tegen beschikkingen van de Ondernemingskamer slechts toe aan de P-G die de vordering heeft gedaan, aan de rechtspersoon en aan de oorspronkelijke verzoekers, voor zover zij tot het instellen van een verzoek bevoegd waren. Indien deze opsomming als limitatief zou worden moeten opgevat dan zou het verzoek van de voormalige leden van de raad van bestuur en/of van de raad van commissarissen van Ogem niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard.

A-G Mok merkt in zijn conclusie vóór de *Ogem*-beschikking van de Hoge Raad op dat een dergelijke lezing tot het onaantrekkelijke resultaat zou leiden dat ook indien de Ondernemingskamer zou overgaan tot bijvoorbeeld schorsing of het ontslag van bestuurders en/of commissarissen (waartoe de

19. Zie bijvoorbeeld EHRM 12 november 2008, appl. nr. 34503/97 (*Demir and Baykara t. Turkije*), § 146: “In this connection it is appropriate to remember that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions, and in accordance with developments in international law, so as to reflect the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights, thus necessitating greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies. In other words, limitations to rights must be construed restrictively, in a manner which gives practical and effective protection to human rights”.

20. Zie over de verhouding tussen art. 6 EVRM en het burgerlijk procesrecht o.a. Smits 2008.

Ondernemingskamer bevoegd is op grond van art. 2:356 onder a BW), deze personen geen cassatieberoep zouden kunnen instellen. Mok acht dat het aldus onthouden van rechtsbescherming niet te gemakkelijk mag worden verondersteld en alleen zou mogen worden aangenomen indien in art. 2:359 BW een uitdrukkelijk verbod zou kunnen worden gelezen, hetgeen niet het geval was. Onder erkenning dat zijn oordeel goeddeels teleologisch was bepaald, komt Mok tot de conclusie dat art. 2:359 BW niet zo dient te worden gelezen, dat daarmee wordt gederogerd aan het bepaalde in art. 426 Rv, dat in zaken die worden ingeleid met een verzoekschrift het recht op cassatie toekent aan “degenen, die in een der vorige instantiën verschenen zijn”.²¹

De Hoge Raad volgt Mok in deze uitleg. Daarbij wijst de Hoge Raad erop dat ook het beginsel van *equality of arms*, dat besloten ligt in de eis van een *fair hearing* als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM, ten gunste van een interpretatie van de betrokken wetsbepalingen dwingt in die zin dat aan diegenen die in de vorige instantie zijn verschenen²² en tegen het verzoek verweer hebben gevoerd, beroep in cassatie toekomt. Een andere uitleg zou tot de ongerijmdheid leiden dat terwijl aan de oorspronkelijke verzoekers (alsmede de P-G en de rechtspersoon) beroep in cassatie toekomt, dit beroep zou worden onthouden aan anderen die voor de OK zijn verschenen en verweer hebben gevoerd tegen hetgeen verzocht en/of gevorderd is.²³

Voorts wordt door de voormalige commissarissen van Ogem geklaagd dat het onderzoeksverslag niet tot stand zou zijn gekomen in overeenstemming met de eisen van art. 6 EVRM.²⁴ De Hoge Raad oordeelt – in navolging van A-G Mok²⁵ – dat art. 6 EVRM uitsluitend betrekking heeft “op de procedure voor de rechter en niet op de werkwijze van de door de OK overeenkomstig art. 2:345 BW benoemde personen”.²⁶ Art. 6 EVRM bestrijkt derhalve niet het enquête-onderzoek, maar slechts de procedure voor de Ondernemingskamer, aldus de Hoge Raad.

5.3.2 *Text Lite*

Op 30 oktober 1990 werd Text Lite Holding N.V. (Text Lite) in staat van faillissement verklaard. Op verzoek van de VEB beveelt de Ondernemingskamer een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken over de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement. In het onderzoeksverslag worden

21. Conclusie van A-G Mok, vóór HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465 m.nt. Ma (*Ogem I*), onder 2.2.5.

22. in de zin van art. 426 lid 1 Rv.

23. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465 m.nt. Ma (*Ogem I*), rov. 3.3.

24. Subonderdeel VII.a.

25. Conclusie onder 6.1.

26. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465 m.nt. Ma (*Ogem I*), rov. 6.1.

diverse misstanden geconstateerd.²⁷ De Ondernemingskamer oordeelt vervolgens dat sprake was geweest van wanbeleid door de bestuurders. Daarnaast overweegt de Ondernemingskamer dat ook de commissarissen tekort zijn geschoten in hun toezichthoudende functie.²⁸ Daardoor kunnen zij medeverantwoordelijk worden geacht voor het gevoerde wanbeleid. De Ondernemingskamer verklaart daarop ook de commissarissen, naast de bestuurders, hoofdelijk aansprakelijk voor de kosten van het onderzoek. De commissarissen (althans drie van de vier) stellen daarop cassatieberoep in.

In cassatie betogen de commissarissen dat de Ondernemingskamer in het geheel niet bevoegd is een oordeel te geven over de verantwoordelijkheid van een individuele commissaris voor het geconstateerde wanbeleid, aangezien de onderzoeker wordt benoemd voor een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon en niet om het doen en laten van een natuurlijke persoon na te gaan. Voor zover de Ondernemingskamer wel geacht moet worden bevoegd te zijn een oordeel te geven over de verantwoordelijkheid van een individuele commissaris voor het geconstateerde wanbeleid, wordt in cassatie geklaagd dat burgerlijke rechten en verplichtingen van de commissarissen worden vastgesteld – als bedoeld in art. 6 EVRM – terwijl de procedure tot het vaststellen daarvan (de tweede fase van het enquête-onderzoek), niet

27. In de eerste plaats bleek uit het onderzoek dat ten onrechte voorbij was gegaan aan de voorkeursrechten van bestaande aandeelhouders, bij de uitgifte van aandelen, door onder het mom van personeelsopties direct dan wel indirect aandelen bij derden te plaatsten. Ook waren aandelen geplaatst tegen een te lage uitgiftekoers. In de tweede plaats werd in het verslag ten aanzien van een order geconcludeerd dat deze order niet verwerkt had mogen worden in de jaarrekening 1987. Door dit toch te doen is ten onrechte de omzet verhoogd met f 9,9 miljoen en de winst met f 5,2 miljoen en aldus een onjuiste voorstelling van zaken gegeven. In de derde plaats was ten onrechte onvermeld gebleven in de jaarrekening van 1987 dat een belangrijk transactieresultaat gerealiseerd was met de inkoop en verkoop van een aandelen Text Lite Ireland door Text Lite Holding N.V. In de jaarrekening 1988 was ten onrechte (en daardoor misleidend) een bedrag van circa f 900.000 (voldaan wegens het niet nakomen van afnameverplichtingen) gepresenteerd als een vergoeding uit hoofde van een assemblageovereenkomst. In de vierde plaats hadden de bestuurders zich schuldig gemaakt aan winstoverheveling naar een andere vennootschap waarin zij een belang hadden. Ook hadden de bestuurders een rekening-courantschuld aan de vennootschap die was opgelopen tot circa 2 miljoen gulden. Verder had één van de bestuurders ontvangsten van debiteuren in privé geïncasseerd en zonder dit te verantwoorden in de boekhouding kasgeld ten bedrage van circa f 300 000 heeft opgenomen.

28. De commissarissen werd verweten ernstig tekort te zijn geschoten in hun toezichthoudende taak – en daarmee ook verantwoordelijk te zijn voor het geconstateerde wanbeleid – in de eerste plaats, omdat zij zich een beter oordeel moeten vormen over de verwerking van de order in de jaarrekening van 1987, gelet op de door de accountant geopperde bezwaren tegen verwerking ervan. In de tweede plaats achtte het hof niet aannemelijk dat de commissarissen niet op de hoogte waren van het omzeilen van de voorkeursrechten door uitgifte van aandelen onder het mom van personeelsopties, gelet op het grote aantal transacties en de daarbij geplaatste hoeveelheden aandelen.

voldoet aan de eisen die art. 6 EVRM daaraan stelt. Daarbij wordt erop gewezen dat enerzijds de Ondernemingskamer slechts tot het treffen van voorzieningen (art. 2:356 BW) en kostenverhaal (art. 2:354 BW) kan overgaan “indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken” en “indien uit het verslag blijkt dat deze [bestuurder/commissaris] verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon” (art. 2:354). De commissarissen waren echter niet betrokken geweest bij het enquêteverzoek en de totstandkoming van het rapport. Indien zij gebonden zouden zijn aan de conclusies van het rapport, zou dat in strijd zijn met het recht van hoor en wederhoor, zo betoogden zij in cassatie.

