

Wie is de Mol?

Liber Amicorum
Harmen de Mol van Otterloo

A.M. Boot, F.G.K. Overkleeft en F.E. Vermeulen (red.)



De Van der Moolen-enquête: onafhankelijkheid en onpartijdigheid van onderzoekers in het licht van artikel 6 lid 1 EVRM

René van de Klift

1. Inleiding

Het onderzoek in een enquêteprocedure vormt de kern van het in de wet neergelegde stelsel van het enquêterecht. De Ondernemingskamer kan pas de voorzieningen als bedoeld in artikel 2:355 BW in verbinding met artikel 2:356 BW treffen als uit het verslag van het onderzoek van wanbeleid is gebleken. Voorts kan de Ondernemingskamer pas de kostenveroordeling als bedoeld in artikel 2:354 BW uitspreken jegens een bestuurder of commissaris, indien uit het onderzoeksverslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor het wanbeleid.

De waarborgen die voortvloeien uit artikel 6 lid 1 EVRM zijn niet rechtstreeks van toepassing op de onderzoeksfase. In deze fase worden namelijk geen burgerlijke rechten en verplichtingen ten overstaan van een rechter vastgesteld. Indirect kunnen deze waarborgen wel een rol spelen in de onderzoeksfase. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt namelijk dat de enquêteprocedure in haar geheel, inclusief de wijze waarop het bewijs tijdens de onderzoeksperiode is vergaard, moet worden beoordeeld om te bezien of is voldaan aan de waarborgen die voortvloeien uit artikel 6 lid 1 EVRM.

In deze bijdrage zal ik uiteenzetten in hoeverre uit artikel 6 lid 1 EVRM voortvloeit dat ook aan onderzoekers in een enquêteprocedure de eis van onpartijdigheid en onafhankelijkheid kan worden gesteld en welke maatstaf daarbij moet worden gehanteerd. Vervolgens zal ik de overwegingen van de Ondernemingskamer bespreken in de Van der Moolen-enquête naar aanleiding van de tegen de onderzoekers geopperde bezwaren van partijdigheid en afhankelijkheid, waarna ik zal afsluiten met een korte conclusie.

2. Artikel 6 lid 1 EVRM

Artikel 6 lid 1 EVRM waarborgt het recht op een eerlijk proces. In dit artikel is bepaald dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen het recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM vereist artikel 6 lid 1 EVRM niet dat een deskundige

aan dezelfde eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid als een rechter dient te voldoen. Dit neemt echter niet weg dat het bericht van een deskundige, die door een rechter is ingeschakeld om bepaalde kwesties te beoordelen, waarschijnlijk van wezenlijke invloed zal zijn op de beoordeling door de rechter van deze kwesties. Daarom heeft het EHRM in zijn rechtspraak aanvaard dat het gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid aan de zijde van een deskundige een schending van het uit het recht op een eerlijk proces voortvloeiende beginsel van gelijkheid der wapenen tot gevolg kan hebben.¹

De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een deskundige moeten volgens het EHRM – net zoals bij een rechter – worden beoordeeld aan de hand van een subjectieve test, waarbij het gaat om de persoonlijke overtuiging van een deskundige in een bepaalde zaak. Voorts moet de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een deskundige worden beoordeeld aan de hand van een objectieve test, waarbij moet worden vastgesteld of een deskundige voldoende waarborgen bood om iedere gerechtvaardigde twijfel over hem uit te sluiten. Wat laatstgenoemde test betreft, kan volgens het EHRM zelfs de schijn van afhankelijkheid en partijdigheid van belang zijn. Het standpunt van een partij is wel belangrijk, maar niet doorslaggevend. Beslissend volgens het EHRM is of een door een partij geuite twijfel over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een deskundige objectief is te rechtvaardigen op basis van de omstandigheden van het geval.²

