

Op het front van arbeid en zorg meldt de beleidsagenda slechts twee zaken: er komt een algemene financieringsregeling voor verlof in de vorm van de levensloopregeling en de Wet kinderopvang zal in 2005 ingevoerd worden. Deze wet geeft ouders recht op een tegemoetkoming in de kosten van formele kinderopvang en bovendien op een extra tegemoetkoming van de overheid als de werkgever niet aan de opvang meebetaalt. Voor inkomens boven de 45 000 euro zal deze compensatieregeling echter wel afgebouwd worden.

De laatste, maar zeker niet de onbelangrijkste beleidsdoelstelling behelst de deregulering en vermindering van administratieve lasten. Ook hier is de agenda niet heel uitgebreid. In 2005 en 2006 zal de Wet administratieve lastenverlichting en vereenvoudiging in de sociale verzekeringen respectievelijk de Wet gezamenlijke heffing van premies en loonbelastingen (gefaseerd) worden ingevoerd. Verder zal een vereenvoudiging van de Arbo-verplichtingen plaatsvinden.

Als er een conclusie te trekken valt dan is het wel dat de minister er voorlopig in geslaagd lijkt zijn krachtige aanpak voort te zetten, ondanks de tegenwind die van de kant van de vakbonden is gekomen. Het valt zeker toe te juichen dat de minister met name de problemen op het punt van de WAO en de vergrijzing grondig aanpakt, ook al kan men wellicht hierna kritiek hebben op sommige onderdelen van de plannen of de uitwerking daarvan. Ten aanzien van andere kwesties hebben wij meer reserve jegens de aanpak door de minister. Met name zou de minister er goed aan doen om zowel het ontslagstelsel alsook het systeem van ontslagvergoedingen nog eens goed onder de loep te nemen. Daar lijkt toch veel meer winst te boeken in het halveren van schadevergoedingsformules dan het door een ongenueanceerde regel ingrijpen in de WW. Komend voorjaar zullen wij, wanneer het advies van de SER uitkomt, meer weten.

F.B.J. Grapperhaus
E.N. Franx-Schaap

M.W. Josephus Jitta en M.R. Mok: Het recht van enquête onderzocht

Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2004

256

'(...) men wil meer rellen, meer *fast food for the headlines*. Iemand hoeft maar te roepen dat een onderneming in gebreke is gebleven met het verschaffen van de vereiste transparantie, door een intern discussiestuk niet te publiceren, of de media zitten er bovenop en een ander roept (nog harder): **enquête!**
M.R. Mok

Op woensdag 20 oktober jl. verdedigden mr. M.W. Josephus Jitta en prof. mr. M.R. Mok hun preadvies voor de Vereniging 'Handelsrecht'. Uit het 'Woord vooraf' blijkt dat de auteurs zich ten doel hebben gesteld te onderzoeken of de toepassing van het enquêterecht tot tevredenheid stemt. Josephus Jitta heeft zich voornamelijk beziggehouden met de formele kanten van het enquêterecht, terwijl Mok zich in de eerste plaats heeft geconcentreerd op het begrip 'wanbeleid'.

Josephus Jitta stelt vast dat de inrichting van de enquêteprocedure wordt gekenmerkt door een grote doelmatigheid, die ten koste kan gaan van de rechtszekerheid. Het probleem, aldus Jitta, is dat zich belanghebbenden met uit-

eenlopende belangen op betrekkelijk eenvoudige wijze in de procedure kunnen mengen, terwijl de schriftelijke voorbereiding van de mondelinge behandeling minimaal is. Dat leidt tot het gevaar dat een 'grabbelton aan feiten ontstaat waaruit de Ondernemingskamer naar believen kan putten'. Voeg daarbij, dat de behandeling in slechts één feitelijke instantie plaatsvindt en de conclusie lijkt gerechtvaardigd dat de zorgvuldigheid van de procedure en de mogelijkheid van de rechter om op een verantwoorde wijze tot zijn oordeel te komen onvoldoende zijn gewaarborgd. De enquêteprocedure vertoont in dat opzicht 'grote gebreken', meent Josephus Jitta. Of blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (de eerste fase), kan echter wel worden vastgesteld op basis van één verzoekschrift en één verzoekschrift per belanghebbende in één instantie, aldus Josephus Jitta: 'Tenslotte gaat het daarbij alleen om de vaststelling of er gegronde redenen voor twijfel zijn en niet om de vaststelling dat het beleid onjuist is.'