Bij de beantwoording van deze klacht stelt de Hoge Raad voorop dat het verkrijgen van opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid, tot de doeleinden van het enquêterecht behoren.²⁹ Daarbij dient in de eerste plaats te worden gedacht aan de verantwoordelijkheid van de organen van de rechtspersoon. Omtrent de bevoegdheid van de Ondernemingskamer ook een oordeel te vellen over het functioneren van individuele bestuurders en commissarissen overweegt de Hoge Raad dat bij een enquête-onderzoek de beoordeling van de verantwoordelijkheid van een orgaan van de rechtspersoon niet altijd los gezien kan worden van de individuele verantwoordelijkheid van de personen, die van het orgaan deel uitmaken, met als gevolg dat in zijn algemeenheid ook niet gezegd kan worden dat een enquête zich niet kan uitstrekken tot een onderzoek naar het functioneren van de personen die de rechtspersoon doen optreden.³⁰

Voor wat betreft de klacht dat art. 6 EVRM is geschonden overweegt de Hoge Raad dat het treffen van voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW en het kostenverhaal op grond van art. 2:354 BW inderdaad raken aan de ‘civil rights and obligations’ van de commissarissen. De Hoge Raad oordeelt echter dat hoewel de Ondernemingskamer het onderzoeksverslag van de onderzoeker tot uitgangspunt heeft te nemen, de Ondernemingskamer zelfstandig heeft te beoordelen of sprake is geweest van wanbeleid. De Ondernemingskamer is daarbij niet aan het oordeel van de onderzoeker gebonden. Nu op deze procedure zoveel mogelijk de voorschriften van een gewone verzoekschrift procedure van toepassing zijn, voldoet de procedure aan de eisen die art. 6

29. Vaste rechtspraak sinds HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. Ma (*Ogem I*).

30. HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 m.nt. Ma (*Text Lite*), rov. 4.2.1. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat uit het bepaalde in de artt. 2:355 jo 2:356 en 2:354 BW rechtstreeks voortvloeit dat in de in die bepalingen bedoelde situaties de Ondernemingskamer bevoegd is voorzieningen te treffen ten laste van individuele bestuurders en commissarissen en te beslissen dat kosten verhaald kunnen worden op (een of meer van) hen. Aangezien de uitoefening van die bevoegdheden gemotiveerd zal moeten worden, zal de Ondernemingskamer in het voorkomende geval ook moeten oordelen omtrent het functioneren van individuele bestuurders en commissarissen, aldus de Hoge Raad.

HOOFDSTUK 5

EVRM stelt.³¹ Na bij de Hoge Raad in het ongelijk te zijn gesteld, dienen de voormalige commissarissen een klacht in bij het EHRM.

Het oordeel van het EHRM laat zich als volgt samenvatten. In de eerste plaats wijst het EHRM erop dat het enquête-onderzoek door de Ondernemingskamer was gelast met het oogmerk om de gang van zaken bij de rechtspersoon te onderzoeken. Het onderzoek heeft niet als oogmerk gehad bewijzen tegen de commissarissen te verzamelen. In het onderzoek werden voorts geen *civil rights and obligations* vastgesteld, zodat er vanuit het oogpunt van artikel 6 EVRM ook geen reden was om de commissarissen in het onderzoek te betrekken.

Vanaf het moment dat in de tweede fase werd gevraagd de commissarissen hoofdelijk aansprakelijk te houden voor de onderzoekskosten, was wel sprake van een procedure waarin *civil rights and obligations* werden vastgesteld. Alsdan geldt de eis dat deze procedure *fair* moet zijn. Omdat de commissarissen voldoende in de gelegenheid waren gesteld in deze tweede fase de bevindingen in het onderzoeksverslag te weerspreken, is ook aan deze eis van *fairness* voldaan.

Ten slotte wordt ook de klacht van de commissarissen verworpen dat de Ondernemingskamer niet zelfstandig de feiten heeft onderzocht, maar is afgegaan op het rapport. Van *an uncritical acceptance of the investigator's findings* was geen sprake. Het voorgaande brengt het EHRM tot de conclusie dat de klacht *manifestly ill-founded* is.

De *Text Lite*-uitspraak moet worden begrepen tegen de in 1994 gewezen zaak *Fayed t. Verenigd Koninkrijk*.³² In *Fayed t. Verenigd Koninkrijk* waren min of meer dezelfde onderwerpen als waarover in *Text Lite* werd geklaagd, reeds aan de orde gesteld. Het is dan ook nuttig hetgeen het EHRM heeft overwogen *Fayed* kort te belichten.

5.3.3 *Fayed*

In de zaak *Fayed t. Verenigd Koninkrijk* staat een – met een enquêteverslag vergelijkbaar – rapport centraal waarin de wijze waarop de gebroeders Fayed de aandelen in het House of Fraser – onder meer eigenaar van warenhuis Harrods – hadden verworven werd belicht. Het rapport is zeer kritisch over de handelwijze van de Fayed's. Het rapport – dat was uitgevoerd in opdracht van de *Secretary of State* (van het Verenigd Koninkrijk) – krijgt veel media-aandacht. Onder meer in *The Observer*, een krant die zakelijke banden had met een voormalige tegenstrever van de Fayed's bij de overname van het House of Fraser.

Na het bekend worden van het rapport willen de Fayed's de *inspectors* die het onderzoek hadden verricht aanspreken wegens smaad (*defamation*). Het

31. HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 m.nt. Ma (*Text Lite*), rov. 4.4.2.

32. EHRM 21 september 1994, appl. nr. 17101/90, NJ 1995, 463 (*Fayed t. Verenigd Koninkrijk*).

Engelse recht bood daartoe echter maar zeer beperkt de mogelijkheid nu de inspecteurs op grond van de wet een zekere immuniteit genoten. Voor een succesvolle actie was vereist dat men aannemelijk zou maken dat de conclusies van het rapport *irrational* waren.³³

In het licht van de beperkte mogelijkheden om de *inspectors* aan te spreken klagen de broers in Straatsburg dat art. 6 lid 1 EVRM is geschonden en wel om twee redenen. Enerzijds waren zij vooraf niet in de gelegenheid gesteld in te spreken op het rapport en anderzijds konden zij de inhoud van het rapport in rechte niet ter discussie stellen.

Bij de beoordeling van deze klacht stelt het EHRM voorop dat (volgens vaste jurisprudentie) pas sprake is van een geschil over een burgerlijk recht of verplichting, als aan de volgende eis is voldaan: “*the result of the proceedings in question must be directly decisive for such a right or obligation, mere tenuous connections or remote consequences not being sufficient to bring Article 6 para. 1 (art. 6-1) into play*”.³⁴

Vervolgens onderzoekt het EHRM de werkzaamheden van de inspecteurs en stelt vast dat de inspecteurs de opdracht hadden naar een specifieke vraag onderzoek te doen: hadden de broers misleidende informatie verstrekt bij het verkrijgen van de voor de overname benodigde goedkeuringen? Dat de bevindingen van de inspecteurs daaromtrent schadelijk zijn geweest voor de goede naam van de broers, laat onverlet – aldus het EHRM – dat de inspecteurs in essentie een feitelijk onderzoek deden zonder daaraan een (rechts)oordeel te verbinden.³⁵ Tijdens het door de inspecteurs verrichte onderzoek was geen sprake van een *determination* van burgerlijke rechten of verplichtingen. Art. 6 EVRM was dan ook niet van toepassing op de onderzoeksfase. Ten overvloed overweegt het EHRM nog dat wanneer de rechtswaARBorgen van artikel 6 lid 1 EVRM ook steeds van toepassing zouden worden geacht op een onderzoek dat toezichthouders of andere overheidsorganen verrichten, de effectiviteit van dergelijk onderzoek zou verminderen, hetgeen het effectieve toezicht, in het algemeen belang, onnodig zou belemmeren.³⁶

In de tweede plaats klaagden de gebroeders Fayed in Straatsburg dat terwijl het rapport beschadigend was voor hun goede naam, hen geen rechtsmiddelen ten dienste stonden de inhoud van het rapport aan te vechten. Zij wezen er daarbij op dat onder Engels recht – *de facto* – immuniteit bestaat voor de onderzoekers. Ook tegen de beslissing van de *Secretary of State* om het rapport al dan niet openbaar te maken ontbrak een effectieve rechtsingang. Het besluit

33. EHRM 21 september 1994, appl. nr. 17101/90, NJ 1995, 463 (*Fayed t. Verenigd Koninkrijk*), § 44.

34. Vaste rechtspraak sinds EHRM 23 juni 1981, appl. nr. 6878/75 & 7238/75, NJ 1982, 602 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*), §§ 44-50.

35. *Fayed t. Verenigd Koninkrijk*, § 58.

36. *Fayed t. Verenigd Koninkrijk*, § 62.

tot openbaarmaking zou slechts kunnen worden aangevochten op grond van: *illegality*, *irrationality* en *procedural impropriety*, maar bijvoorbeeld niet om de reden dat het rapport feitelijke onjuistheden bevatte.³⁷ Nu niet kon worden opgekomen tegen de bevindingen zelf in het rapport was sprake van een schending van art. 6 EVRM, aldus de Fayed's.

Bij deze klacht nam het EHRM tot uitgangspunt dat het Engelse recht inderdaad het recht van de Fayed's om hun goede naam te zuiveren beperkte.³⁸ Vervolgens stelde het EHRM zich de vraag of deze beperking van de mogelijkheid de onderzoeksresultaten in rechte te bestrijden kon worden gerechtvaardigd. Daartoe onderzocht het EHRM of (i) de beperking kon worden gerechtvaardigd in het kader van het algemene belang en (ii) of de beperking in een proportionele verhouding stond tot het beoogde doel.

De rechtvaardiging voor het algemene belang vond het EHRM in de Companies Act 1985. Het EHRM overwoog: "*The underlying aim of this system is clearly the furtherance of the public interest in the proper conduct of the affairs of public companies whose owners benefit from limited liability.*"³⁹ Na deze vaststelling sloot het EHRM zich aan bij hetgeen de commissie reeds in eerste aanleg had overwogen: "*it is ... necessary in a democratic society that governments exercise supervisory controls over large commercial activities in order to ensure good management practices and the transparency of honest dealings*". Woorden die de tand des tijds hebben doorstaan. Daaraan verbond het EHRM de conclusie dat het onderzoek zelf en de publicatie van het onderzoek *legitimate aims* dienden.