Bij de beantwoording van de vraag of de door een partij geuite twijfel objectief gerechtvaardigd is, kijkt het EHRM in de eerste plaats naar de procedurele positie van een deskundige. Als de taak van een deskundige in de procedure wettelijk verankerd is, zoals bijvoorbeeld ook het geval is voor een onderzoeker in een enquêteprocedure, neemt het EHRM aan dat door de rechter een groter gewicht zal worden toegekend aan de bevindingen van deze deskundige dan aan de bevindingen van een partijdeskundige en dat de deskundige een dominante positie inneemt in de procedure. Illustratief daarvoor is, bijvoorbeeld, ook de omstandigheid dat een rechter een deskundige ongeacht het standpunt van partijen kan benoemen en zelf de vragen voor de deskundige mag formuleren, zoals ook het geval is in een enquêteprocedure bij de bepaling van de periode en de onderwerpen van het onderzoek door de Ondernemingskamer.³

Op grond van een dominante positie van een deskundige neemt het EHRM onder omstandigheden aan dat het bericht van een deskundige, die door een rechter is ingeschakeld om een bepaalde kwestie te beoordelen, waarschijnlijk van wezenlijke invloed zal zijn op de beoordeling door de rechter van deze kwestie. Dit is met name het geval in zaken waarin een rechter aan een deskundige dezelfde vraag heeft voorgelegd die hij zelf heeft te beoordelen en deze vraag ziet op een kwestie die buiten het vakgebied van de rechter valt, zoals bijvoorbeeld in medische aansprakelijkheidskwesties. In die gevallen neemt het EHRM aan dat een nationale rechter de conclusies van een deskundige niet zelfstandig kan beoordelen met als gevolg dat een partij niet meer de mogelijkheid heeft om de conclusies van de deskundige effectief te weerleggen als het deskundigenbericht eenmaal is afgerond. Het is mede om die reden dat het EHRM heeft aanvaard dat het gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid aan de zijde van een deskundige een schending van het beginsel van gelijkheid der wapenen uit hoofde van artikel 6 lid 1 EVRM tot gevolg kan hebben als de procedure in haar geheel wordt gezien.⁴

Alhoewel de Ondernemingskamer een onderzoeker dezelfde vraag voorlegt die hij zelf heeft te beoordelen, ziet deze vraag niet op een kwestie die buiten zijn vakgebied valt. De beoordeling van het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon valt binnen het vakgebied van de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer kan de conclusies van een onderzoeker over het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon zelfstandig beoordelen. Schild verbindt hieraan de gevolgtrekking dat, zolang de Ondernemingskamer voldoende ruimte biedt aan belanghebbenden om de verzoeken in de tweede fase van de enquêteprocedure te weerspreken (en de bevindingen uit het onderzoeksverslag te weerleggen), de rechtspraak van het EHRM voor het enquêterecht niet meebrengt dat reeds gedurende de onderzoeksfase het beginsel van hoor en wederhoor zou moeten worden toegepast, omdat anders niet meer kan worden gesproken van een procedure die voldoet aan het recht op een eerlijk proces.⁵ Aangezien de rechtspraak van het EHRM over de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor nagenoeg parallel loopt aan de rechtspraak van het EHRM over de toepassing van het beginsel van gelijkheid der wapenen, zou dit betekenen dat een gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een onderzoeker geen schending van het beginsel van gelijkheid der wapenen uit hoofde van artikel 6 lid 1 EVRM tot gevolg kan hebben.

¹ EHRM 5 juli 2007, NJ 2010, 323, par. 47 (*Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland*).

² EHRM 24 mei 1989, NJ 1990, 627, par. 46-48 (*Hauptschildt t. Denemarken*); en EHRM 5 juli 2007, NJ 2010, 323, par. 48 (*Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland*).

³ EHRM 6 mei 1985, NJ 1989, 385, par. 33 (*Bonisch t. Oostenrijk*); en EHRM 5 juli 2007, NJ 2010, 323, par. 49-50 (*Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland*).

⁴ EHRM 11 maart 2008, zaaknr. 34449/03, par. 64-66 (*Shulepova t. Rusland*); Zie ook G. de Groot, *Civiel Deskundigenbewijs*, Den Haag: SDU Uitgevers 2012, p. 28-29.; en G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 185.

⁵ A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, diss. Leiden, Ivoereeks nr. 91, Deventer: Kluwer 2012, p. 251-252.

