

REDACTIONEEL

Juridisering van het toezicht

E.J. Daalder

Op de dag dat ik dit schrijf heeft de Onderzoeksraad voor de Veiligheid zijn rapport over de brand bij het bedrijf Chemie-Pack in Moerdijk gepresenteerd. Bijna was het niet zo ver gekomen. Een bestuurder, een voormalig werknemer van Chemie-Pack en de eigenaar van het betreffende terrein hebben geprobeerd door middel van een kort geding publicatie te voorkomen. Aanvankelijk was de inzet van het kort geding het krijgen van een langere termijn dan de wettelijke van vier weken om op het conceptrapport te reageren. In het kort geding voerden betrokkenen daarnaast een groot aantal bezwaren aan, die vooral van formele aard waren. Dat alles om publicatie te voorkomen. Nadat de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag hen in het ongelijk had gesteld (Vzr. Den Haag 18 januari 2012, LJN BV1149) stelden zij een 'turbo-spoedappel' bij het Hof in. Betrokkenen maakten geen gebruik van de door de Onderzoeksraad gegeven mogelijkheid alsnog een reactie op het conceptrapport te geven, maar beriepen zich ter voorkoming van de publicatie van het rapport in hoger beroep weer op een aantal, grotendeels formele, argumenten. Het Hof kwam tot hetzelfde oordeel als de voorzieningenrechter (Hof Den Haag 7 februari 2012, LJN BV3009).

De kwestie van het rapport van de Onderzoeksraad voor de veiligheid over de brand bij Chemie-Pack is een voorbeeld van hoe de verhoudingen tussen degenen die met onderzoek en toezicht zijn belast en zij die voorwerp kunnen zijn van onderzoeks- of toezichtshandelingen is gejuridiseerd. Vooropgesteld zij dat het bij toezicht, buiten de gevallen van privaatrechtelijk toezicht, steeds gaat om een eenzijdig optreden van bij of krachtens de wet aangewezen organen en personen. Het legaliteitsbeginsel brengt mee dat een toezichthouder zijn bevoegdheden moet kunnen ontlenen aan een wettelijk voorschrift. Dat wettelijk voorschrift zal bepalen tot wie het toezicht zich mag richten en op de naleving van welke normen toezicht mag worden gehouden. De wet zal verder een regeling moeten bevatten voor de bevoegdheden die een toezichthouder bij het toezicht mag aanwenden. Kortom: het handelen van een toezichthouder zal steeds juridisch moeten zijn genormeerd.

Het gegeven dat een handelen van een toezichthouder juridisch is begrensd, betekent dat een ondertoezichtgestelde zich op het standpunt kan stellen dat een toezichthouder in een bepaald geval buiten de grenzen van de wet treedt. Hij kan stellen dat geen sprake is van een handelen in strijd met de wet of dat de toezichthouder niet bevoegd is bepaalde handelingen te verrichten. Verder kan hij de redelijkheid van het handelen van de toezichthouder ter discussie stellen. Daar is op zichzelf niets mis mee, maar het opvoeren van juridische bezwaren moet geen doel op zich worden. Wanneer ondertoezichtgestelden juridische argumenten gaan gebruiken om te voorkomen dat een toezichthouder zijn werk kan doen,