Bij de beoordeling van de vraag of voldaan was aan het proportionaliteitsvereiste stelde het EHRM voorop dat "*the Inspectors were under a duty to act fairly and to give anyone whom they proposed to criticise in their report a fair opportunity to answer the allegations against them*".⁴⁰ Voorts liet het EHRM meewegen dat de Fayed's ook steeds de gelegenheid was geboden te responderen op hetgeen hen door de inspecteurs werd verweten.⁴¹ Weliswaar leverde dit de Fayed's geen *effective remedy* op, maar het gegeven dat zij steeds in de

37. *Fayed t. Verenigd Koninkrijk*, § 44.

38. Het recht op reputatie betreft een (impliciet) door art. 8 EVRM beschermd recht, zie Gerards 2011, p. 213, met verdere verwijzingen.

39. *Fayed t. Verenigd Koninkrijk*, § 69.

40. *Fayed t. Verenigd Koninkrijk*, § 78.

41. *Fayed t. Verenigd Koninkrijk*, § 79: "*As the Government pointed out, a reading of the Inspectors' report shows that the applicants were made aware of the information required of them and were given every reasonable opportunity to respond to the allegations made against them and to furnish evidence, notwithstanding their last-minute procedural request to the Inspectors (...). Safeguards afforded to the applicants throughout the investigation included constant consultation by the Inspectors as regards the structure, procedure and lines of inquiry of the investigation, the professional representation of the applicants, at interviews as well as in the submission of evidence and argument, and the Inspectors' concern to respect the applicants' personal privacy as much as possible (...)*".

gelegenheid waren gesteld te reageren op de bevindingen van de onderzoekers diende wel mee te wegen bij de beoordeling van de vraag of sprake was van een schending van art. 6 lid 1 EVRM.⁴²

Mede gezien deze werkwijze achtte het EHRM het belang dat de inspecteurs hun werk zonder angst voor aansprakelijkheid dienden te kunnen doen, opwegen tegen het risico dat reputatieschade zou worden geleden, zonder dat daartegen een rechtsmiddel open zou staan.⁴³ Daarmee was ook aan het proportionaliteitsvereiste voldaan. Overigens overweegt het EHRM dat het in beginsel aan de verdragsstaten is hierin een balans te vinden.⁴⁴ Kortom: de verdragsstaten wordt een *margin of appreciation* gelaten. Het EHRM concludeerde dat de klacht van de Fayed's ongegrond was.

5.4 Het enquêterecht en art. 6 EVRM

5.4.1 *Het spanningsveld tussen het enquêterecht en art. 6 EVRM*

De hiervoor aangehaalde uitspraken illustreren het spanningsveld dat in het enquêterecht bestaat tussen een efficiënte rechtsbedeling enerzijds en adequate processuele waarborgen anderzijds. Die spanning is in meer of mindere mate in elke procedure aanwezig, maar doet zich in het enquêterecht in bijzondere mate voelen. Een belangrijke doelstelling van het enquêterecht betreft de sanering en het herstel van de gezonde verhoudingen door de maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon.⁴⁵ Indien de rechtspersoon in zwaar weer verkeert moet de Ondernemingskamer snel kunnen handelen, zo is de opzet van het enquêterecht. Dientengevolge staat in de enquêteprocedure het belang van de rechtspersoon (en de aan haar verbonden onderneming) voorop.⁴⁶ Bij de uitleg van de formele bepalingen van het enquêterecht – bijvoorbeeld inzake de bevoegdheden van de Ondernemingskamer – valt op dat de Hoge Raad het enquêterecht instrumenteel lijkt te

42. *Fayed t. Verenigd Koninkrijk* § 78: “Judicial review would not, it is true, have provided the applicants with “the effective remedy” to which they were claiming to be entitled under Article 6 para. 1 (art. 6-1), namely a remedy enabling them to argue before a court that the Inspectors’ findings of fact were simply erroneous. Nonetheless, the manner in which findings detrimental to a person’s reputation are arrived at in an administrative investigation, as well as the objectives pursued by the investigation, is relevant for assessing the permissibility under Article 6 para. 1 (art. 6-1) of a limitation on the person’s opportunities to go to court to enforce his or her civil right to reputation”.

43. *Fayed t. Verenigd Koninkrijk*, § 81.

44. *Fayed t. Verenigd Koninkrijk*, § 81.

45. Vgl. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. Ma (*Ogem II*).

46. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 m.nt. Ma (*ATR Leasing*), rov. 4.4.

benaderen.⁴⁷ Instrumenteel in de zin dat de doeleinden van het enquêterecht richtinggevend lijken te zijn bij de uitleg van de wettelijke bepalingen.⁴⁸ In het licht van de doeleinden van de enquêteprocedure wegen de belangen van snelheid en efficiency zwaar.

De keerzijde is dat de enquêteprocedure, in vergelijking met de ‘klassieke’ rechtsgang, met minder processuele waarborgen is omkleed.⁴⁹ Doordat de behandeling van het verzoek tot het gelasten van een onderzoek en eventueel het treffen van onmiddellijke voorzieningen veelal op korte termijn plaatsvindt, is de mondelinge behandeling ter zitting belangrijk. De tijd om alle omstandigheden van het geval door te nemen is daarbij beperkt. Voor het achterhalen van alle relevante omstandigheden is onder meer het enquête-onderzoek bedoeld.

Voorts kent het enquêterecht minder bewijsrechtelijke waarborgen. Zo is de Ondernemingskamer niet gehouden in te gaan op een bewijsaanbod.⁵⁰ Ook ontbreekt de mogelijkheid van hoger beroep. Cassatieberoep staat wel open, maar daarmee ontbreekt een mogelijkheid tot een feitelijke herbeoordeling van het geschil. Art. 6 EVRM omvat overigens ook geen recht op appel.⁵¹ Wel kan men zich afvragen of het EHRM wellicht genegen is hogere eisen te stellen aan de naleving van het recht op hoor en wederhoor, in het geval geen feitelijke herbeoordeling van het geschil in een hogere instantie mogelijk is.⁵²

Het oogmerk van slagvaardigheid legt aldus een zekere druk op de rechtswaarborgen van de betrokken partijen in het enquêterecht. In het enquêterecht worden de regels van de verzoekschriftprocedure doorgaans zoveel mogelijk gevolgd, maar de aard van de wettelijke bepalingen kan zich tegen deze toepasselijkheid verzetten.⁵³ De bevindingen van de onderzoeker(s) kunnen echter belangrijke gevolgen hebben voor bijvoorbeeld de positie van bestuurders

47. Zie bijv. recent HR 20 november 2009, LJN BJ7322 (*KPN Qwest/VEB*), inzake de uitleg van art. 2:352 lid 1 BW.

48. Een conclusie die ik elders nader heb uitgewerkt. Zie Schild 2009.

49. Zie A-G Timmerman in zijn vordering tot cassatie in het belang der wet vóór HR 14 december 2007, NJ 2008, 105 m.nt. Ma (*Loyaliteitsdividend DSM*), onder 3.90.

50. HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 m.nt. Van Solinge (*Laurus*), rov. 3.9.

51. Smits 2008, p. 56-57.

52. Jurisprudentie waarin het EHRM zulks als een relevant gezichtspunt heeft aangemerkt is mij overigens niet bekend.

53. Zulks blijkt bijvoorbeeld uit HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (*Text Lite*), rov. 4.4.2. “Op de procedures voorzien in de artt. 2:354 en 2:355 BW zijn voorts de bepalingen van de gewone verzoekschriftprocedure zoveel mogelijk van toepassing, hetgeen meebrengt dat de individuele bestuurders en commissarissen op wie de verzoeken gericht zijn, in die procedures betrokken moeten worden”, en uit HR 20 november 2009, LJN BJ7322 (*KPN Qwest/VEB*), rov. 3.5: “Mede gelet op hetgeen is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.4 en 3.5 moet worden geoordeeld dat op een verzoek als bedoeld in art. 2:352 lid 1 BW de bepalingen van de verzoekschriftprocedure van toepassing zijn, vanzelfsprekend voorzover uit de wet niet anders voortvloeit (art. 261 Rv.)”.

en commissarissen.⁵⁴ Weliswaar staan de door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten in een aansprakelijkheidsprocedure niet – ook niet op voorhand – vast. Maar anderzijds zal, ingeval op grond van het onderzoeksverslag een wanbeleidoordeel ten aanzien van bestuurders of commissarissen wordt geveld, een dergelijk oordeel de bestuurder of commissaris in een daaropvolgende aansprakelijkheidsprocedure materieel op achterstand kunnen zetten.

In hoeverre voldoet de enquêteprocedure aan de eisen die art. 6 EVRM stelt? Ik zal deze vraag mede aan de hand van de hiervoor besproken jurisprudentie toelichten voor elke fase van de enquêteprocedure.

5.4.2 *Het verzoek om een enquête-onderzoek*

Indien een verzoek tot het gelasten van een enquête wordt gedaan door een daartoe bevoegde (rechts)persoon, vangt de zogenoemde ‘eerste fase’ aan. Centraal daarin staat de vraag of er redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming.

De toewijzing van het verzoek tot het gelasten van een enquête zal tot gevolg hebben dat de rechtspersoon de kosten van het onderzoek zal moeten dragen.⁵⁵ Reeds deze betalingsverplichting betreft een *obligation* die de toepasselijkheid van art. 6 EVRM meebrengt.⁵⁶ De kosten van het onderzoek zijn doorgaans substantieel en dienen te worden onderscheiden van een proceskostenveroordeling. De kosten van het onderzoek zijn inherent verbonden aan het onderwerp van het geding en vallen daarmee te beschouwen als een *obligation* waarover de Ondernemingskamer heeft te beslissen. Zo is vanaf het moment dat de Ondernemingskamer wordt gevraagd om een enquête-onderzoek te gelasten, sprake van een geding dat valt binnen het bereik van art. 6 EVRM. Op de eerste fase is art. 6 EVRM derhalve steeds van toepassing.