Schild verbindt aan voornoemde conclusie de voorwaarde dat de Ondernemingskamer aan belanghebbenden voldoende ruimte biedt om de verzoeken in de tweede fase van de enquêteprocedure te weerspreken (en de bevindingen uit het onderzoeksverslag te weerleggen). De ruimte om dit in de tweede fase van de enquêteprocedure te doen is echter zeer beperkt. Weliswaar hebben belanghebbenden in deze fase het recht op tegenspraak, maar uit de Laurus-beschikking van de Hoge Raad volgt dat belanghebbenden niet het recht op tegenbewijs hebben.⁶ In zijn noot bij deze beschikking vraagt Van Solinge zich daarom terecht af wat het recht om de bevindingen uit het onderzoeksverslag te weerleggen nog om het lijf heeft, als er geen tegenbewijs is toegestaan. Temeer als daarbij in ogenschouw wordt genomen dat belanghebbenden in beginsel ook niet beschikken over het onderzoeks-dossier waarop het onderzoeksverslag van de onderzoekers is gebaseerd.

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt echter dat het recht om tegenbewijs te kunnen aanbieden en de mogelijkheid om effectief commentaar te kunnen geven op de bevindingen van een deskundige mede een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of een procedure in haar geheel, inclusief de wijze waarop het bewijs middels een deskundigenbericht is verzameld, voldoet aan de waarborgen van artikel 6 lid 1 EVRM als de rechter wel zelfstandig de conclusies van de deskundige kan beoordelen. Zie in dit verband de uitspraak van het EHRM in de zaak *Eskelinen t. Finland*. In deze zaak heeft het EHRM de omstandigheden dat partijen over het onderzoeks-dossier van de deskundige beschikte en dat de rechter negen getuigen heeft gehoord over de feiten die blijken uit het onderzoeks-dossier. In een enquêteprocedure beschikken belanghebbenden in beginsel niet over het onderzoeks-dossier en hebben zij in de tweede fase van de enquêteprocedure niet het recht om getuigen te horen.

Ik ben daarom van mening dat de waarborgen uit hoofde van artikel 6 lid 1 EVRM ook van toepassing dienen te zijn op de onderzoeksfase, ook al is een onderzoeksverslag niet op dezelfde wijze van doorslaggevende betekenis als een deskundigenbericht over een kwestie die buiten het vakgebied van de rechter valt. Het onderzoeksverslag blijft van belangrijke invloed op de uitkomst van een enquêteprocedure gezien de beperkte ruimte in de tweede fase van de enquêteprocedure om de bevindingen van de onderzoekers te weerleggen. Om in de woorden van de wetgever te spreken: “Het verslag van de onderzoekers is van wezenlijk belang voor het oordeel van de Ondernemingskamer of er sprake is van wanbeleid. De wetgever heeft daarom terecht bij de wijziging van het enquêterecht per 1 januari 2013 vooropgesteld dat meer aandacht moet worden gevraagd voor de toepassing van het

beginsel van hoor en wederhoor in de onderzoeksfase.⁷ Ik zou menen dat dit ook dient te gelden voor het beginsel van gelijkheid der wapenen en daarom ben ik van mening dat de rechtspraak van het EHRM over de toepassing van dit beginsel van belang is voor de beoordeling van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van onderzoekers. Ook in het enquêterecht heeft te gelden dat het onderzoek dient te worden uitgevoerd door een onafhankelijke en onpartijdige onderzoeker.

Het EHRM kijkt niet alleen naar de procedurele positie van een deskundige bij de beantwoording van de vraag of de door een partij geuite twijfel objectief gerechtvaardigd is. Het kijkt voorts naar de rol die een deskundige feitelijk in de procedure heeft gespeeld. Als daaruit blijkt dat een deskundige feitelijk als getuige van één van de partijen heeft geopereerd, neemt het EHRM deze omstandigheid mede in aanmerking bij de beoordeling van de vraag of de twijfel objectief gerechtvaardigd is.⁸ Daarnaast heeft het EHRM ook oog voor de aard van de taak van een deskundige en de afhankelijkheid waarin een deskundige tot één van de betrokken partijen kan staan. Zo betrok het EHRM in de zaak *Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland* mede de omstandigheid dat drie van de negen deskundigen een oordeel moesten uitspreken over hun werkgever en de omstandigheid dat hun hiërarchisch meerdere al in duidelijke bewoordingen een standpunt had ingenomen tegen de aansprakelijkheid van hun werkgever.⁹ Ook deze omstandigheden kunnen een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de twijfel aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een onderzoeker objectief gerechtvaardigd is.