E.J. Daalder

belast dat de verhouding tussen de toezichthouder en degene op wie hij toezicht uitoefent. In het strafrecht gaan advocaten er steeds vaker toe over hun cliënt te adviseren om in ieder geval in de eerste fase van het onderzoek gebruik te maken van het zwijgrecht. Dat kan een goede tactiek zijn, maar blijft soms niet zonder gevolgen. Als een verdachte zijn kant van het verhaal niet wil geven, zullen politie en Openbaar Ministerie van de andere gegevens in het dossier uitgaan. Dat betekent bijvoorbeeld dat verdachten langer in voorlopige hechtenis blijven. Ook toezichthouders zullen reageren op een afwerende opstelling van degene op wie zij toezicht uitoefenen. Toezichthouders gaan zich dan bijvoorbeeld zelf ook formeler opstellen dan wellicht nodig is, bijvoorbeeld door het vragen van meer informatie of het hanteren van korte antwoordtermijnen. Verder kan het voorkomen dat juridisering van de relatie een beslag legt op de goede verhoudingen tussen toezichthouder en de ondertoezichtgestelde. Zo zal een toezichthouder in de wetenschap dat hij bij een gesprek ook een advocaat (of zoals in de praktijk nogal eens voorkomt meerdere advocaten) bij een overleg zal aantreffen, zichzelf ook juridisch gaan wapenen, met het gevaar dat het overleg verzandt in juridische discussies. In de praktijk zien we dat steeds meer gebeuren. Wat met een eenvoudig verzoek om inlichtingen begint, onttaardt vervolgens in een discussie over de vraag of de toezichthouder wel bevoegd is om de informatie te vragen en zo ja of hij die informatie eigenlijk wel nodig heeft voor zijn onderzoek. In plaats van redelijk overleg tussen verstandige mensen ontspint zich dan een uitvoerige discussie met een juridische insteek, gevolgd door brief- of mailwisselingen, met als eindresultaat dat de toezichthouder via een last onder dwangsom het verkrijgen van de informatie tracht af te dwingen. Waarna soms weer een procedure volgt, vaak in de vorm van een verzoek voorlopige voorziening, waarmee in ieder geval uitstel wordt bereikt, omdat voorzieningenrechters niet altijd in staat zijn om het verzoek snel te behandelen en daarop te beslissen.

Komt dit nu omdat toezichthouders zich voortdurend op de rand van het juridisch toelaatbare bewegen? Dat zal zeker wel eens een keer voorkomen, maar vaker zal juist het feit dat allerlei juridische argumenten worden ingebracht een toezichthouder het gevoel geven dat er kennelijk iets bij de ondertoezichtgestelde mis is. Waarom zou een onderneming immers veel geld aan dure advocaten besteden als er niets aan de hand is? We moeten vaststellen dat de verhouding tussen toezichthouder en ondertoezichtgestelde steeds meer wordt gejuridiseerd. Dat is ook het gevolg van het feit dat het recht een rechtsbeschermingsfunctie heeft gekregen. Dat is in ieder geval in twee opzichten het geval. In de eerste plaats zijn de in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) aan individuen toegekende rechten als gevolg van Europese rechtspraak ook van toepassing op ondernemingen. Ondernemingen zijn dus mensen. Ook beursgenoteerde bedrijven en andere grote ondernemingen kunnen een beroep doen op in het EVRM neergelegde rechten. Dat geldt niet alleen voor bijvoorbeeld het recht op een behoorlijk proces en het zwijgrecht, maar ook bijvoorbeeld voor het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Dat speelt bijvoorbeeld een rol bij de door toezichthouders aan ondernemingen gebrachte bedrijfsbezoeken. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft bijvoorbeeld beslist dat een inval bij een onderneming moet

worden beschouwd als een inbreuk op het huisrecht van de onderneming en daarmee op de persoonlijke levenssfeer, die slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar is (EHRM 16 april 2002, AB 2002, 277 m.nt. O. Jansen). Verder heeft het EHRM beslist dat artikel 6 EVRM voor ondernemingen verschillende waarborgen tegen toezichthandelingen biedt, waaronder het recht om tegen huiszoekingen bij de rechter op te komen (EHRM 5 mei 2011, AB 2012, 32).

In de tweede plaats zien wij dat noties, die aanvankelijk alleen een rol speelden bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten, ook gaan gelden in de niet strafrechtelijk, maar bestuursrechtelijk bepaalde verhouding tussen toezichthouder en ondertoezichtgestelde. Deels is dat te verklaren door het toenemend aantal gevallen waarin toezichthouders bestuurlijke boetes kunnen opleggen. Voor bestuurlijke boetes gelden vergelijkbare normen als voor strafvervolging. Maar de rechtspraak laat ook zien dat normen die formeel alleen gelden in de strafrechtelijke sfeer, ook doorwerken in de wijze waarop de rechter het handelen van toezichthouders in het algemeen beoordeelt. Voor juristen biedt dit in ieder geval nogal wat ruime om juridische argumenten tegen het voorgenomen handelen van toezichthouders te bedenken en te gebruiken.