Daarnaast wordt de Ondernemingskamer doorgaans verzocht tot het treffen van ‘onmiddellijke voorzieningen’. Zowel ten aanzien van de omvang van het onderzoek (onder meer de tijdsperiode) als de aard van de voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen, beschikt de Ondernemingskamer over een ruime discretionaire bevoegdheid. De Ondernemingskamer mag echter de omvang van het onderzoek niet zodanig kiezen (of zodanige voorzieningen treffen) dat de betrokken partijen, gelet op het verloop van het geding en het processuele debat, daarop niet bedacht behoeften te zijn en waarover zij zich niet hebben kunnen uitlaten.⁵⁷ Deze grens – zoals door de Hoge Raad

54. Vgl. HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 m.nt. Van Solinge (*Laurus*), rov. 3.7-3.9.

55. Art. 3:50 lid 3 BW.

56. Zo ook Hermans 2003, p. 139.

57. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 m.nt. Maeijer (*ATR Leasing*), rov. 4.4, waar de Hoge Raad voorts nog overwoog: “*Het staat de ondernemingskamer dan ook niet vrij beslissingen →*

geëxpliciteerd in zijn *ATR Leasing*-beschikking – volgt uit het ook door art. 6 EVRM beschermde beginsel van het recht op hoor en wederhoor.

5.4.3 *Het enquête-onderzoek*

Indien de Ondernemingskamer een onderzoek gelast ontstaat de vraag in hoeverre de onderzoeksfase wordt bestreken door art. 6 EVRM. Over deze vraag is reeds een oordeel geveld in de zaak *Text Lite*.⁵⁸ Op het enquête-onderzoek zelf is art. 6 EVRM niet van toepassing, zo heeft het EHRM bevestigd in *Salomonson t. Nederland*, meer bekend als de *Text Lite*-uitspraak.⁵⁹ Het onderzoek dient ertoe om de gang van zaken bij de rechtspersoon te onderzoeken. Niet om de civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders of commissarissen vast te stellen.

Blijkens het voorgaande brengt art. 6 lid 1 EVRM niet mee dat de onderzoekers gehouden zijn gedurende het enquête-onderzoek toepassing te geven aan het beginsel van hoor en wederhoor. In dit verband is echter voorts relevant dat het EHRM ook eist dat de procedure als geheel *fair* is. Daarbij kan een (deskundigen)onderzoek soms een zodanige beslissende betekenis hebben, dat indien tijdens de onderzoeksfase de beginselen van hoor en wederhoor niet zijn nageleefd, de procedure als geheel niet langer als *fair* kan worden aangemerkt.⁶⁰ In het beginsel van hoor en wederhoor ligt volgens het EHRM namelijk besloten dat men feitelijk daadwerkelijk de gelegenheid moet hebben de mening van de rechter te beïnvloeden. In *Eskelinen e.a. t. Finland* (2006) is dit door het EHRM als volgt verwoord:⁶¹

“The Court notes that one of the elements of a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 is the right to adversarial proceedings; each party must in principle have the opportunity not only to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court’s decision.”

te geven of voorzieningen te treffen die niet stroken met de strekking van het ingediende verzoek of die aan de kenbare bedoeling van verzoekers zodanig afbreuk doen dat moet worden aangenomen dat zij het verzoek, als daaraan op deze wijze uitvoering wordt gegeven, niet zouden hebben gehandhaafd.”

58. EHRM 19 maart 2002, appl. nr. 40253/98, *JOR* 2002, 127 m.nt. De Kluiver (*Salomonson e.a. t. Nederland*).

59. Aldus ook Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012, 77 m.nt. Ouwehand, rov. 4.30.

60. Zo ook Hermans 2003, p. 142.

61. EHRM 8 augustus 2006, appl. nr. 43803/98 (*Eskelinen e.a. t. Finland*), §31.

Ook de wijze waarop de in rechte betrokken persoon feitelijk de gelegenheid wordt geboden te repliceren is van belang. In *Súsanna Rós Westlund t. IJsland* (2007) overwoog het EHRM:⁶²

“It points out that one of the requirements of a “fair hearing” is “equality of arms”, which implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that do not place him or her at a substantial disadvantage vis-à-vis his or her opponent”.

De eis dat de gehele procedure als *fair* moet kunnen worden beschouwd brengt in sommige gevallen mee dat het beginsel van hoor en wederhoor moet worden nageleefd tijdens een deskundigenonderzoek dat aan een gerechtelijke procedure vooraf gaat. Ook al worden daarbij in die fase geen rechten of verplichtingen vastgesteld, zo oordeelde het EHRM in de zaken *Mantovanelli t. Frankrijk* en *Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland*.

Daarmee dient de vraag zich aan in hoeverre de eis dat ook de procedure als geheel *fair* moet zijn, wellicht meebrengt dat de onderzoekers gehouden zijn tijdens een enquête-onderzoek het beginsel van hoor en wederhoor na te leven. Bijvoorbeeld omdat anders een bestuurder op een onaanvaardbare wijze op achterstand wordt gezet. Om deze vraag te beantwoorden, sta ik kort stil bij de twee hiervoor genoemde uitspraken van het EVRM.

5.4.4 *Mantovanelli*

In de zaak *Mantovanelli t. Frankrijk*⁶³ klagen de heer en mevrouw Mantovanelli over de wijze van tot stand komen van een deskundigenrapport. Mede op basis van het deskundigenrapport is hun claim jegens een Franse arts vanwege het maken van een ‘kunstfout’ afgewezen. De dochter van de Mantovanelli’s was oorspronkelijk opgenomen voor een operatie aan haar duim. Door complicaties moest zij nadien steeds weer geopereerd worden. Na negen operaties raakt hun dochter in coma en overlijdt.

De heer en mevrouw Mantovanelli meenden dat hun dochter is komen te overlijden vanwege een te hoge dosis van het narcosemiddel halothaan. Zij spreken de behandelend arts aan voor het maken van een ‘kunstfout’. In de procedure in Frankrijk werd een deskundige benoemd. Deze deskundige concludeerde dat er geen fouten zijn gemaakt en de dood niet met zekerheid kan worden gerelateerd aan het gebruik van halothaan. In hoger beroep klagen de Mantovanelli’s dat zij ten onrechte niet in de gelegenheid waren gesteld hun argumenten met betrekking tot de doodsoorzaak aan de deskundige kenbaar te

62. EHRM 6 december 2007, appl. nr. 42628/04 (*Súsanna Rós Westlund t. IJsland*), § 33.

63. EHRM 18 maart 1997, appl. nr. 21497/93, NJ 1998, 278 m.nt. Snijders (*Mantovanelli t. Frankrijk*).

HOOFDSTUK 5

maken. Zij vinden met deze klacht noch gehoor in hoger beroep, noch bij het Conseil d'Etat. In Straatsburg klagen de Mantovanelli's – dit maal met succes – dat het *adversarial principle* was geschonden.

Het EHRM overweegt dat onderdeel van het '*adversarial principle*' is, dat niet alleen elke partij de gelegenheid moet worden geboden om zijn stellingen te bewijzen, maar ook dat een partij de mogelijkheid moet hebben om te reageren op al hetgeen is aangedragen om de rechter te overtuigen.⁶⁴ Een uitgangspunt dat zich niet in verdere regels laat ontleden, aldus het EHRM:

“In this connection, the Court makes it clear at the outset that, just like observance of the other procedural safeguards enshrined in Article 6 para. 1 (art. 6-1), compliance with the adversarial principle relates to proceedings in a “tribunal”; no general, abstract principle may therefore be inferred from this provision (art. 6-1) that, where an expert has been appointed by a court, the parties must in all instances be able to attend the interviews held by him or to be shown the documents he has taken into account. What is essential is that the parties should be able to participate properly in the proceedings before the “tribunal” (...).”

Het EHRM vervolgt met de overweging dat het aan de nationale rechter is om het aangedragen bewijs te waarderen. Dat laat evenwel onverlet dat het wel aan het EHRM is om te beoordelen of een procedure als geheel, inclusief de wijze waarop het bewijslevering heeft plaatsgevonden, *fair* is geweest, zoals wordt vereist door art. 6 lid 1 EVRM.

Het EHRM oordeelde dat aan de eis dat de procedure als geheel als *fair* moest kunnen worden beschouwd, niet was voldaan. Hoewel na totstandkoming van het rapport de inhoud ter discussie kon worden gesteld door de Mantovanelli's, achtte het EVRM zich

“not convinced that this afforded them a real opportunity to comment effectively on it. The question the expert was instructed to answer was identical with the one that the court had to determine, namely whether the circumstances in which halothane had been administered to the applicants' daughter disclosed negligence on the part of the CHRN. It pertained to a technical field that was not within the judges' knowledge. Thus although the administrative court was not in law bound by the expert's findings, his report was likely to have a preponderant influence on the assessment of the facts by that court.”⁶⁵

Bij dit oordeel liet het EHRM meewegen dat vraagtekens konden worden geplaatst bij de wijze waarop de getuigen waren gehoord. Klagers mochten daarbij niet aanwezig zijn. Zij konden de getuigen ook geen vragen stellen. Dat klemde in het onderhavige geval in het bijzonder omdat de vijf getuigen allen in dienst waren van het ziekenhuis dat werd aangesproken. Van deze getuigen “*could reasonably have been expected to give evidence along the same lines as*

64. *Mantovanelli t. Frankrijk*, § 33.

65. *Mantovanelli t. Frankrijk*, § 36.

the CHRN, the opposing side in the proceeding".⁶⁶ Het voorgaande bracht het EHRM tot de conclusie dat de heer en mevrouw Mantovanelli de mogelijkheid was onthouden "to comment effectively on the main piece of evidence".⁶⁷ De klacht dat sprake was geweest van een schending van art. 6 EVRM werd gegrond bevonden.