3. Van der Moolen-enquête

In de *Van der Moolen*-enquête hebben enkele belanghebbenden de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de onderzoekers aan de orde gesteld. In dat kader hebben zij gesteld dat één van de onderzoekers, de heer Scholtes, vriendschappelijke banden onderhield met een voormalige bestuursvoorzitter van Van der Moolen, de heer Böttcher, die op dat moment werkzaam was bij de AFM. Daarnaast hebben zij gesteld dat Scholtes onvoldoende neutraal was, omdat hij president-commissaris was (en nog steeds is) van de grootste concurrent van Van der Moolen, te weten Binck Bank N.V. (“Binck Bank”). Tot slot hebben zij gesteld dat beide onderzoekers vooringenomen waren, omdat zij ervoor hebben gekozen de toenmalige bestuursvoorzitter van Van der Moolen, de heer Den Drijver, als laatste te horen.

⁷ *Kamerstukken II*, 2010/2011, 32 887, nr. 2, p. 25.

⁸ EHRM 6 mei 1985, *NJ* 1989, 385, par. 33 (*Bonisch t. Oostenrijk*).

⁹ EHRM 5 juli 2007, *NJ* 2010, 323, par. 51 en 52 (*Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland*).

⁶ HR 8 april 2005, *NJ* 2006, 443, m.nt. Van Solinge (*Laurus*), r.o. 3.9.

Bij de beoordeling van deze bezwaren stelt de Ondernemingskamer voorop dat het weliswaar wenselijk is dat de onderzoekers onafhankelijk zijn, maar dat aan hen niet dezelfde eisen kunnen worden gesteld als aan rechters. Alhoewel dit laatste juist is, zou ik menen dat het niet alleen wenselijk is dat onderzoekers onafhankelijk zijn, maar dat de onafhankelijkheid van onderzoekers in een enquêteprocedure zelfs een vereiste dient te zijn ter waarborging van het recht op een eerlijk proces. Het onderzoek vormt namelijk de kern van het wettelijke stelsel van het enquêterecht. Daaruit volgt dat het onderzoeksverslag van belangrijke invloed is op de beoordeling door de Ondernemingskamer van het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. Temeer omdat de ruimte om de bevindingen van de onderzoekers in de tweede fase van de enquêteprocedure te weerleggen, beperkt is. Als het onderzoek dan is uitgevoerd door onderzoekers die niet onpartijdig en onafhankelijk zijn, levert dat een schending op van het beginsel van gelijkheid der wapenen en kan niet worden gezegd dat de enquêteprocedure in haar geheel voldoet aan artikel 6 lid 1 EVRM. De eis van onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de onderzoekers in een enquêteprocedure dient daarom een vereiste te zijn om het recht op een eerlijk proces, zoals neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM, te waarborgen.

De Ondernemingskamer neemt voorts in aanmerking dat de vereiste deskundigheid en beschikbaarheid in voorkomende gevallen de keuze voor het benoemen van de onderzoekers kunnen beperken. Alhoewel deze overweging in algemene zin juist is, neemt dit niet weg dat op grond van praktische overwegingen niet mag worden getornd aan de vereiste mate van onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de onderzoekers. Of onderzoekers als onpartijdig en onafhankelijk kunnen worden aangemerkt, moet volgens het EHRM altijd worden beoordeeld op basis van een subjectieve en een objectieve test. Als uit deze testen blijkt dat onderzoekers niet onafhankelijk en onpartijdig zijn, dan kunnen praktische overwegingen geen andere conclusie rechtvaardigen.¹⁰

Subjectief

Uit de beschikking blijkt niet expliciet dat de Ondernemingskamer een subjectieve test heeft toegepast bij de beoordeling van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de onderzoekers. Wel overweegt de Ondernemingskamer dat de keuze van de onderzoekers om Den Drijver als laatste te horen geen blijk van vooringenomenheid geeft gelet op het uitgangspunt dat het onderzoekers vrij stond om het door hen te verrichten onderzoek naar eigen inzicht in te richten. Voorts overweegt de Ondernemingskamer dat er geen concrete aanwijzingen waren dat Scholtes daadwerkelijk bevooroordeeld en onvoldoende onafhankelijk was en enig belang had bij de uitkomst van de