Nu kan niemand het recht worden ontzegd om gebruik te maken van de hem of haar toekomende rechten. Toezichthouders zullen daarmee moeten leven en bij een juridiserende ondertoezichtgestelde niet anders mogen handelen dan bij anderen. Anderzijds betekent het feit dát een recht bestaat, niet dat daar ook steeds gebruik van moet worden gemaakt. Een toezichthouder vertelde mij laatst dat er bij een vooraf aangekondigd bedrijfsbezoek aan een locatie van een bedrijf, waar de situatie ter plaatse op de naleving van de regelgeving zou worden bekeken, naast daar werkzame personen drie advocaten en twee vertegenwoordigers van 'Legal' aanwezig waren. Dat een dergelijke opstelling de verhouding tussen toezichthouder en degene op wie het toezicht wordt uitgeoefend belast in dat soort gevallen is duidelijk. Zeker als daarbij al snel woorden als onrechtmatig, onzorgvuldig en aansprakelijk worden gebruikt, zonder dat daar direct een noodzaak voor is. Het leidt tot in ieder geval soms onnodige juridisering van verhoudingen, terwijl goed toezicht, ook in het belang van de ondertoezichtgestelde, ermee gebaat is dat de onderlinge relatie niet onnodig wordt belast. Daarbij is van belang dat het bij toezicht meestal om een voortdurende relatie gaat: toezichthouder en ondertoezichtgestelde blijven elkaar ook na het concrete geval meestal in de toekomst tegenkomen.

Kortom, laten ondertoezichtgestelden zich bij de vraag of zij een juridiserende opstelling willen kiezen vaker laten leiden door de wetenschap dat zo'n opstelling wellicht juridisch is gelegitimeerd, maar niet altijd de effecten heeft die daarmee worden beoogd. Laten degenen die ondertoezichtgestelden vertegenwoordigen, zich realiseren dat zij soms door de wijze waarop zij de belangen van hun cliënten verwoorden de onderlinge verhouding onnodig belasten. En laten toezichthouders door een juridiserende opstelling proberen heen te kijken en zich niet onnodig op het formele terrein terugtrekken. Om het populair te zeggen: laten we proberen wat vaker normaal te doen.

Enigszins verwant aan het voorgaande is het artikel van *Van Erp* en *Beckers* in dit nummer over het 'publiciteitsspel' tussen het Openbaar Ministerie (OM) en ver-

E.J. Daalder

dachten van ‘witteboordenfeiten’. Daar worden de averechtse effecten beschreven van een te moraliserende opstelling van het OM in zijn requisitoir, die weer leidt tot scherpe reacties van de verdachten. Daardoor wordt, zo concluderen zij, de mogelijkheid het strafrecht (mede) te gebruiken voor morele educatie en generale preventie beperkt. Het essay over de rol van de ondernemingsraad bij de bevordering van de kwaliteit van intern toezicht van *Baarsma* bevat een pleidooi voor een minder formele rol van de ondernemingsraad (OR). De OR zou moeten streven naar een strategisch partnerschap met de andere organen van de onderneming. Daarin kan ook een pleidooi worden gelezen voor het voorkomen van het onnodig terugvallen op een formele positie.

In het eerste artikel van dit nummer gaan *Steenhuisen* en *Van der Voort* in op de eeuwige vraag of er te weinig of te veel toezicht is. Zij doen dit aan de hand van een zogenoemde narratieve analyse, waarbij aan de hand van de voortdurende dialoog over de omvang van het toezicht inzicht wordt gegeven in de stand van het debat. Verder bevat dit nummer een boeiend artikel van *Rosenboom* over de vraag hoe het midden kan worden gevonden tussen het kartelverbod en het de wens om door samenwerking tussen ondernemingen duurzaamheid te bevorderen. *Lückerath-Rovers* bespreekt het recent verschenen proefschrift van Calkoen over *two-tier boards*. In zijn column gaat *Müller* in op de affaire Stapel. *De Groot* en *Kemper* discussiëren over de vraag of tuchtrecht en klachtrecht in een hand zouden moeten worden gehouden. De notenkraaker gaat dit keer over een arrest van de Hoge Raad, waarbij na een vernietigd besluit geen schadevergoeding hoefde te worden betaald vanwege eigen schuld van de betrokkenen.