5.4.5 *Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland*

Een op *Mantovanelli* gelijkende zaak van meer recente datum betreft de zaak *Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland*.⁶⁸ Sara Lind had bij haar geboorte ernstig blijvend letsel opgelopen. Haar ouders spraken de behandelende artsen aan voor gemaakte medische fouten. In eerste aanleg wees de IJslandse rechtbank de vordering tot schadevergoeding toe.

In hoger beroep verzocht de IJslandse *Supreme Court* om een deskundigebericht van de *State Medico-Legal Board* (de SMLB). De advocaat van de ouders van Sara Lind maakte tevergeefs bezwaar tegen het inschakelen van de SMLB, omdat veel dokters van het ziekenhuis dat werd aangesproken verbonden waren aan de SMLB.

In het rapport van de SMLB werd geconcludeerd dat er weliswaar zaken niet goed waren gegaan, maar dat die fouten de geconstateerde schade niet hebben kunnen veroorzaken. De *Supreme Court* volgde het oordeel van de SMLB, vernietigde de uitspraak uit eerste aanleg en wees de vordering tot schadevergoeding af.

Namens Sara Lind werd vervolgens in Straatsburg geklaagd over een schending van art. 6 EVRM. Onder meer werd betoogd dat de SMLB niet als een onafhankelijk adviesorgaan kon worden beschouwd omdat veel leden van de SMLB werkzaam waren in het ziekenhuis dat door de ouders was aangesproken.

Bij de beoordeling van deze klacht stelt het EHRM onder verwijzing naar *Mantovanelli* het volgende voorop (§ 47):

"It should be noted that Article 6 § 1 of the Convention guarantees a right to a fair hearing by an independent and impartial "tribunal" and does not expressly require that an expert heard by that tribunal fulfils the same requirements."

Daar voegt het EHRM direct aan toe:

"However, the opinion of an expert who has been appointed by the competent court to address issues arising in the case is likely to carry significant weight in that court's assessment of those

66. *Mantovanelli t. Frankrijk*, § 36.

67. *Mantovanelli t. Frankrijk*, § 36.

68. EHRM 5 juli 2007, appl. nr. 31930/04, NJ 2010, 323, m.nt. Alkema, AB 2009, 319 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Lind Eggertsdóttir t. IJsland*).

HOOFDSTUK 5

issues. In its case-law the Court has recognised that the lack of neutrality on the part of a court appointed expert may in certain circumstances give rise to a breach of the principle of equality of arms inherent in the concept of a fair trial (see *Bönisch v. Austria*, judgment of 6 May 1985 (Merits), Series A no. 92, §§ 30-35; and *Brandstetter v. Austria*, judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, p. 21, § 33). In particular, regard must be had to such factors as the expert's procedural position and role in the relevant proceedings (see *Bönisch*, cited above, §§ 31-35)."

Vervolgens constateert het EHRM dat vier leden van SMLB banden hebben met het aangesproken ziekenhuis. Op zich behoeft dat evenwel geen bezwaar te zijn zo overweegt het EHRM.⁶⁹ In het onderhavige geval acht het EHRM de rol van het SMLB echter wel problematisch. Daarvoor geeft het EHRM een aantal redenen. Het EHRM stelt vast dat ervan kan worden uitgegaan dat de opinies van het SMLB een groter gewicht zullen hebben in het geding dan de opinies van de experts van partijen. Een andere factor die de dominante positie van het SMLB onderstreept is dat de *Supreme Court* zelfstandig en onafhankelijk van partijen kon besluiten de SMLB om een opinie te vragen. Ten slotte wijst het EHRM op de moeilijke positie waarin de artsen die namens het SMLB moesten adviseren.⁷⁰

Het EHRM geeft voorts aan dat nog een ander gegeven een belangrijke rol bij het gegrond bevinden van de klacht heeft gespeeld. De 'Chief Medical Executive', de leidinggevende van de artsen die hadden geadviseerd, had zich publiekelijk kritisch uitgelaten over de uitspraak in eerste aanleg, waarin de vordering tegen de arts was toegewezen.⁷¹

69. "48 (...) The Court considers that the ties of those four members to the NUH could give rise to certain apprehensions on the part of the applicant. While such apprehensions may have a certain importance, they are not decisive; what is decisive is whether the doubts raised by appearances can be held to be objectively justified (see *Brandstetter v. Austria*, judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, p. 21, § 44)."

70. "51 (...) Their task was not simply to give an expert opinion on any given subject that might or might not differ from an opinion previously stated by their colleagues and the management at the NUH on the same subject. In preparing the SMLB's expert opinion for the Supreme Court, the four members in question were called upon to do something more intricate, namely to analyse and assess the performance of their colleagues at the NUH with the aim of assisting the Supreme Court in determining the question of their employer's liability. Therefore, the Court is unable to share the Government's view that this was merely a question of experts being employed by the same administrative authority as that involved in the case (...)."

71. "52. Furthermore, while the doctors in question were not assigned to the hospital department where the disputed events had taken place, their hierarchical superior, the Chief Medical Executive, had taken a clear stance against the District Court's judgment by endorsing critical statements (see paragraph 12 above) by two hospital doctors that were forwarded to the Solicitor General and annexed to the State's appeal to the Supreme Court (see, *mutatis mutandis*, *Sramek v. Austria*, judgment of 22 October 1984, Series A no. 84, pp. 19-20, §§ 41-42, relating to the independence of civil servant members of a tribunal in a subordinate position vis-à-vis one of the parties). In the Court's view, that endorsement is an important consideration."

In het licht van het voorgaande oordeelde het EHRM dat er voldoende objectieve aanknopingspunten zijn om te kunnen spreken van een gerechtvaardigde twijfel bij de ouders van Sara Lind over de onpartijdigheid van het SMLB in het gevoerde geding.⁷²

Sara Lind illustreert hoe het EHRM toetst of sprake is geweest van een *fair trial*. Beoordeeld wordt of alle omstandigheden in aanmerking genomen sprake is geweest van een *fair trial*. Eventuele formele bezwaren, bijvoorbeeld de aanwezigheid van artsen in een adviescommissie met een potentieel conflicterend belang, rechtvaardigt nog niet direct de conclusie dat geen sprake is geweest van een *fair trial*. Voor een dergelijke conclusie is vereist dat er concrete factoren zijn die meebrengen dat er voldoende twijfel kan bestaan aan de zijde van de klager over de vraag of sprake is geweest van een *fair trial*. Of, in de woorden van het EHRM: “*whether the doubts raised by appearances can be held to be objectively justified*”.⁷³

5.4.6 De betekenis van *Mantovanelli* en *Lind* voor het enquête-onderzoek

Blijkens de hiervoor besproken twee uitspraken betreft het EHRM bij de beantwoording van de vraag of sprake is van geweest van een *fair trial* de vraag of in het concrete geval (geobjectiveerd beschouwd) gerechtvaardigde twijfel bestaat aan een eerlijke gang van zaken. Zowel in *Mantovanelli* als in *Lind* was sprake van een deskundigenrapport van medische aard. Een rechter zal doorgaans niet in staat zijn zelfstandig de conclusies van een dergelijk rapport te verifiëren. Daarvoor ontbreekt het hem aan de daarvoor vereiste medische kennis. De conclusies van een dergelijk rapport zijn daardoor niet zelden van doorslaggevende betekenis voor de uitkomst van een procedure.

Wat betekenen de zaken *Mantovanelli* en *Lind* voor het enquêterecht? In de eerste plaats dient bedacht te worden dat waar een medisch deskundigenrapport geacht kan worden van beslissende betekenis te zijn (bij gebreke aan medische kennis bij de rechter), de zaken bij een enquêteverslag er wat anders voorstaan.

72. “53. In the light of the above, the Court considers that the applicant had legitimate reasons to fear that the SMLB had not acted with proper neutrality in the proceedings before the Supreme Court. It further transpires that, as a result of this deficiency and of the SMLB’s particular position and role, the applicant’s procedural position was not on a par with that of her adversary, the State, as it was required to be by the principle of equality of arms. 54. What is more, the Supreme Court’s objective impartiality was compromised by the SMLB’s composition, procedural position and role in the proceedings before it. 55. Against this background, the applicant was not afforded a fair hearing before an impartial tribunal before the Supreme Court. Accordingly, there has been a breach of Article 6 § 1 of the Convention.”

73. EHRM 5 juli 2007, appl. nr. 31930/04, NJ 2010,323, m.nt. Alkema, AB 2009, 319 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Lind Eggertsdóttir t. Ísland*), § 47.

HOOFDSTUK 5

Zowel een enquête-onderzoek als een medisch deskundigenrapport heeft als doel in de eerste plaats de gang van zaken te achterhalen. In de tweede plaats zal het zich deskundigenrapport zich uitlaten over de vraag in hoeverre het handelen onder de maat is gebleven bij hetgeen redelijkerwijze mocht worden gevergd. Het verschil tussen het enquête-onderzoek en een medisch deskundigenrapport is de mate waarin de rechter zelfstandig de conclusies zal kunnen beoordelen.

Een rechter zal veelal niet het vereiste medische referentiekader hebben om de conclusies uit een medisch deskundigenrapport te kunnen beoordelen. Indien in het enquêteverslag echter geen oordeel wordt gegeven over de gang van zaken, dan stelt dat de Ondernemingskamer niet voor problemen. De Ondernemingskamer is juist gehouden om zelfstandig – met slechts het verslag als uitgangspunt – tot een oordeel te komen over het gevoerde beleid.