zaak. Op grond van deze overwegingen kan mijns inziens worden aangenomen dat aan de subjectieve test is voldaan. Een onderzoeker is namelijk subjectief onpartijdig als hij bij de behandeling van de zaak niet wordt gehinderd door vooroordelen en niet vooringenomen is geweest. Hij moet bij het onderzoek vrij staan ten opzichte van de procespartijen en hun vertegenwoordigers en geen eigen belangen bij de zaak hebben.¹¹ Uit de overwegingen van de Ondernemingskamer blijkt dat daar sprake van is, althans dat het tegendeel door de belanghebbenden niet is aangetoond.

Objectief

Uit de beschikking blijkt niet expliciet dat de Ondernemingskamer een objectieve test heeft toegepast bij de beoordeling van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van Scholtes. De Ondernemingskamer overweegt enkel dat niet aanneemelijk is gemaakt dat tussen Scholtes en Böttcher een zodanige (vriendschaps)band bestond dat er gegronde vrees bestond dat het onderzoek daardoor in enige relevante mate is beïnvloed. Voorts dat het enkele feit dat Böttcher op dat moment werkzaam was bij de AFM geen reden was om te veronderstellen dat daardoor de werkzaamheden van Scholtes op ontoelaatbare wijze zijn beïnvloed. Daarnaast dat het risico van een mogelijk enigszins geringere onbevangenheid niet opwoog tegen de voor het onderzoek belangrijke ervaring en deskundigheid van Scholtes in de betrokken branche. Verder dat gesteld noch gebleken is dat Scholtes of Binck Bank enig belang had bij de uitkomst van het onderzoek of van de enquêteprocedure. Tot slot dat het onderzoek niet alleen was opgedragen aan Scholtes, maar ook aan de andere onderzoeker en dat het onderzoek in nauwe samenwerking tussen beide onderzoekers is uitgevoerd.

Met deze overwegingen heeft de Ondernemingskamer niet de juiste maatstaf toegepast. Hij had moeten onderzoeken of de twijfel aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Scholtes als gevolg van de gestelde (vriendschaps)band en zijn functie als president-commissaris van Binck Bank objectief gerechtvaardigd was in het licht van de omstandigheden van het geval. Daarvoor is niet noodzakelijk dat aangetoond wordt dat deze twijfel (lees: vrees) gegronde is. Voldoende is dat uit de omstandigheden blijkt dat Scholtes objectief gezien de schijn tegen heeft.¹² Voorts miskent de Ondernemingskamer als gezegd dat op grond van praktische overwegingen niet mag worden getornd aan de vereiste mate van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van onderzoekers. Tot slot kan de betrokkenheid van de andere onderzoeker niet de mogelijke partijdigheid en afhankelijkheid van Scholtes sauveren. Vergelijk in dit verband de zaak Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland.

¹⁰ EHRM 5 juli 2007, NJ 2010, 323, r.o. 41 (*Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland*).

¹¹ Dee Groot, 2008, blz. 179.

¹² P. van Dijk in zijn noot bij EHRM 24 mei 1989, NJ 1990, 627 (*Hauptschildt t. Denemarken*).

In deze zaak oordeelde het EHRM dat het beginsel van gelijkheid der wapenen was geschonden, omdat de twijfel aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van drie van de negen deskundigen objectief gerechtvaardigd was.¹³

Mijns inziens had de Ondernemingskamer moeten ingaan op de procedurele positie van Scholtes. Zijn positie als onderzoeker is verankerd in de wet (zie art. 2:351 - 2:354 BW) en als zodanig komen hem verstrekkende bevoegdheden toe. Voorts bepaalt de Ondernemingskamer de periode en de onderwerpen waarop het onderzoek betrekking heeft. In onderlinge samenhang bezien betekent dit dat Scholtes als onderzoeker een dominante positie inneemt in de enquêteprocedure en dat zijn bevindingen van wezenlijk belang zijn voor het oordeel van de Ondernemingskamer of sprake is van wanbeleid gezien de beperkte ruimte om de bevindingen van onderzoekers in de tweede fase van de enquêteprocedure te weerleggen.

Volgt uit het enkele gegeven van Scholtes' dominante positie als onderzoeker dan dat de twijfel aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van Scholtes objectief gerechtvaardigd is? Mijns inziens niet.