Ik maak hieruit op, dat Josephus Jitta uitsluitend meent dat de geconstateerde gebreken kleven aan de procedure tot het vaststellen of sprake is van wanbeleid en het treffen van art. 2:356 BW-voorzieningen in de tweede fase en tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

Aanvankelijk miste ik in deze analyse de rol van het onderzoeksverslag. Op de bodem van de 'grabbelton aan feiten' ligt immers na afloop van de eerste fase het onderzoeksverslag. Zou de OK aan het onderzoeksverslag niet méér houvast hebben dan het houvast dat een andere rechter aan een tweede ronde van stukkenwisseling kan ontleen? In beginsel moet het verslag zelfstandig het oordeel van de OK in de tweede fase kunnen dragen, met dien verstande dat het niet zo is '(...) dat het oordeel van de Ondernemingskamer over gebleken wanbeleid uitsluitend zijn grondslag kan vinden in en volledig moet zijn gebaseerd op hetgeen uit het onderzoek is gebleken'.¹ Voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen in de tweede fase geldt hetzelfde: ook daarvoor is het verslag beschikbaar als fundament.

Resteert de vraag, of het treffen van onmiddellijke voorzieningen gedurende de eerste fase met voldoende waarborgen is omkleed, als dat gebeurt op basis van een enkele stukkenwisseling en zonder de mogelijkheid van hoger beroep. De basis is helemaal smal, indien de beschikking op het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen wordt gegeven voordat het verzoek tot het treffen van een enquête is behandeld (gegronde twijfel aan een juist beleid bestaat in dat geval uitsluitend 'naar het voorlopig oordeel van de OK'). Juist van die beslissingen die niet (kunnen) steunen op het onderzoeksverslag, zou appèl wenselijk zijn. De keerzijde is, dat aldus een procedure die bewezen heeft doelmatig te zijn aan doelmatigheid verliest.

Enkele hoofdstukken later blijkt dat Josephus Jitta de rol van het onderzoeksverslag grondig wil herzien. Het onderzoeksverslag moet minder dragend worden voor de beslissingen in de tweede fase. Door deze maatregel ontstaan mijns inziens juist de 'grote gebreken' die Josephus Jitta noemt en wordt de behoefte aan een nadere stukkenwisseling en een tweede feitelijke instantie groter. Een deel van het debat wordt immers gevoerd in de onderzoeksfase en niet ter zitting.

In de eerste plaats moet het mogelijk zijn, aldus Josephus Jitta, om een enquêteprocedure te entameren zonder dat het per se tot een enquête komt. De inrichting van het enquêterecht kan niet voorbijgaan aan het gegeven, dat het verzoekers in de praktijk veelal uitsluitend te doen is om de

1. HR 18 april 2003, NJ 2003, 286 m.nt. Maeijer (RNA).

onmiddellijke voorzieningen. Ik geef toe dat de enquêteprocedure regelmatig wordt gebruikt om onmiddellijke voorzieningen te doen treffen en dat een onderzoek (of: het risico dat het uiteindelijk tot een onderzoek komt) op de koop toe wordt genomen. De beweegreden zal vermoedelijk zijn, dat de OK meer durft² dan de kortgedingrechter. Tijdens de verdediging van het preadvies gaf Josephus Jitta kernachtig weer dat het bij de voorzieningenrechter al gauw is 'nee, tenzij...', terwijl de OK de reputatie heeft van 'ja, mits...'. Ook in een tweede opzicht staat Josephus Jitta een wijziging voor van de rol van het onderzoeksverslag. Komt het tot een onderzoek, dan moet het verslag zijn vrijwel onaantastbare positie verliezen. De onderzoekers moeten ter zitting gehoord kunnen worden, het verslag moet onderwerp zijn van uitgebreidere stukkenwisseling en er moet plaats zijn voor het leveren van 'tegenbewijs' door middel van eigen deskundigen.