In de tweede plaats geldt dat de Ondernemingskamer weliswaar gehouden is haar oordeel primair te baseren op de inhoud van het verslag (de vaststellingen daarin), maar belanghebbenden zijn niet aan de inhoud van het verslag gebonden.⁷⁴ De rechtspersoon en andere belanghebbenden mogen aanvullende gegevens aandragen. De Ondernemingskamer mag deze gegevens mede in haar oordeel betrekken.⁷⁵

Het voorgaande brengt mee dat van het onderzoeksverslag in het algemeen niet kan worden gezegd dat de conclusies nauwelijks meer te weerleggen zijn voor belanghebbenden, indien het rapport eenmaal is uitgebracht. Ik meen dan ook dat in het algemeen de inspraakmogelijkheid bij de Ondernemingskamer voor belanghebbenden als voldoende kan worden beschouwd. Mijn conclusie is dat zolang de Ondernemingskamer voldoende ruimte biedt aan belanghebbenden om hetgeen waarom is verzocht te weerspreken (en de bevindingen van uit het verslag te weerleggen), hetgeen het EVRM heeft overwogen in de zaken *Mantovanelli* en *Lind* voor het enquêterecht niet meebrengt dat reeds gedurende het enquêteonderzoek het beginsel van hoor en wederhoor zou moeten worden toegepast, aangezien anders niet meer kan worden gesproken van een procedure die over het geheel genomen *fair & impartial* is geweest.⁷⁶

5.4.7 *Het recht op toegang tot de rechter in het enquêterecht*

Een andere vraag die naar aanleiding van de *Fayed*-uitspraak nog zou kunnen worden gesteld, betreft de vraag of een bestuurder of commissaris, over wiens functioneren het enquêterapport kritisch is, in voldoende mate een *effective*

74. Zie Timmerman & Thierry 2004, p. 215.

75. Zie Thierry 2003, p. 297.

76. Zo ook Geerts 2004, p. 170.

remedy heeft om de bevindingen in het verslag te weerspreken.⁷⁷ Indien na publicatie van het enquêteverslag het geding niet wordt voortgezet, heeft de persoon waarover het verslag defamerende uitlatingen doet, geen mogelijkheid meer om de bevindingen in het verslag in de tweede fase van de procedure te weerleggen.

Wanneer de Ondernemingskamer de openbaarmaking van een enquêteverslag gelast – zoals bij beursgenoteerde ondernemingen pleegt te gebeuren – kunnen bestuurders of commissarissen reputatieschade lijden.⁷⁸ Een bestuurder of commissaris over wie in het verslag kritische noten worden gekraakt, zal zich doorgaans kunnen verweren in de tweede fase. Maar wat is het geval indien geen van de partijen die gerechtigd zijn om de Ondernemingskamer te verzoeken vast te stellen dat gebleken is van wanbeleid daartoe overgaat? In dat geval eindigt het geding, zonder dat de bestuurder of commissaris zich nog in rechte heeft kunnen verweren tegen de aantijgingen. Terwijl kritische oordelen in het nieuws zijn gekomen, ontbreekt de bestuurder of commissaris alsdan de mogelijkheid zijn naam te zuiveren.⁷⁹

Een bestuurder of commissaris zal – zo blijkt uit *Fayed* – in beginsel aan art. 6 lid 1 EVRM het recht kunnen ontleen op een *effective remedy* om op te kunnen komen voor behoud van de eigen ‘goede naam’ (een *civil right*).

Men zou zich allereerst kunnen afvragen in hoeverre een bestuurder of commissaris niet geacht kan worden over een effectief rechtsmiddel te beschikken, doordat – anders dan in de casus die voorlag in *Fayed* – de onderzoeker in het Nederlandse recht geen immuniteit geniet. Het staat een bestuurder of commissaris indien hij (naar hij meent ten onrechte) in het verslag wordt beticht van wanbeleid, vrij om de onderzoeker aan te spreken.

77. Het wetsvoorstel wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête (wetsvoorstel herziening van het enquêterecht) introduceert een nieuw vierde lid van art. 2:351 BW, waarin wordt bepaald dat degenen die in het onderzoeksverslag worden genoemd in de gelegenheid worden gesteld om kennis te nemen van de gegevens of conclusies die op henzelf betrekking hebben en daarop desgewenst commentaar te leveren. *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 887, nr. 3, p. 25. Het wetsvoorstel is inmiddels aanvaard en treedt naar verwachting per 1 januari 2013 in werking.

78. Art. 2:353 lid 2 BW geeft als hoofdregel dat het enquêteverslag niet voor een ieder ter inzage ligt. Op degenen die kennis mogen nemen op grond van het bepaalde in het verslag, buiten de rechtspersoon, rust op grond van het bepaalde in art. 2:353 lid 3 juist een geheimhoudingsverplichting. De Ondernemingskamer kan de openbaarmaking van het verslag gelasten. Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever met de mogelijkheid dat een ieder van het verslag kennis zou kunnen nemen vooral het oog gehad op een rechtspersoon die beursgenoteerd is. Juist die verslagen zullen doorgaans ook publiciteitsgevoelig zijn. Zie verder Geerts 2004, p. 192.

79. In *Text Lite* is deze vraag niet aan de orde gekomen, aangezien in *Text Lite* de commissarissen verweer hebben kunnen voeren tegen het verzoek om vast te stellen dat sprake was geweest van wanbeleid.

HOOFDSTUK 5

Ik meen dat daarvan niet teveel mag worden verwacht. Een onderzoeker zal waarschijnlijk slechts in uitzonderlijke gevallen met succes aansprakelijk kunnen worden gesteld. Het wetsvoorstel tot herziening van het enquêterecht voorziet in de invoering van een artikel 2:351 lid 5 BW, waarin wordt bepaald dat de met het onderzoek belaste personen niet aansprakelijk zijn voor schade die het gevolg is van het verslag van de uitkomst van het onderzoek, tenzij zij opzettelijk onbehoorlijk hebben gehandeld dan wel met kennelijk grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.⁸⁰ Onder huidig recht bestaat enige onduidelijkheid over hoe de maatstaf precies luidt,⁸¹ maar niet aannemelijk is dat maatstaf wezenlijk ruimer geacht moet worden dan nu wordt voorgesteld in het wetsvoorstel tot herziening van het enquêterecht.

Mijn conclusie is dat een mogelijke verhaalsactie op de onderzoeker slechts in uitzonderlijke gevallen een *effective remedy* zal opleveren. Mede gelet op het gegeven dat de bestuurders en commissarissen de Ondernemingskamer niet zelfstandig kunnen verzoeken vast te stellen dat (geen) sprake is geweest van wanbeleid, bestaat in het enquêterecht – net als in *Fayed* het geval was – een beperking in de toegang tot de rechter. Kan deze beperking worden gerechtvaardigd?

5.4.8 De beperking in de toegang tot de rechter getoetst

In *Golder t. Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM aanvaard dat art. 6 EVRM ook het recht op toegang tot de rechter beschermt. In latere jurisprudentie heeft het EHRM overwogen dat het recht op toegang tot de rechter geen absoluut recht betreft. Onder omstandigheden kan het nodig zijn dat daarop beperkingen worden aangebracht. In *Fayed t. Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM zijn eerdere jurisprudentie daarover als volgt samengevat:⁸²

“The relevant principles have been stated by the Court as follows:

- “(a) The right of access to the courts secured by Article 6 para. 1 (art. 6-1) is not absolute but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access ‘by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and in place according to the needs and resources of the community and of individuals’.

80. Deze formulering sluit aan bij de aansprakelijkheidsbeperking van arbiters (vgl. HR 4 december 2009, JOR 2010, 175), met als gedachte dat duidelijk moet zijn dat een onderzoeker niet aansprakelijk is voor de door hem verrichte werkzaamheden tenzij hij daarbij grote fouten heeft gemaakt, zo vermeldt de memorie van toelichting van het wetsvoorstel. *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 887, nr. 3, p. 39.

81. Vgl. Holtzer 2003, p. 267, zie voorts Geerts 2004, p. 180-185, die ervoor pleit aansluiting te zoeken bij de aansprakelijkheidsnorm die is ontwikkeld voor curatoren.

82. Zie EHRM 21 september 1994, appl. nr. 17101/90, NJ 1995, 463 (*Fayed t. Verenigd Koninkrijk*), § 65.

- (b) In laying down such regulation, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, but the final decision as to observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired.
- (c) Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 para. 1 (art. 6-1) if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved."

Bij de toetsing van de vraag of een beperking in de toegang tot de rechter kan worden gerechtvaardigd moet in de eerste plaats bezien worden of de beperking een *legitimate aim* dient. Bij het oordeel in *Fayed* dat de beperking in de mogelijkheid om onjuistheden in het rapport in rechte te kunnen betwisten (teneinde de eigen goede naam te beschermen) geen schending van art. 6 lid 1 EVRM betekende, liet het EHRM meewegen dat de *inspectors* de gebroeders Fayed tijdens het onderzoek steeds de gelegenheid hadden geboden te reageren op alle aantijgingen. Het enquêterecht kent thans echter geen (formele) waarborgen op het gebied van hoor en wederhoor voor bestuurders wier functioneren het onderwerp van onderzoek wordt.⁸³ Volgt uit *Fayed* dat deze waarborgen er wel moeten zijn?⁸⁴

Voor het beantwoorden van deze vraag is van belang eerst vast te stellen dat belanghebbenden niet rechteloos zijn, wat betreft inspraakmogelijkheden tijdens het onderzoek. Afgezien van de vraag of de onderzoeker formeel als een 'deskundige' moet worden beschouwd,⁸⁵ lijkt een ieder het erover eens dat artikelen 194-200 Rv zoveel mogelijk van (overeenkomstige) toepassing kunnen worden geacht, voor zover uit de aard van het enquêterecht niet anders voortvloeit.⁸⁶ Art. 198 lid 2 Rv draagt een onderzoeker op belanghebbenden in de gelegenheid te stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen. Daarmee dringt de vraag zich op in hoeverre de aard van het enquêterecht zich verzet tegen de toepassing van art. 198 lid 2 Rv.⁸⁷ Tegen een strikte toepassing van

83. Het wetsvoorstel inhoudende aanpassing van het recht van enquête, bevat een nieuw lid 4 van art. 2:351 BW dat luidt: "*De met het onderzoek belaste personen stellen een verslag op van hun bevindingen. Zij stellen degenen die in het verslag worden genoemd in de gelegenheid om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben.*" Zie *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 887, nr. 3, p. 25.