Naast de (vriendschaps)band van Scholtes met Böttcher en zijn functie als president-commissaris van Binck Bank blijken uit de beschikking geen andere feiten of omstandigheden die de twijfel aan zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid objectief zouden kunnen rechtvaardigen. Zo blijkt uit de beschikking, bijvoorbeeld, niet dat Scholtes tijdens de enquêteprocedure feitelijk als getuige van één van de andere betrokkenen heeft opgetreden. Evenmin blijkt uit de beschikking dat Scholtes in een afhankelijke relatie tot één van de andere betrokkenen stond. Tot slot blijkt uit de beschikking niet dat Scholtes, Böttcher Binck Bank of de AFM zich in het verleden negatief hebben uitgelaten of het beleid en de gang van zaken van Van der Moolen. Tegen deze achtergrond kan ik de verwerping door de Ondernemingskamer van de bezwaren tegen Scholtes billijken, zij het dat mijn voorkeur heeft als de Ondernemingskamer voortaan de subjectieve en objectieve test hanteert om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van onderzoekers te beoordelen ter bevordering van de rechtszekerheid.¹⁴

Tot slot volgen nog twee korte opmerkingen over onafhankelijkheid en onpartijdigheid van onderzoekers naar aanleiding van de per 1 januari 2013 gewijzigde Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers van de Ondernemingskamer.

In de toelichting op aandachtspunt 1.1 staat dat de beoogde onderzoeker eerst (telefonisch) wordt geraadpleegd of het hem 'vrij staat' een benoe-

ming te aanvaarden. Ik vraag mij af of het niet verstandiger is als partijen niet net zo als bij de benoeming van een deskundig op de voet van artikel 194 lid 2 Rv. voorafgaand aan de benoeming in de gelegenheid moeten worden gesteld om zich uit te laten over de persoon van de te benoemen onderzoeker. Afhankelijk van de spoedeisendheid van de zaak kan een dergelijk overleg mondeling of schriftelijk worden gevoerd. Vervolgens kan de Ondernemingskamer deze uitlatingen meenemen in zijn benoeming van een geschikte onderzoeker. Dit zou kunnen bijdragen aan de aanvaardbaarheid voor partijen van de bevindingen van de na de uitkomst van dit overleg benoemde onderzoeker, althans zorgt dit ervoor dat de discussie over de onafhankelijkheid al voor de benoeming wordt gevoerd.

In de toelichting op aandachtspunt 1.1 staat verder dat, indien de onderzoeker eerst na zijn benoeming bekend raakt met omstandigheden die leiden tot (de schijn van) partijdigheid, hij de Ondernemingskamer hiervan op de hoogte dient te stellen. De Ondernemingskamer zal dan, na partijen in de gelegenheid te hebben gesteld zich daarover uit te laten, beoordelen of de onderzoeker zijn werkzaamheden kan voortzetten. Ik zou menen dat het initiatief om de Ondernemingskamer van deze omstandigheden op de hoogte te stellen ook van partijen mag uitgaan en dat de Ondernemingskamer dan, na de onderzoeker in de gelegenheid te hebben gesteld zich daarover uit te laten, beoordeelt of de onderzoeker zijn werkzaamheden kan voortzetten. Mijns inziens zouden partijen zich hiervoor niet eerst tot de per 1 januari 2013 bij wetwijziging ingevoerde president-commissaris hoeven te wenden, omdat deze zich blijkens de wetsgeschiedenis alleen beslissingen kan nemen over de procesmatige kant van het onderzoek.

Conclusie

Het verslag van onderzoekers is van wezenlijk belang voor het oordeel van de Ondernemingskamer of sprake is van wanbeleid. De eis van onafhankelijkheid en onpartijdigheid uit hoofde van artikel 6 lid 1 EVRM is niet rechtstreeks van invloed op onderzoekers. Indirect wel, omdat het beginsel van gelijkheid der wapenen wordt geschonden als onderzoekers niet onafhankelijk en onpartijdig zijn. Of dit het geval is moet aan de hand van een subjectieve en een objectieve test worden beoordeeld. In de Van der Moolen-enquête heeft de Ondernemingskamer deze testen niet expliciet toegepast. Impliciet volgt uit de overwegingen van de Ondernemingskamer echter dat aan deze testen zou zijn voldaan als de Ondernemingskamer deze testen wel (expliciet) zou hebben toegepast. Daarom kan ik de verwerping van de bezwaren tegen de onderzoekers door de Ondernemingskamer billijken, zij het dat het mijn voorkeur heeft als de Ondernemingskamer voortaan de deze testen hanteert om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van onderzoekers te beoordelen ter bevordering van de rechtszekerheid.