Josephus Jitta geeft een rudimentaire schets van de procesgang die hem voor ogen staat. Ik zal trachten die samen te vatten. In de eerste plaats moet een alleensprekende rechter procedurebeslissingen nemen opdat een beter 'case management' ontstaat. Die beslissingen zijn steeds uitvoerbaar bij voorraad, teneinde de vaart erin te houden. Van deze beslissingen is beroep mogelijk op een voltallige kamer. Begrijp ik Josephus Jitta goed, dan is de beslissing om al dan niet een onderzoek te bevelen niet aan deze 'procedurerechter', maar aan de voltallige kamer, maar helemaal duidelijk is mij dat niet. 'Tot de inrichting van de procedure behoren mijns inziens ook de vraag of een onderzoek moet plaatsvinden, wat de inhoud van de onderzoeksopdracht zou moeten zijn en welke onderzoeker het best met het onderzoek kan worden belast', schrijft Josephus Jitta, maar ook: 'De beslissing of een dergelijk aanvullend of nader onderzoek moet worden bevolen (...) zou ik niet willen leggen bij degene die met het case management is belast, maar bij de volledige kamer (cursivering telkens PDO).' Jitta vervolgt: de cesuur tussen eerste en tweede fase moet verdwijnen. Dat maakt ook het onderscheid tussen onmiddellijke en '2:356-voorzieningen' minder scherp. Josephus Jitta meent dat de rechter niet langer gebonden moet zijn aan de in art. 2:256 BW opgesomde voorzieningen. De 'cesuur' blijft in zoverre aanwezig, dat belanghebbenden een herkansing moeten krijgen om zich bij aanvang van wat thans de tweede fase is, in de procedure te mengen. Het verzoek tot het treffen van voorzieningen zou onderwerp moeten zijn van een uitgebreider schriftelijk debat, waarbij de rechtspersoon het laatste woord heeft. De enquêteprocedure zal worden ondergebracht bij een of enkele rechtbanken. De OK fungeert als appèlrechter. De appèltermijn bedraagt vier weken. Niet van alle beslissingen is appèl mogelijk. Van een beslissing om een enquête te bevelen, is slechts beroep in cassatie mogelijk.

Wat ik niet goed begrijp, is dat Josephus Jitta enerzijds onderkent, dat binnen het huidige systeem van het enquêterecht de onderneming en de belangen van de onderneming centraal staan en dat de OK niet moet verworden tot een 'algemene kortgedingrechter in ondernemingsrechtelijke zaken of zelfs in zaken waarbij ondernemingen betrokken zijn' en anderzijds maatregelen bepleit die wel tot effect zullen hebben dat nu juist dat 'kortgedingkarakter' veel meer op de voorgrond treedt. Ik heb sterke aarzeling of deze voorstellen de enquêteprocedure niet doen verworden tot een hybride van de enquêteprocedure en het kort geding, waarbij het slechtste van beide procedures wordt gecombineerd. De huidige enquêteprocedure is in opzet veel minder een 'partij-instrument' dan het kort geding. De rechtspersoon staat centraal in een procedure, waarin de rechter alerminst lijdelijk is en waarin de uitkomst in belangrijke mate berust op de feiten die door een of meer buitenstaanders (de onderzoekers) worden aangedragen. Vanuit de ver-