84. In deze zin Hermans 2003, p. 146.

85. Het komt mij voor dat de 'onderzoeker' als een *sui generis* figuur moet worden beschouwd. Vgl. A-G Timmerman, die in zijn conclusie vóór HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 m.nt. Van Solinge (*Laurus*), onder 3.68, schrijft dat reeds uit de benaming 'onderzoeker' blijkt dat de wetgever deze figuur niet formeel als een 'deskundige' heeft willen aanmerken. Geerts (2004, p. 138) ziet een sterkere gelijkenis tussen de onderzoeker en de deskundige.

86. In deze zin: Timmerman & Thierry 2004, p. 215-219.

87. Zo is bijvoorbeeld in HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 m.nt. Van Solinge (*Laurus*), rov. 3.9 overwogen dat de aard van de zaak zich verzet tegen de toepasselijkheid van het recht op tegenbewijs (art. 284 lid 1 Rv.) in de enquêteprocedure.

HOOFDSTUK 5

deze bepaling pleit de wens van de wetgever en de Hoge Raad de onderzoeker zo veel als mogelijk vrij te willen laten in de wijze waarop hij het onderzoek vorm geeft.⁸⁸ Wel kan het bepaalde in art. 198 lid 2 Rv analoog van toepassing worden geoordeeld, in die zin dat de door de onderzoeker te betrachten zorgvuldigheid meebrengt dat belanghebbenden bij het verslag in ieder geval in de gelegenheid moeten worden gesteld zich te kunnen uitlaten over de inhoud van het verslag.⁸⁹

Het zal doorgaans de kwaliteit van het onderzoek bevorderen indien bestuurders wier functioneren wordt onderzocht ook tijdens het onderzoek op adequate wijze in het onderzoek worden betrokken. De door de onderzoeker te betrachten zorgvuldigheid zal zulks ook tot op zekere hoogte meebrengen. Een verdergaande formalisering van de toepassing van het recht op hoor en wederhoor lijkt mij echter op gespannen voet staan met de in het belang van de snelheid en efficiency gewenste flexibiliteit waarop de onderzoeker zelf het onderzoek kan vormgeven.⁹⁰

Voldoende voor het doorstaan van de proportionaliteitstoets die het hof zal aanleggen bij een toetsing van de vraag of een beperking op de toegang tot de rechter niet verder gaat dan noodzakelijk is, lijkt mij dat belanghebbenden door de onderzoeker in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten over het verslag alvorens het naar de Ondernemingskamer wordt gezonden. Het belang van een informele efficiënte procedure mag mijns inziens zwaarder wegen dan het risico dat indien niet om een wanbeleidoordeel wordt gevraagd, een bestuurder de mogelijkheid wordt onthouden de inhoud van het verslag in rechte aan de orde te kunnen stellen om aldus zijn naam te kunnen zuiveren. Dat deze afweging van belangen de discretionaire vrijheid van de Nederlandse wetgever te buiten zou gaan lijkt mij niet waarschijnlijk. Ik wijs daarbij op hetgeen het EHRM in *Fayed t. Verenigd Koninkrijk* heeft overwogen:

88. Zie Geerts 2004, p. 172.

89. Genoemd artikel bepaalt onder meer: “*De deskundigen moeten bij hun onderzoek partijen in de gelegenheid stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen*”.

90. Het EHRM lijkt ook te erkennen dat wanneer de snelheid van een procedure van belang is, soms niet alle eisen die voortvloeien uit art. 6 EVRM strikt behoeven te worden nageleefd. Zie EHRM 15 oktober 2009, appl. nr. 17056/06, NJ 2010, 180 m.nt. Alkema, AB 2010, 75 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Micallef t. Malta*), § 86: “*However, the Court accepts that in exceptional cases – where, for example, the effectiveness of the measure sought depends upon a rapid decision-making process – it may not be possible immediately to comply with all of the requirements of Article 6. Thus, in such specific cases, while the independence and impartiality of the tribunal or the judge concerned is an indispensable and inalienable safeguard in such proceedings, other procedural safeguards may apply only to the extent compatible with the nature and purpose of the interim proceedings at issue. In any subsequent proceedings before the Court, it will fall to the Government to establish that, in view of the purpose of the proceedings at issue in a given case, one or more specific procedural safeguards could not be applied without unduly prejudicing the attainment of the objectives sought by the interim measure in question.*”

“81. It is not, however, for the Court to substitute its own view for that of the national legislature as to what would be the most appropriate policy in this regard. The risk of some uncompensated damage to reputation is inevitable if independent investigators in circumstances such as those of the present case are to have the necessary freedom to report without fear, not only to the authorities but also in the final resort to the public. It is in the first place for the national authorities to determine the extent to which the individual’s interest in full protection of his or her reputation should yield to the requirements of the community’s interest in independent investigation of the affairs of large public companies.”

Mijn conclusie is de volgende. Indien een bestuurder van wanbeleid wordt beschuldigd in een enquêteverslag, zal hij waarschijnlijk de onderzoeker met succes kunnen aanspreken in het geval deze grof nalatig is geweest bij het verrichten van zijn onderzoek en de aantijgingen dientengevolge als ongefundeerd moeten worden beschouwd. In het geval geen sprake is van grove nalatigheid van de onderzoeker, zal de bestuurder eerst de aantijgingen kunnen pareren, nadat de Ondernemingskamer is verzocht om vast te stellen dat gebleken is uit het verslag van wanbeleid. Dat deze beperking in de mogelijkheid de bevindingen van de onderzoeker te weerspreken in rechte een schending van art. 6 EVRM zal kunnen meebrengen is niet waarschijnlijk. In het enquêterecht staat het belang van de rechtspersoon en de aan haar verbonden onderneming centraal. Indien niet om een tweede fase-beschikking wordt verzocht, blijft het geding geëindigd met de deponering van het verslag bij de Ondernemingskamer. Het zou niet passen in het enquêterecht om een bestuurder of commissaris zelfstandig de bevoegdheid te geven het enquêtegeding voort te zetten, louter met het oog op de mogelijkheid de eigen naam te zuiveren. Anderzijds mag van een bestuurder of commissaris ook worden gevergd dat hij bestand is tegen enige media *exposure*, ook al is deze onjuist en negatief. Hoge bomen plegen nu eenmaal veel wind te vangen. Tegen de achtergrond dat in *Fayed t. Verenigd Koninkrijk* een zwaardere beperking van het recht op toegang tot de rechter – vanwege de immuniteit van de onderzoekers – ook de toets der kritiek in Straatsburg kon doorstaan, is het niet waarschijnlijk dat in de Nederlandse situatie anders zal worden geoordeeld.

5.4.9 De beslissing tot openbaarmaking van het verslag

Men zou zich nog kunnen afvragen of bestuurders en commissarissen aan art. 6 lid 1 EVRM het recht kunnen ontleen om te worden gehoord alvorens de Ondernemingskamer de beslissing neemt tot openbaarmaking van het verslag. Het aannemen van een verplichting tot het horen van bestuurders en commissarissen die daarvan nadeel kunnen ondervinden, zou kunnen worden onderbouwd met een beroep op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in één van de *KPNQwest*-beschikkingen.⁹¹ Over de vraag of er een verplichting

91. HR 20 november 2009, NJ 2011, 212 m.nt. Van Veen (*KPNQwest*).

bestaat tot het horen van belanghebbenden alvorens de voorzitter van de Ondernemingskamer een verzoek om een bevel tot inzage in de boeken mag toewijzen,⁹² overwoog de Hoge Raad dat het beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat alleen dan een verplichting tot oproeping van andere belanghebbenden nodig is, als aannemelijk is dat dezen door het geven van het bevel rechtstreeks in hun belangen kunnen worden geschaad.⁹³ Op dezelfde wijze zou men voor de bevoegdheid van de Ondernemingskamer het verslag voor een ieder ter inzage te leggen kunnen aannemen dat dit in beginsel zonder het horen van belanghebbenden mag, maar dat het beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat belanghebbenden wel worden gehoord indien aannemelijk is dat zij door de ter inzage legging rechtstreeks in hun belangen kunnen worden geschaad. Deze analogie strandt mijns inziens echter op het gegeven dat hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen ziet op een beslissing van de Ondernemingskamer waarom door partijen is verzocht en waar in beginsel de regels van de verzoekschriftprocedure op van toepassing zijn, aldus de Hoge Raad in het zojuist genoemde arrest, terwijl de bevoegdheid van de Ondernemingskamer het verslag voor een ieder ter inzage te leggen een bevoegdheid betreft die de Ondernemingskamer ambtshalve toekomt.⁹⁴

Voorts lijkt het moment waarop de Ondernemingskamer beslist over de openbaarmaking – waarbij blijkens de wetsgeschiedenis met name is gedacht aan verslagen die betrekking hebben op beursgenoteerde vennootschappen – ook niet het geschikte moment om alvast een voorschot te nemen op de inhoud van het verslag. Indien de Ondernemingskamer het verslag eerst voor een ieder ter inzage zou mogen leggen, nadat zij zou hebben vastgesteld dat de aantijgingen in het verslag jegens een bestuurder niet zonder redelijke grond zijn, haalt dit de discussie over de inhoud van het verslag naar voren. Dat strookt niet met de opzet van de enquêteprocedure, waarin snelheid en efficiëntie belangrijke factoren zijn. Mijn conclusie is dan ook dat bestuurders en commissarissen over wie in het verslag kritische noten worden gekraakt hun kruit pas zullen kunnen verschieten nadat is verzocht om vast te stellen dat sprake is geweest van wanbeleid.⁹⁵ Er is geen reden de daaraan inherente beperking in de toegang tot de rechter strijdig te achten met art. 6 EVRM.