¹³ EHRM 5 juli 2007, NJ 2010, 323 (Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland).

¹⁴ De Groot 2008, p.. 234-235.

Tot slot nog een kort woord voor Harmen. Harmen, wij hebben nauw samengewerkt in een zaak, jij weet wel welke, die ons van de Rechtbank Breda (tegenwoordig Zeeland-West-Brabant) naar de Hoge Raad heeft gevoerd en van de Ondernemingskamer naar twee arbitrageprocedures in Zweden. Ik vergeet echter nooit meer onze eerste bespreking in deze zaak. Ik had het weekend in Utrecht doorgebracht en was vergeten schoenen en sokken mee te nemen. Geen tijd meer om eerst naar huis te gaan, ging ik op mijn nette gymmen en zonder sokken naar kantoor. Na de bespreking vroeg je mij mee te lopen naar je kamer en wees jij mij er fijntjes op dat het not done was om geen sokken te dragen. Het ga je goed.

Terugkomen van een in een tussenuitspraak neergelegde eindbeslissing: Audiatur et altera pars?

Erik Minderhoud¹

Toen de redactie mij vroeg een bijdrage te leveren voor dit liber amicorum heb ik met plezier ja gezegd. Harmen heeft gedurende een groot aantal jaren juridische en advocatuurlijke bijstand verleend aan zijn cliënten. En mede daardoor is hij van grote betekenis geweest voor de groei van NautaDutilh vanaf, zo ongeveer, de tachtiger jaren van de vorige eeuw. Harmen en ik hebben met elkaar gemeen dat wij allebei “litigators” zijn en dat wij samen, ieder op ons eigen manier en in zijn eigen organisatorisch verband, actief zijn geweest in de civiele procespraktijk, Harmen voor het bedrijfsleven en ik in overwegende mate voor de overheid. Sinds de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht (de “Awb”) op 1 januari 1994 heb ik mij verder gespecialiseerd in het bestuursprocesrecht. Na 1994 heeft het bestuursprocesrecht een stormachtige ontwikkeling doorgemaakt, wat zich onder andere heeft vertaald in een groot aantal wetten met aanvullende bepalingen voor de Awb. Dat proces duurt ook thans nog voort. Thans, 2013, is sprake van twee verschillende procesrechtelijke systemen. In deze bijdrage leg ik uit dat het civiele en het bestuursprocesrecht tegelijkertijd nog steeds veel met elkaar gemeen hebben en dat zij elkaar in positieve zin kunnen (kunnen) beïnvloeden. Het gezegde “Uit het oog, uit het hart” is niet van toepassing. Ik veronderstel dat datzelfde zal gelden voor Harmen en NautaDutilh.

Centraal in deze bijdrage staat de aanvulling van de Awb in 2010 met de Wet bestuurlijke lus. Deze ‘bestuurlijke lus’ geeft de bestuursrechter de mogelijkheid bij een geconstateerd gebrek in een besluit het bestuursorgaan bij tussenuitspraak in de gelegenheid te stellen het besluit te herstellen. Over de bestuurlijke lus is al veel geschreven. Relatief weinig aandacht is echter geschonken aan het in een latere uitspraak terugkomen op een bindende eindbeslissing en het beginsel van hoor en wederhoor. Ik zal eerst aandacht besteden aan het leerstuk van de tussenuitspraak, de bindende eindbeslissing en op het terugkomen van een in een tussenuitspraak neergelegde eindbeslissing. Daarbij zal ik steeds een vergelijking maken tussen het civiele procesrecht en het bestuursprocesrecht. Tenslotte zal ik stilstaan bij de rol van het beginsel van hoor en wederhoor.

¹ De auteur dankt mr Harald Wiersema en mr Hans Koolen voor hun inbreng voor deze bijdrage.