zoeker bezien kenmerkt de enquêteprocedure zich door een gebrek aan controle over de procedure. Dit is gerechtvaardigd doordat niet de verzoeker, maar de rechtspersoon centraal staat. De voorstellen van Josephus Jitta hollen de betekenis van het onderzoek uit en geven meer ruimte aan de (subjectieve) visie van de betrokkenen, zonder dat het karakter van de procedure daarop wordt aangepast. De gewijzigde opzet van de enquêteprocedure, zoals door Josephus Jitta bepleit, zal anderzijds de kortgedingrechter tot nog groter terughoudendheid bewegen; er is immers een andere instantie (de OK) die ter zake kundig(er) is, die vergelijkbare diensten levert, eventueel zonder onderzoek en met een 'open debat' over de bevindingen van de onderzoekers. Ik zie meer in de oplossing van Mok, die ik hierna behandel.

Ik noem van de onderwerpen die Josephus Jitta aansnijdt nog de positie van de raden, de verhouding tussen de enquêteprocedure en art. 2:15 BW en de parallel tussen de (on)rechtmatige overheidsdaad en het besluit in strijd met art. 2:8 BW.

De bijdrage van Mok is niet minder lezenswaard dan de bijdrage van Josephus Jitta, maar zij laat zich moeilijker bespreken. Na een algemene inleiding, gaat Mok in op de relatie tussen wanbeleid en aansprakelijkheid. Ik vat die relatie in eigen woorden samen. 'Wanbeleid' is in het enquêterecht als predikaat gereserveerd voor gedragingen van de *rechtspersoon*, niet van haar organen of van individuele leden van die organen. Het is echter evident dat uitsluitend gedragingen van die organen en individuen aan het oordeel 'wanbeleid' kunnen bijdragen: de rechtspersoon is niet meer dan een juridisch verzinsel. De vaststelling in de enquêteprocedure dat sprake is van wanbeleid impliceert niet dat de betrokken organen of individuen aansprakelijk zijn, ook niet indien de OK de verantwoordelijkheid voor het wanbeleid bij bepaalde individuen legt in het kader van de kostenveroordeling. Omgekeerd is de rechter in een aansprakelijkheidsprocedure op de voet van art. 2:9 BW of 6:162 BW niet in gelijke zin beperkt. De rechter kan een individuele bestuurder of commissaris aansprakelijk achten voor door hem of haar gevoerd wanbeleid. Er is – dat spreekt vanzelf – een zekere samenloop tussen 'wanbeleid', 'onbehoorlijke taakvervulling', 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' en 'ernstig (persoonlijk) verwijtbaar handelen'. Mok concludeert: 'Wanbeleid is niet iets heel anders dan onbehoorlijke taakvervulling; het is een ernstige vorm van het laatste. Het bijzondere schuilt in de enquête als middel tot vaststelling ervan.'

Mok behandelt aan de hand van de enquêterechtspraak van de OK en de Hoge Raad de wijze waarop het begrip 'wanbeleid' sinds de introductie van dit begrip in de wet van 1970 gestalte heeft gekregen. In deze behandeling betreft Mok ook de 'eerste fase beschikkingen', omdat die, voor het geval de feiten waarop ze berusten juist blijken, aanwijzingen geven over wat de OK en de Hoge Raad onder 'wanbeleid' verstaan. Mok zegt het niet voor niets voorzichtig. Het criterium van art. 2:350 lid 1 BW is in twee opzichten 'ruimer' dan het criterium 'wanbeleid': *twijfel aan een juist beleid* volstaat. Er staat uitdrukkelijk niet, dat naar het voorlopig oordeel van de OK feiten moeten blijken, die zo zij juist worden bevonden, het oordeel wanbeleid rechtvaardigen.

VOORDEEL VAN DE RECHTER

2. Het is niet alleen een kwestie van 'durf'. De OK kan een aantal van de '2:356-voorzieningen' ook treffen bij wijze van onmiddellijke voorziening. Hierdoor beschikt de OK over bevoegdheden, die de kortgedingrechter mist (ik noem als voorbeeld het schorsen van bestuurders en commissarissen en het overdragen van aandelen ten titel van beheer). Ik kan mij slecht voorstellen dat er gevallen zijn waarin in kort geding met behulp van het instrumentarium van de art. 3:296 BW e.v. niet een resultaat kan worden bereikt dat ook bevredigend is.