92. Art. 2:352 lid 1 BW.

93. HR 20 november 2009, NJ 2011, 212 m.nt. Van Veen (*KPNQwest*), rov. 3.7.

94. De regels van de verzoekschriftprocedure zijn dan ook niet van toepassing, hetgeen ook meebrengt dat geen cassatieberoep kan worden aangetekend tegen het besluit van de Ondernemingskamer tot openbaarmaking van het verslag.

95. Hoewel art. 279 Rv. de rechter enige ruimte gunt een belanghebbende al dan niet op te roepen – de rechter dient dit te doen “voor zover nodig” – meen ik dat bestuurders en/of commissarissen over wie het verslag kritisch is, wel aan art. 6 EVRM het recht kunnen ontnemen te worden opgeroepen voor de tweede fase.

Datzelfde geldt ook voor een beroep op art. 8 (evt. jo. art. 13 EVRM). Nu de inhoud van het verslag betrekking heeft op het openbare leven – de zakelijke handelwijze – van de bestuurder, zal in beginsel geen sprake zijn van een inmenging op het recht op *private life*. Wanneer details in het verslag wél een inmenging op het recht op *private life* opleveren, zal de openbaarmaking daarvan doorgaans gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op de doeleinden van het enquêterecht.⁹⁶ Wanneer zonder noodzaak in het verslag wordt ingegaan op gevoelige persoonlijke onderwerpen – bijvoorbeeld seksuele geaardheid – komt men op het terrein van art. 261 Sr (smaad). Alsdan zal een bestuurder in kort geding een verbod op openbaarmaking en aanpassing van het verslag kunnen eisen. Een onderzoeker riskeert tevens een verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad.

5.4.10 Art. 6 en de tweede fase

Is art. 6 EVRM van toepassing op de fase waarin aan de Ondernemingskamer is gevraagd vast te stellen dat sprake is geweest van wanbeleid? In *Text Lite* hebben zowel de Hoge Raad als het EHRM art. 6 EVRM van toepassing geoordeeld op de tweede fase, maar daaraan lag ten grondslag dat de commissarissen door de Ondernemingskamer hoofdelijk aansprakelijk waren gesteld voor de onderzoekskosten.⁹⁷ Zou art. 6 EVRM ook van toepassing zijn geoordeeld, indien de Ondernemingskamer alleen zou zijn verzocht om vast te stellen dat sprake was geweest van wanbeleid door de commissarissen?

Zoals hiervoor is opgemerkt, is eerst sprake van ‘civil rights and obligations’ indien “*the result of the proceedings [are] directly decisive for such a right*”.⁹⁸ Blijkens hetgeen de Hoge Raad in *Laurus* heeft overwogen is het oordeel van de Ondernemingskamer dat van wanbeleid van de onderzochte rechtspersoon sprake is, weliswaar bindend voor degenen die in de tweede procedure van de enquête zijn verschenen, maar impliceert dat niet de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de organen van de rechtspersoon voor dat wanbeleid.⁹⁹

96. Wanneer privégegevens naar buiten worden gebracht.

97. Het EHRM heeft in *Text Lite* overwogen dat vanaf het moment dat verzocht werd om de commissarissen hoofdelijk te verbinden voor de kosten van het onderzoek, art. 6 EVRM van toepassing werd.

98. EHRM 23 juni 1981, appl. nr. 6878/75 & 7238/75, NJ 1982, 602 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*), § 43.

99. De door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure ook niet op voorhand vast, zelfs niet behoudens tegenbewijs. Het oordeel van de Ondernemingskamer dat van wanbeleid sprake is geweest, kan daarin onder omstandigheden wel de bewijsrechtelijke betekenis hebben dat de rechter, mede gelet op de inhoud van het door de onderzoekers opgestelde verslag en het daarover in de tweede procedure van de enquête gevoerde debat, voorshands bewezen acht dat de aangesproken persoon →

In het licht hiervan lijkt het mij moeilijk vol te houden dat met een wanbeleidsoordeel sprake is van het vaststellen van een *civil right* of een *obligation*.¹⁰⁰ Hoewel vermogensrechtelijke belangen niet zelden een prominente drijfveer vormen voor de actoren in het enquêterecht, laat ook dat onverlet dat het wanbeleidsoordeel niet *directly decisive* is voor een burgerlijk recht. Het enquêterecht laat zich in zoverre enigszins vergelijken met het tuchtrecht, waarin in de opvatting van het EHRM ook geen burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld.¹⁰¹ Het voorgaande laat overigens onverlet dat op grond van de regels die gelden voor een verzoekschriftprocedure, bestuurders en commissarissen wier functioneren onderwerp is van het verslag, in deze fase van het geding wel als belanghebbende dienen te worden opgeroepen en als belanghebbende het recht hebben te participeren in het geding.

Zodra de Ondernemingskamer wordt gevraagd om de kosten van het onderzoek te verhalen op één of meer van de verzoekers¹⁰² – op de grond dat het verzoek op onredelijke gronden is gedaan – of wordt verzocht om één van de voorzieningen te treffen zoals genoemd in art. 2:356 BW, wordt een *civil right* het onderwerp van geschil. Al de in dit artikel genoemde voorzieningen maken inbreuk op rechten die anders aan de rechtspersoon toekomen. Wanneer de Ondernemingskamer een bestuurder schorst of ontslaat of een besluit vernietigt wordt door de Ondernemingskamer een *civil right* uitgeoefend dat volgens het reguliere recht aan een orgaan van de vennootschap toekomt. Het verzoek om één of meer voorzieningen in de zin van art. 2:356 BW te treffen brengt dan ook steeds mee dat een *civil right* het onderwerp van de rechtsstrijd wordt en art. 6 EVRM deze fase van de enquêteprocedure gaat bestrijken, met als belangrijkste gevolg dat het recht op hoor en wederhoor moet worden nageleefd, ook met betrekking met als belanghebbende in de procedure verschenen bestuurders.

tegenover de rechtspersoon zijn taak niet heeft vervuld op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen. Zie HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 m.nt. Van Solinge (*Laurus*), rov. 3.7-3.9.

100. Dit wordt anders indien ook om onmiddellijke of definitieve voorzieningen wordt gevraagd. Nu dergelijke voorzieningen rechtstreeks inbreuk maken op bestaande burgerlijke rechten, is daardoor steeds sprake van een geschil over *civil rights*.

101. EHRM 23 juni 1981, appl. nr. 6878/75 & 7238/75, NJ 1982, 602 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*), § 42.

102. Art. 2:354 BW.

5.5 Conclusie

In de eerste fase van het enquêteonderzoek zal art. 6 EVRM steeds van toepassing zijn, omdat de rechtspersoon de kosten van het onderzoek zal moeten voldoen indien een enquête-onderzoek wordt gelast.¹⁰³ Problemen met de eisen van art. 6 EVRM vallen daarbij niet te verwachten.

Voor het enquêteonderzoek kan worden geconstateerd dat hoewel het EHRM enerzijds bereid is materieel te beoordelen of in een (onderdeel van) een procedure sprake is van de vaststelling van burgerlijke rechten of verplichtingen, het EHRM anderzijds terughoudendheid wil betrachten bij het uitbreiden van het beschermingsbereik van art. 6 EVRM op een onderzoek dat primair wordt ingesteld om een feitelijke gang van zaken te achterhalen. Ook indien uit het onderzoek mogelijkwijs duidelijke conclusies naar voren komen – bijvoorbeeld de conclusie van de inspecteurs dat de broers Fayed bewust de overheid en het publiek hadden misleid – dwingt dat niet tot de conclusie dat sprake is van de *determination of civil rights*.

Aangezien in een enquêteonderzoek geen burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld, althans niet op een wijze waarvan gezegd kan worden dat deze *directly decisive* zijn, is art. 6 EVRM niet van toepassing.¹⁰⁴

De enquêteprocedure houdt wel een beperking in van het door art. 6 lid 1 EVRM beschermde recht van bestuurders en commissarissen de bevindingen uit het verslag in rechte te kunnen betwisten (in de eerste fase). Deze beperking is evenwel te rechtvaardigen.

In de tweede fase komt art. 6 EVRM niet in beeld zolang louter om een wanbeleidoordeel is verzocht. Wordt om een veroordeling in de kosten van het onderzoek gevraagd of worden voorzieningen gevraagd,¹⁰⁵ dan is wel sprake van een procedure die wordt bestreken door art. 6 EVRM.

Ook in de gevallen waarin art. 6 EVRM van toepassing is, kan – zolang de reguliere regels van het procesrecht worden nageleefd – de verhouding met het enquêterecht als ontspannen worden gekenschetst.

103. Zo ook Hermans 2003, p. 114.

104. De bepalingen van art. 194 -200 Rv (inzake de deskundige) zullen zoveel als mogelijk op de onderzoeker van toepassing zijn. Zie hierover ook Sanders/Westbroek 2005, p. 334.

105. Art. 2:356 BW.