De behandeling beslaat 22 pagina's van de bijdrage en zij is, naar haar aard, casuïstisch. Ik bespreek enkele gevoigtrekkingen. Wanbeleid is beleid dat strijdig is met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Niet ieder onzorgvuldig of laakbaar handelen geldt als wanbeleid. Mok maakt een driedeling: (i) niet helemaal netjes, maar niet erger dan een leugentje om bestwil; (ii) verwijtbaar en mogelijk aanleiding gevend tot een schadevergoedingsplicht jegens gelaedeerden; en (iii) wanbeleid.

Ik kan de tweede categorie ('verwijtbaar') niet goed inpassen in de rechtspraak op grond van art. 2:9 BW en 6:162 BW. De bestendige lijn is dat sprake moet zijn van *ernstig* (persoonlijk) verwijtbaar handelen, voordat een schadevergoedingsplicht ontstaat. Mogelijk maakt Mok impliciet onderscheid tussen gedragsnorm en rechterlijke toetsingsnorm, waarin de marge voor twijfel is ingebouwd. In die richting wijst de opmerking van Mok, dat de OK er blijk van geeft niet marginaal te toetsen, omdat de OK en de Hoge Raad gedragingen als wanbeleid hebben aangemerkt die niet als *ernstig* wanbeleid gekwalificeerd kunnen worden.

In het hoofdstuk 'Aspecten van het begrip wanbeleid' benadert Mok het begrip vanuit de belangen die het enquêterecht zich zou kunnen aantrekken. Vanzelfsprekend zijn dat de belangen van diegenen die als verzoeker zijn genoemd in de art. 2:345-347 BW. De advocaat-generaal zou zich als behartiger van het openbaar belang nog een reeks abstracte (onder andere 'handhaving van rechtsnormen') en concrete (onder andere 'managers, crediteuren') belangen kunnen aantrekken. Mok geeft vervolgens nader invulling aan het begrip 'wanbeleid' aan de hand van toetsingscriteria. Wanbeleid is aldus op te vatten als een inbreuk op tot de rechtspersoon gerichte wettelijke normen, de statuten en de algemene rechtsbeginselen (het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel), mits die inbreuk herhaald en stelselmatig heeft plaatsgehad of tot zeer ernstige gevolgen voor de onderneming heeft geleid. Mok aanvaardt de Code van de Commissie-Tabaksblat als stelsel van toetsingsnormen alleen voorzover daarin aan algemene rechtsbeginselen uitdrukking wordt gegeven. 'Een slechts *aanbevolen* norm door de enquêterechter als toetsingsnorm doen hanteren, staat gelijk met wetgeving door de achterdeur, d.w.z. buiten de democratische besluitvormingsprocessen om en dat is in mijn ogen verkeerd', aldus Mok. Ten slotte heeft Mok oog voor het reeds door Van Schilfgaarde geconstateerde probleem, dat het achteraf gemakkelijk oordelen is over het beleid. *Voorzienbaarheid* van de gevolgen van de gedraging is hierbij bepalend. Hoofdstuk 5 bevat een korte beschrijving van de vergelijkbare procedures in de ons omringende landen.

Uit het afsluitende hoofdstuk citeerde ik de passage waarmee ik deze bespreking ben begonnen. Mok constateert dat bij de toepassing van het enquêterecht enigszins uit het zicht is geraakt dat dit instrument bedoeld is als *ultimum remedium*. Aan het enquêterecht behoef niet te worden gesleuteld. Aan de behoefte aan het treffen van voorzieningen in ondernemingsrechtelijke geschillen ('In het geval van een beweerde wantoestand bij een rechtspersoon of van een tekortkoming dan wel een onrechtmatige daad van een rechtspersoon of van daarbij betrokkenen...') kan worden voorzien door de rechtbank of de kortgedingrechter. Hoger beroep zou mogelijk moeten zijn bij de OK, waardoor de bijzondere expertise beschikbaar is, zij het in tweede feitelijke instantie. Om bagatelzaken buiten de deur te houden, kan de OK strenger zijn aan de poort: er is immers een alternatief. Anderzijds verdedigt Mok om de 10%-eis van art. 2:346 BW te koppelen aan een minimumkapitaal. Ook de bevoegdheid van de vakorganisaties zou aan een minimum gebonden kunnen worden (vijftig werknemers, waarvan er ten minste vijf bij de organisatie zijn aangesloten).

Is hiermee nu het laatste woord gezegd? Een onderzoek naar de toepassing van het enquêterecht zou zich wat mij betreft op twee aspecten moeten richten: effectiviteit en efficiëntie. Onder effectiviteit zou ik onderzoeksthema's groeperen als: 'Wat is het doel van het enquêterecht en in welke mate wordt dat doel bereikt?', en: 'Produceert het enquêterecht rechtvaardige uitkomsten?' Onder efficiëntie zou ik onderzoeksthema's begrijpen als: 'Is de doorlooptijd acceptabel?', en: 'Moet het enquêterecht op slechts één plaats worden toegepast?' Nu wordt efficiëntie wel beschreven als een 'hyperoniem' van effectiviteit, hetgeen zoveel betekent dat efficiëntie effectiviteit mede omvat. Dat is ook begrijpelijk: een auto die niet rijden wil is niet efficiënt. In het preadvies lopen vragen van effectiviteit en efficiëntie wel heel erg door elkaar. De bijdrage van Mok richt zich met name op een belangrijk, maar geïsoleerd aspect van effectiviteit. Als basis voor herinrichting van de enquêterechterprocedure is dit preadvies niet voldoende. De auteurs pretenderen dit ook niet: 'Het resultaat is hopelijk een levendige en vruchtbare discussie, met wellicht enige uitstraling naar de wettelijke regeling en de rechtspraktijk.'

P.D. Olden

Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2004. Voorstel van Wet op het financieel toezicht. Beschouwingen over de regulering van de financiële markten

257

Op 3 augustus 2004 is het voorstel voor de Wet op het financieel toezicht (Wft) ingediend.¹ Het wetsvoorstel bevat het zogeheten algemeen deel (deel 1) van de Wft. Het ligt in de bedoeling dat de bijzondere delen inzake prudentieel toezicht (deel 2) en gedragstoezicht (deel 3) en een deel met slotbepalingen en overgangsrecht (deel 5) bij nota van wijziging aan het wetsvoorstel worden toegevoegd.² Een laatste bijzonder deel over de infrastructuur van de financiële markten (deel 4) volgt naar verwachting na inwerkingtreding van de Wft. De indiening van het wetsvoorstel is voorafgegaan door consultaties over het algemeen deel en de bijzondere delen inzake prudentieel toezicht en gedragstoezicht.³ Ook heeft het ministerie van Financiën eind 2003 een seminar georganiseerd over de hervorming van de financiële toezichtwetgeving.⁴ De Wft vervangt de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf, de Wet melding zeggenschap

1. Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 2. Zie voor een bespreking, C.M. Grundmann-van de Krol, *Ondernemingsrecht* 2004, 189.
2. Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 10 e.v.
3. Voor een bespreking van de verschillende consultatiedocumenten, zie C.M. Grundmann-van de Krol, *Ondernemingsrecht* 2004, 189, *Ondernemingsrecht* 2004, 57, p. 169-172 en *Ondernemingsrecht* 2004, 113, p. 314-317.
4. De verschillende bijdragen zijn gebundeld in een uitgave van het Ministerie van Financiën, 'Seminar hervorming financiële toezichtwetgeving', Kluwer 2004. Zie ook R.J. Botter, 'Seminar hervorming van de toezichtwetgeving', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 618.